

LA CARRERA HACIA LA MEDIACIÓN FAMILIAR

Todos los que nos dedicamos al derecho de familia somos conscientes de que la vía judicial para la resolución de los conflictos de pareja no es la más adecuada, puesto que al final el conflicto no se resuelve satisfactoriamente para ninguno de los integrantes de la misma ya que siguen enfrentados y, en la mayoría de los casos, la judicialización de la crisis contribuye a potenciarla, aumentarla y agudizarla, además de extender el conflicto al grupo de familiares, amigos y allegados de cada uno de los cónyuges. Los efectos del recrudecimiento de la crisis no se hacen esperar y se ponen en marcha todos los mecanismos posibles para impedir que uno de los progenitores pueda relacionarse con los hijos y, desde el otro extremo, se intenta ocultar y dismantelar el patrimonio familiar dejando a veces en la indignancia al cónyuge que carece de ingresos propios.

Como señala Pascual Ortuño, todavía no se conoce un caso en el que, tras la sentencia adversa, el ciudadano que ha perdido el pleito comprenda cuánta razón tenía la otra parte y alabe al juez por su equidad y sentido de la justicia. Lo normal es que el cónyuge que considera que las medidas adoptadas no son las que él solicitaba culpabilice al juez, al abogado, a los testigos... cualquier cosa antes de reconocer que posiblemente la solución adoptada sea la mejor de las posibles, sobre todo mirando el interés de los hijos. En cambio, cuando son los propios cónyuges los que han resuelto el conflicto firmando un convenio regulador, no pueden reprochar a nadie la justeza y equidad de las medidas acordadas, ya que nadie mejor que los propios cónyuges saben cuáles son los sentimientos, afectos, necesidades y sobre todo ingresos reales del grupo familiar. Luego con el tiempo podrán decir que se equivocaron cuando lo firmaron, que no tuvieron previsión de futuro, que sufrieron un error de cálculo o que han cambiado las circunstancias, pero la realidad es que las medidas

que pactaron eran las más idóneas teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes.

No se sabe muy bien si es por los malos augurios que se vaticinan sobre la entrada en vigor de la nueva LEC y los enormes retrasos que traerá si se mantienen las mismas estructuras judiciales, pero lo cierto es que últimamente en todos los foros de discusión sobre el gran pacto de la justicia hay una constante: la necesidad de buscar fórmulas extrajudiciales para resolver los conflictos. Términos como arbitraje, mediación, negociación, conciliación están encima de la mesa, aunque bien es cierto que hay gran escepticismo frente a este tipo de soluciones, ya que nuestro país no tiene una tradición de resolución extrajudicial de conflictos. No ha cuajado el arbitraje a pesar de estar perfectamente regulado y los actos de conciliación nunca han servido para nada; incluso la propia ley del divorcio señalaba en la disposición adicional quinta que “No será necesario intentar previamente la conciliación”.

A pesar de que no tengamos vocación de resolver extrajudicialmente los conflictos, no podemos cerrar los ojos a lo que está pasando en los países de nuestro entorno y será necesario que empecemos a cambiar hábitos y costumbres de tal forma que sólo llegue al juzgado el conflicto que humanamente no ha sido posible resolver e incluso, en estos casos, intentar vías de mediación dentro del propio proceso judicial. La Recomendación 1/1998 del Consejo de Europa es clara en este sentido cuando indica que los Estados deberán promover el desarrollo de la mediación familiar.

La realidad actual es que a falta de una iniciativa del Estado en esta materia —aunque bien es cierto que a nivel autonómico han surgido proyectos y anteproyectos en Cataluña, Valencia, Galicia, País Vasco y Navarra— parece que se ha dado el “pistoletazo” de salida en la carrera de la mediación familiar, y abogados, psicólogos, trabajadores sociales, orientadores familiares, etc. han empezado a correr sin un rumbo determinado, y es más, aún no se sabe quién puede participar legítimamente en esa carrera. Muchos abogados se oponen a que los psicólogos sean mediadores, a su vez los psicólogos entienden que la mediación no es cosa de trabajadores sociales o de orientadores familiares y que, si los abogados quieren ser mediadores, deben formarse previamente y, desde luego, no podrán intervenir como letrados en el asunto en el que lo hayan hecho como mediadores.

En puridad la profesión de mediador no existe como una profesión autónoma, y actualmente ejercen las funciones mediadoras profesionales de otras disciplinas. Como parece que existe cierta conformidad entre todos en que la mediación consiste en facilitar la comunicación entre las partes en conflicto, haciéndoles ver la realidad de la controversia y proponiéndoles vías de solución, no cabe duda de que los mediadores deben tener conocimientos jurídicos, de psicología básica, de técnicas de comunicación, creatividad e incluso conocimientos fiscales básicos.

Teniendo en cuenta como hemos dicho anteriormente la falta de tradición en nuestro país de la cultura de la mediación y el pacto, es posible que la proliferación de centros de mediación sin ningún tipo de control de calidad pueda producir unos efectos contraproducentes que lleven a la mediación a un auténtico fracaso como sistema alternativo de resolución de conflictos. Precisamente por todo ello se hace necesario cuanto antes que del Parlamento nacional emane una ley de mediación que regule al menos los principios generales, sin perjuicio de que luego, a nivel autonómico, se desarrolle y adapte a las peculiaridades de cada una de las comunidades. Si faltan esas directrices generales puede caerse en el error de que cada autonomía regule independientemente la mediación familiar y, como sucede actualmente con los proyectos y anteproyectos, dependiendo de quien haya impulsado el proyecto —abogados, psicólogos, etc.— la ley tenga una determinada orientación sectorial.

Antonio Javier Pérez Martín

ÍNDICE

Página

ESTUDIOS DOCTRINALES

- Las medidas provisionales y definitivas en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. *Antonio Javier Pérez Martín* 21
- El valor del asentimiento de los padres en la constitución de la adopción. *Milagros García Pastor* 55

JURISPRUDENCIA

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 87
- I. Revelación de datos sobre la filiación adoptiva de unos menores (*S. de 15 de julio de 1999*) 87
- II. Eficacia civil de la sentencias canónicas de nulidad matrimonial (*S. de 14 de septiembre de 1999*) 93

	Página
TRIBUNAL SUPREMO	99
I. Filiación	99
1. Legitimación en el procedimiento de reclamación de paternidad (<i>S. de 11 de mayo de 1999</i>)	99
2. Práctica de la prueba biológica (<i>S. de 4 de mayo de 1999</i>).	101
3. Prueba biológica (<i>S. de 28 de mayo de 1999</i>)	103
4. Citación para práctica de la prueba biológica a través del Procurador (<i>S. de 19 de junio de 1999</i>)	105
II. Regímenes económicos matrimoniales	107
1. Gestión, administración y responsabilidad de los bienes gananciales	107
1.1. Responsabilidad de los bienes gananciales por deudas de uno de los cónyuges (<i>S. de 2 de junio de 1999</i>).	107
1.2. Embargo de bienes gananciales adjudicados a uno de los cónyuges después de la disolución de la sociedad (<i>S. de 5 de junio de 1999</i>)	108
2. Liquidación de la sociedad de gananciales	110
2.1. Valoración de bienes e improcedencia de la venta en pública subasta (<i>S. de 30 de marzo de 1999</i>)	110
2.2. Calificación de bienes tras la separación de hecho (<i>S. de 24 de abril de 1999</i>)	112
2.3. Uso de la vivienda familiar tras la liquidación de la sociedad de gananciales (<i>S. de 3 de mayo de 1999</i>) ..	116
III. Separación y divorcio	119
1. Intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad (<i>S. de 8 de mayo de 1999</i>)	119
IV. Patria potestad	122
1. Atribución de la guarda y custodia de las hijas a favor de la madre (<i>S. de 22 de mayo de 1999</i>)	122

	Página
V. Uniones de hecho (<i>S. de 1 de junio de 1999</i>)	124
VI. Contratos entre padres e hijos (<i>S. de 1 de julio de 1999</i>) .	132
VII. Pensiones de viudedad (<i>S. de 17 de mayo de 1999</i>)	134
VIII. Responsabilidad civil por daños a menores	136
1. Inexistencia de responsabilidad civil por el fallecimiento de un menor (<i>S. de 18 de mayo de 1999</i>)	136
2. Inexistencia de responsabilidad civil del Colegio Público por las lesiones causadas por un menor a otro (<i>S. de 4 de junio de 1999</i>)	138
IX. Penal	140
1. Indemnización por accidente de circulación a favor de la esposa separada y de la conviviente de hecho del causante (<i>S. de 5 de julio de 1999</i>)	140
X. Sucesiones	143
1. División de cosa común entre herederos (<i>S. de 11 de mayo de 1999</i>)	143
2. Nulidad de partición hereditaria (<i>S. de 8 de junio de 1999</i>).	145
3. Ineficacia de donación efectuada en documento privado (<i>S. de 19 de junio de 1999</i>)	148
TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA	153
I. Pensiones de viudedad	153
1. No recuperación de la pensión de viudedad extinguida (<i>TSJ CATALUÑA, S. de 27 de abril de 1999</i>)	153
2. Fechas para computar la cuantía de la pensión de viudedad (<i>TSJ CASTILLA-LA MANCHA, S. de 31 de mayo de 1999</i>)	155

	Página
II. Fiscal	158
1. Fiscalidad de la aportación de bienes a la sociedad de gananciales (<i>TSJ GALICIA, S. de 30 de julio de 1999</i>)	158
2. Fiscalidad de la cesión de bienes en pago de la pensión compensatoria (<i>TSJ CATALUÑA, S. de 11 de junio de 1999</i>) .	160
 AUDIENCIAS PROVINCIALES	 165
I. Causas de separación, divorcio y nulidad	165
1. Separación	165
1.1. Aunque no se han probado las causas de separación alegadas en la demanda procede decretarla ya que ha quedado acreditada la falta de afecto marital. <i>AP MURCIA, Sec. 1.ª, S. de 21 de septiembre de 1999</i>	165
1.2. La desaparición del afecto marital viene siendo admitida por la jurisprudencia menor como causa bastante para acordar la separación. <i>AP CÁDIZ, Sec. 2.ª, S. de 27 de septiembre de 1999</i>	166
2. Divorcio	167
2.1. Concorre la causa de divorcio del art. 86.3.a) al haberse acreditado el cese efectivo de la convivencia durante dos años y que el mismo tuvo lugar por acuerdo de ambos cónyuges. <i>AP MÁDRID, Sec. 22.ª, S. de 6 de julio de 1999</i>	167
3. Nulidad	168
3.1. Nulidad del matrimonio cuando se pactó su celebración para la obtención de unos fines ajenos al mismo: la demandante para la obtención de dinero y el demandado para eludir la legislación restrictiva de emigración. <i>AP LA RIOJA, S. de 8 de julio de 1999</i>	168

	Página
II. Patria potestad, guarda y custodia, y régimen de visitas .	169
1. Patria potestad	169
1.1. No procede privar de la patria potestad al padre, a pesar de que éste no acredita haber abonado cantidad alguna en concepto de alimentos a favor de su hijo y que sólo le ha visitado en contadas ocasiones. <i>AP BARCELONA, Sec. 18.ª, S. de 15 de septiembre de 1999</i>	169
2. Guarda y custodia	171
2.1. Al ser uno de los hermanos mayor de edad, la atribución de la guarda y custodia del menor al padre no vulnera el criterio general de no separación de hermanos. <i>AP VALLADOLID, Sec. 3.ª, S. de 7 de julio de 1999.</i>	171
2.2. No procede el cambio de guarda y custodia a pesar de haberse acreditado que el progenitor custodio obstaculiza el régimen de visitas. <i>AP TOLEDO, Sec. 1.ª, S. de 13 de septiembre de 1999</i>	172
2.3. Estando declarado en desamparo un menor, no es posible atribuir la guarda y custodia del mismo a ninguno de sus padres con ocasión de tramitarse un procedimiento matrimonial. <i>AP MURCIA, Sec. 1.ª, S. de 20 de septiembre de 1999</i>	174
3. Régimen de visitas	175
3.1. Fijación de un régimen de visitas restrictivo dada la corta edad de los hijos y el distanciamiento afectivo con la madre. <i>AP BURGOS, Sec. 2.ª, S. de 8 de septiembre de 1999</i>	175
3.2. Fijación del régimen de visitas con pernocta a pesar de las limitaciones físicas del padre que le imponen la necesidad de ser asistido de otra persona en el cuidado personal del hijo. <i>AP CANTABRIA, Sec. 1.ª, S. de 16 de septiembre de 1999</i>	175
3.3. Suspensión del régimen de visitas ordinario por el plazo de un año durante el cual se fijará un régimen de visitas flexible de acercamiento entre padre e hija. <i>AP SALAMANCA, S. de 28 de septiembre de 1999</i>	176

	Página
III. Vivienda familiar	178
1. No extinción del derecho de uso de la vivienda a pesar de que en un procedimiento declarativo se acordó la división de la cosa común y la venta en pública subasta. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.^a, S. de 1 de septiembre de 1999</i>	178
2. Procede conceder el uso de la vivienda al esposo cuando la esposa, que tenía atribuido dicho uso, la abandonó para trasladarse a otra ciudad. <i>AP MÁLAGA, Sec. 5.^a, S. de 15 de septiembre de 1999</i>	179
3. Extinción de la atribución del uso de la vivienda cuando la esposa y los hijos no tienen la necesidad de ocuparla. <i>AP SALAMANCA, S. de 28 de septiembre de 1999</i>	180
 IV. Pensión alimenticia y contribución a las cargas del matrimonio	 181
1. Extinción de la pensión alimenticia por falta de aplicación al estudio. <i>AP BADAJOZ, Sec. 1.^a, S. de 7 de octubre de 1999</i>	181
2. No procede disminuir la cuantía de la pensión alimenticia en base al nacimiento de un nuevo hijo, al no haberse acreditado que la madre de este último esté incapacitada para el trabajo y que los ingresos que perciben son insuficientes para atenderse los alimentos de todos los hijos. <i>AP MADRID, Sec. 22.^a, S. de 26 de octubre de 1999</i>	182
3. No procede aumentar la cuantía de la pensión alimenticia de los hijos al tener el padre que sufragar los gastos de desplazamiento de los hijos de Barcelona a Bilbao para el cumplimiento del régimen de visitas. <i>AP BARCELONA, Sec. 18.^a, S. de 28 de octubre de 1999</i>	182
4. No procede aumentar la cuantía de la pensión alimenticia del hijo, ya que lo que el art. 146 del CC tiene en cuenta no es rigurosamente el caudal de bienes de que pueda disponer el alimentante, sino simplemente las necesidades del alimentista puestas en relación con el patrimonio de quien haya de dar los alimentos. <i>AP MADRID, Sec. 22.^a, S. de 29 de octubre de 1999</i>	183

	Página
V. Pensión compensatoria	184
1. Reducción de la cuantía de la pensión compensatoria y limitación temporal a tres años cuando la esposa ha accedido a un trabajo en régimen de interinidad. <i>AP ALBACETE, Sec. 1.ª, S. de 12 de julio de 1999</i>	184
2. Limitación de la pensión compensatoria a cinco años al haberse acreditado un cambio de circunstancias en la beneficiaria de la misma. <i>AP ÁLAVA, Sec. 1.ª, S. de 14 de julio de 1999.</i>	186
3. Fijación de una pensión compensatoria consistente en el pago de los vencimientos mensuales del préstamo hipotecario. <i>AP LA CORUÑA, Sec. 2.ª, S. de 16 de julio de 1999</i>	187
4. No procede fijar pensión compensatoria en el divorcio cuando en el convenio regulador de la separación se pactó una pensión compensatoria temporal y ya ha transcurrido el plazo previsto. <i>AP ÁLAVA, Sec. 1.ª, S. de 4 de septiembre de 1999</i>	188
5. No procede fijar pensión compensatoria en el procedimiento de divorcio cuando no se pactó dicha pensión en el convenio regulador de la separación. <i>AP ALICANTE, Sec. 3.ª, S. de 17 de septiembre de 1999</i>	189
6. No procede fijar una pensión compensatoria en un procedimiento de modificación de medidas. <i>AP BURGOS, Sec. 2.ª, S. de 22 de septiembre de 1999</i>	189
7. Fijación de una pensión compensatoria después de haber transcurrido una separación de hecho entre los cónyuges. <i>AP ASTURIAS, Sec. 5.ª, S. de 30 de septiembre de 1999</i>	190
8. No procede aumentar la cuantía de la pensión compensatoria en el procedimiento de divorcio cuando la misma se fijó en la separación. <i>AP CÁDIZ, Sec. 1.ª, S. de 6 de octubre de 1999.</i>	192
VI. Cuestiones procesales	193
1. Declaración de nulidad de actuaciones por falta de traslado de la reconvencción aunque manteniendo la firmeza del pronunciamiento sobre la disolución del vínculo matrimonial. <i>AP VALENCIA, Sec. 7.ª, S. de 17 de septiembre de 1999</i>	193
2. No procede modificar el régimen de visitas que se fijó en la sentencia de separación por vía del art. 158 del CC. <i>AP ALBACETE, Sec. 1.ª, Auto de 17 de septiembre de 1999</i>	195

	Página
3. Condena en costas cuando es desestimada la demanda de modificación de medidas. <i>AP BURGOS, Sec. 2.ª, S. de 22 de septiembre de 1999</i>	195
4. La intervención del equipo técnico en fase de ejecución para dar cumplimiento a una resolución no puede calificarse de prueba pericial, y por consiguiente no cabe aplicar el régimen de recusación de peritos. <i>AP MÁLAGA, Sec. 5.ª, Auto de 20 de octubre de 1999</i>	196
5. No es óbice para la concesión de las litis expensas, el hecho de que la esposa haya dispuesto al abandonar el domicilio conyugal de algunas cantidades del caudal común. <i>AP BURGOS, Sec. 2.ª, S. de 21 de octubre de 1999</i>	197
VII. Ejecución de sentencias	198
1. Procede la reclamación de la pensión alimenticia desde la fecha de la interposición de la demanda. <i>AP TARRAGONA, Sec. 1.ª, Auto de 21 de julio de 1999</i>	198
2. Sujeción de la pensión compensatoria a los límites del embargo de sueldo que se establece en el artículo 1451 de la LEC. <i>AP SALAMANCA, Auto de 26 de julio de 1999</i>	199
3. El tratamiento psicológico de la hija debe ser considerado como un gasto extraordinario. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, Auto de 29 de julio de 1999</i>	201
4. No se accede a la solicitud de restitución del menor a la madre de nacionalidad estadounidense que sólo tenía establecido a su favor un derecho de visitas. <i>AP MÁLAGA, Sec. 5.ª, Auto de 29 de julio de 1999</i>	202
5. Ineficacia de la reconciliación de los cónyuges como motivo de oposición a la ejecución al no haberse puesto en conocimiento del juzgado. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, Auto de 18 de octubre de 1999</i>	203
6. La pensión alimenticia de los hijos mayores de edad debe entregarse al progenitor con el que conviven, no siendo posible el pago directo a los hijos. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 19 de octubre de 1999</i>	204

	Página
VIII. Régimen económico matrimonial	204
1. Acreditado que la liquidación de gananciales que se contiene en el convenio regulador no era igualitaria por infravaloración de un bien, no procede la declaración de nulidad de dicho convenio, sino reparar ese desequilibrio mediante el reajuste de las prestaciones. <i>AP GRANADA, Sec. 3.ª, S. de 19 de julio de 1999</i>	204
2. Carácter ganancial de las existencias habidas en el interior de la farmacia así como la abonada en concepto de clientela ya que esta se obtuvo mientras estaba vigente la sociedad de gananciales. <i>AP LEÓN, Sec. 2.ª, S. de 1 de septiembre de 1999</i>	211
IX. Procedimientos de menores	213
1. No procede dejar sin efecto la adopción constituida, aun cuando la madre no intervino en el procedimiento de adopción, ya que es prioritario el interés del menor. <i>AP BARCELONA, Sec. 18.ª, S. de 30 de septiembre de 1999</i>	213
X. Filiación	215
1. Cambio de apellidos del solicitante por el primero del marido de su madre que viene utilizando desde hace tiempo sin que ello suponga una modificación de la filiación biológica. <i>AP BARCELONA, Sec. 4.ª, S. de 21 de julio de 1999</i>	215
XI. Uniones de hecho	216
1. Adopción de medidas cautelares de las uniones de hecho a través del art. 158 de la LEC, y por los trámites de la jurisdicción voluntaria, sin que tengan plazo de caducidad. <i>AP BARCELONA, Sec. 18.ª, Auto de 21 de julio de 1999</i>	216

	Página
XII. Temas penales	218
1. Cuando a pesar de que la denuncia por impago de pensiones se refiere a una mensualidad concreta pero luego como indemnización se solicita todas las pensiones que se vayan devengando, no cabe interponer una nueva denuncia por impago de pensiones. <i>AP BARCELONA, Sec. 2.ª, S. de 7 de septiembre de 1999</i>	218
2. Procede condenar al padre por un delito de impago de pensiones aun cuando con posterioridad la madre hubiere desistido del ejercicio de la acción penal. <i>AP BARCELONA, Sec. 6.ª, S. de 15 de septiembre de 1999</i>	219

RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.

1. Matrimonio	225
1.1. Imposibilidad de inscribir directamente en el Registro Civil una sentencia de divorcio dictada por un tribunal suizo, debiendo acudir al procedimiento de exequátur. <i>R. de 8 de octubre de 1999</i>	225
1.2. Inscripción en el Registro Civil Central de un matrimonio celebrado en el extranjero que inicialmente fue denegada por falta de consentimiento, cuando con posterioridad existen nuevas pruebas de las que se deduce lo contrario. <i>R. de 16 de octubre de 1999</i>	227
2. Regímenes económicos matrimoniales	229
2.1. Procedencia de la inscripción de auto de adjudicación dictado en un procedimiento judicial sumario del art. 131 de la LH respecto a una finca comprada por el marido para su sociedad de gananciales con subrogación en la obligación garantizada por la hipoteca ejecutada, siendo suficiente el requerimiento de pago al esposo y de la notificación de la existencia del procedimiento a la esposa poseedora de la finca, al faltar en la esposa la condición de titular pasiva de la deuda garantizada. <i>R. de 4 de marzo de 1999</i>	229

	Página
2.2. No destrucción de la presunción de ganancialidad aun cuando la inscripción del inmueble se haya efectuado a favor del cónyuge adquirente como privativo al amparo del art. 1324 del CC por manifestar que el dinero empleado era suyo y de su exclusiva pertenencia y aseverando su consorte la exactitud de dicha manifestación. Falta de justificación suficiente del carácter privativo del precio: insuficiencia de documento particional relativo a la madre de la consorte otorgado el mismo año en que se realizó la adquisición. <i>R. de 5 de marzo de 1999</i>	233
2.3. Imposibilidad de que en unas capitulaciones matrimoniales, pactando el régimen de separación de bienes, uno de los futuros esposos transfiera al otro la mitad indivisa de la vivienda familiar en compensación de las aportaciones que se realizarán por éste al matrimonio asumiendo en el futuro el pago de la hipoteca que queda pendiente. <i>R. de 15 de marzo de 1999</i> .	238
3. Sucesiones	241
3.1. Los actos dispositivos sobre bienes que aparecen registrados a favor del causante pueden ser directamente inscritos sin necesidad de previa partición hereditaria siempre que aparezcan otorgados por quienes acrediten ser todos los llamados a su herencia y conste su aceptación expresa o derive ésta, por ley, del propio acto dispositivo cuya inscripción se cuestiona. <i>R. de 10 de diciembre de 1998</i>	241
3.2. Habiéndose efectuado una donación de los abuelos en favor de un nieto con reversa del usufructo y de la facultad de disponer en caso de necesidad, no existe ningún obstáculo para que los donantes puedan hipotecar la nuda propiedad del inmueble, sin que el Registrador pueda indagar en la causa de la necesidad. <i>R. de 30 de abril de 1999</i>	244

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

— La infracción de los derechos de custodia y de visita en las relaciones transfronterizas. Información y puntos claves para el debate (I).	253
---	-----

DERECHO COMPARADO

- El divorcio en Alemania. *Antonio Aparicio Hackett* 287

TRIBUNA ABIERTA

- Derecho al matrimonio del transexual operado 301

CRÓNICA LEGISLATIVA

- Proposición de Ley de modificación del Código Penal en materia de secuestro familiar de menores e inducción del progenitor a que el menor abandone el domicilio familiar (Orgánica) 311
- Proposición de Ley de modificación del Código Penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código Civil, para combatir la sustracción o retención ilícita de menores (Orgánica) 312

PUBLICACIONES Y NOTICIAS

- Publicaciones y Noticias 317

ESTUDIOS
DOCTRINALES

LAS MEDIDAS PROVISIONALES Y DEFINITIVAS EN LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

ANTONIO JAVIER PÉREZ MARTÍN
*Secretario de Juzgado de Familia
Profesor de la Escuela de Práctica Jurídica
del Colegio de Abogados de Málaga*

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. LAS MEDIDAS PREVIAS A LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA

- 1. Supuestos en los que procede solicitar las medidas previas.**
 - 2. Personas que pueden solicitar las medidas previas.**
 - 3. Juzgado competente para tramitar las medidas.**
 - 4. Requisitos de la petición.**
 - 5. Supuestos especiales de urgencia.**
 - 6. Resolución del tribunal admitiendo a trámite la solicitud.**
 - 7. Incidencias que pueden presentarse antes de la comparecencia.**
 - a) Solicitud de Abogado y Procurador de oficio.
 - b) Desistimiento.
 - c) Planteamiento de cuestión de competencia.
 - 8. Desarrollo de la comparecencia.**
 - a) Cuestiones relacionadas con la asistencia de las partes.
 - b) Acuerdo de las partes.
 - c) Alegaciones y prueba.
 - 9. Auto fijando las medidas previas.**
 - 10. Eficacia del auto de medidas previas.**
-

III. LA MODIFICACIÓN O COMPLEMENTO DE LAS MEDIDAS PREVIAS

- 1. Incorporación del expediente de medidas previas al procedimiento de separación, divorcio y nulidad.**
- 2. Incidente para completar o modificar las medidas previas.**
 - a) Supuestos en los que procede.
 - b) Personas legitimadas para instar el complemento o modificación.
 - c) Concepto de complemento o modificación de las medidas.
 - d) Procedimiento a seguir para completar o modificar las medidas.

IV. LAS MEDIDAS PROVISIONALES

- 1. Requisitos básicos para solicitar las medidas provisionales.**
- 2. Medidas provisionales solicitadas con la demanda.**
- 3. Medidas provisionales solicitadas con la contestación a la demanda.**
 - a) Tramitación de la solicitud de medidas en la vista del juicio.
 - b) Tramitación de la solicitud de medidas en comparecencia independiente.
- 4. Medidas provisionales solicitadas de mutuo acuerdo por los cónyuges.**
- 5. Vigencia de las medidas provisionales.**

V. LAS MEDIDAS DEFINITIVAS

- 1. Acuerdo de los cónyuges respecto a las medidas definitivas.**
 - a) Acuerdo alcanzado antes de la celebración de la vista del juicio.
 - b) Acuerdo alcanzado durante la celebración de la vista del juicio.
 - c) Acuerdo alcanzado después de la celebración de la vista del juicio.
- 2. Desacuerdo entre los cónyuges respecto a las medidas definitivas.**
- 3. Resolución sobre las medidas definitivas.**
- 4. Eficacia de las medidas definitivas.**

VI. LA MODIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS DEFINITIVAS

- 1. Supuestos en los que procede solicitar la modificación de medidas.**
 - a) Que los hechos en los que se base la demanda se hayan producido con posterioridad al dictado de la sentencia que fijó las medidas.

- b) Que la variación o cambio de circunstancias tenga relevancia legal y entidad suficiente como para justificar la modificación pretendida.
 - c) Que el cambio de circunstancias sea permanente, o al menos que no obedezca a una situación de carácter transitorio.
 - d) Que se trate de circunstancias sobrevenidas ajenas a la voluntad del cónyuge que solicita la modificación.
 - e) Que se acredite en forma por el cónyuge que solicita la modificación el cambio de circunstancias.
2. **Supuestos en los que no cabe acudir a un procedimiento de modificación de medidas.**
- a) Cuando un cónyuge considera que hubo vicio o error en el consentimiento prestado al convenio regulador.
 - b) No podrá utilizarse el procedimiento de modificación de medidas para pretender una nueva valoración sobre hechos preexistentes.
 - c) Para la solicitud *ex novo* de una pensión compensatoria por parte de uno de los cónyuges.
 - d) Para la solicitud *ex novo* de una pensión alimenticia para un hijo mayor de edad.
3. **Legitimación activa y pasiva en los procedimientos de modificación de medidas.**
4. **El procedimiento consensual de modificación de medidas.**
5. **El procedimiento contencioso de modificación de medidas.**

I. INTRODUCCIÓN

Fracasado todo intento de poner fin de forma consensual a la crisis matrimonial, no queda otra opción que acudir al Juzgado para que decida la concurrencia de una causa de separación, divorcio o nulidad y establezca las medidas que en el futuro van a regular las relaciones personales, patrimoniales y paterno-filiales.

Hasta ahora, la generalidad de los juzgados y tribunales permitían, solo en casos de urgencia ⁽¹⁾, que los cónyuges pudiesen solicitar la adopción de medidas previas a la interposición de la demanda. Por tanto, en el resto de casos, es decir, en todos aquellos en los que no existía dicha “urgencia”, para que se

(1) Aunque dicha limitación no figuraba en el texto legal.

adoptasen cuanto antes unas medidas era necesario presentar la correspondiente demanda matrimonial y solicitar las medidas provisionales. La nueva LEC va a cambiar radicalmente esta filosofía y posiblemente, a partir de ahora, la solicitud de medidas previas será la tónica general del inicio de la resolución judicial de la crisis matrimonial.

Presentada la demanda, a instancia de parte, se citaba a las partes a la comparecencia de medidas provisionales, y ello con independencia de que se hubiesen adoptado medidas previas⁽²⁾. Dictado el auto de medidas, cabía la posibilidad de impugnarlo por vía del incidente de Oposición a las Medidas Provisionales. También en este apartado se incluyen importantes modificaciones que iremos abordando a lo largo de este artículo, dejando ahora apuntadas dos notas importantes: Si se adoptaron medidas previas, quedará a criterio del Juez el poder completarlas o modificarlas después de presentada la demanda matrimonial y, por otro lado, afortunadamente se suprime el incidente de oposición al auto de medidas.

II. LAS MEDIDAS PREVIAS A LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA

1. Supuestos en los que procede solicitar las medidas previas

Dada la redacción del texto, procederá solicitar medidas previas cuando un cónyuge se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio. Aunque sólo se indica “la nulidad” parece que debe circunscribirse a la nulidad matrimonial a tramitar por los tribunales civiles ordinarios y nunca a las demandas de nulidad matrimonial canónica presentadas ante los tribunales eclesiásticos, ya que en la regulación de la competencia para tramitar los procesos de este capítulo (que se contiene en el art. 769 de la LEC) solo se hace referencia a los Juzgados de 1.^a Instancia.

La cuestión controvertida que plantea el texto inicial del artículo es si después de haberse dictado la sentencia de separación un cónyuge que pretenda interponer una demanda de divorcio o nulidad puede solicitar las medidas previas. Si tuviese lógica la tramitación parlamentaria del precepto, podríamos

(2) Bien es cierto que en algunos juzgados se obviaba esta comparecencia y se limitaban a ratificar las medidas previas.

afirmar que al no haberse aceptado la enmienda del Grupo Socialista ⁽³⁾ en cuanto a la procedencia de las medidas previas cuando no se hubiesen adoptado otras con anterioridad, no existe ningún obstáculo para que se pueden solicitar estas medidas previas. Sin embargo, creemos que poco va a tardar la práctica judicial en no admitir a trámite esta solicitud cuando ya exista un auto o sentencia anterior fijando las medidas ⁽⁴⁾.

2. Personas que pueden solicitar las medidas previas

Los cónyuges son los únicos legitimados para solicitar la adopción de medidas previas, sin que aparezca legitimado el Ministerio Fiscal en ningún momento. Si éste cree necesario que se tutelen de forma urgente derechos de los menores deberá solicitarlo por vía del art. 158 del CC.

3. Juzgado competente para tramitar las medidas

El art. 771.1 de la LEC atribuye la competencia para conocer de esta petición al tribunal del domicilio del solicitante sin hacer referencia en ningún momento al domicilio familiar ⁽⁵⁾, por tanto parece que permite que si el solicitante ha cambiado de domicilio pueda presentar la petición en el tribunal donde se encuentre el mismo.

4. Requisitos de la petición

Bastará una simple solicitud en la que, después de la identificación de los cónyuges y en su caso, de la representación procesal, se consigne la petición de

⁽³⁾ La enmienda núm. 668 presentada por el Grupo Socialista proponía la siguiente redacción: “En los procesos a que se refiere el artículo anterior, cuando no existan medidas judiciales vigentes, quien se proponga presentar demanda podrá solicitar las medidas a que se refieren los arts. 102 y 103 del Código Civil, en los casos de existencia de matrimonio, o las medidas cautelares procedentes, incluida la atribución del uso exclusivo del domicilio familiar, en caso de existencia de hijos menores comunes”. La justificación de la enmienda está en que sólo tiene sentido la adopción de medidas previas cuando no existan medidas que se encuentren vigentes, es decir, si con anterioridad ya se han dictado unas medidas no deberían admitirse a trámite otras. Dicha enmienda no fue estimada.

⁽⁴⁾ Con la legislación anterior, era doctrina jurisprudencial la inadmisión de medidas provisionales en el procedimiento de divorcio cuando existía sentencia de separación.

⁽⁵⁾ El Grupo Socialista, en la enmienda núm. 668, abordaba el tema de la competencia territorial para adoptar las medidas previas: “Las medidas serán adoptadas por el Juez competente para el pleito principal”, ya que entendía el citado Grupo que, como en todo proceso cautelar, la competencia la debería tener el Juez del pleito principal, pues en caso contrario se podrá cambiar de juez si no gusta la decisión del propio domicilio e ir al del domicilio del matrimonio o del demandando. Dicha enmienda no fue estimada.

que se adopten unas determinadas medidas. No obstante, a efectos de justificar, por ejemplo, la fijación de la cuantía de la pensión alimenticia que se solicita, será práctico relatar unos hechos, al igual que en el supuesto en el que se pida, con carácter urgente, medidas en relación con la custodia de los hijos y uso de la vivienda y las del art. 102 del CC.

Las medidas que pueden solicitarse son única y exclusivamente las que se señalan en los arts. 102 y 103 del CC, y por tanto, no será objeto del procedimiento de medidas previas la petición de una pensión compensatoria y otras de carácter dispositivo de las partes.

¿Hay que aportar algún documento con la petición de medidas previas? No se establece en el texto de la LEC, a diferencia de lo que sucede en el procedimiento de separación o divorcio, la obligatoriedad de presentar documento alguno. No obstante, si la parte aparece representada por el procurador, habrá que presentar el documento que acredite tal representación. Si se entiende que por analogía es de aplicación lo dispuesto en el art. 728.2 de la LEC para las medidas cautelares “El solicitante de medidas también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión”. Lógicamente, si con la petición no se han presentado documentos debe admitirse la posibilidad de que puedan presentarse en el acto de la comparecencia.

Para formular la solicitud no será precisa la intervención de Procurador y Abogado, sin embargo sí será necesaria dicha intervención para todo escrito o actuación posterior⁽⁶⁾.

5. Supuestos especiales de urgencia

Señala el art. 771.2 de la LEC que en la misma resolución —admisión a trámite— podrá acordar el tribunal de inmediato, si la urgencia del caso lo aconsejare, los efectos a que se refiere el art. 102 del CC, y lo que considere procedente en relación con la custodia de los hijos y uso de la vivienda y ajuar

(6) La circunstancia de permitir que la solicitud de medidas previas pueda efectuarse sin la asistencia de abogado y, en cambio, exigir siempre su asistencia en toda actuación del demandado, ha llevado ya a diversos autores a plantearse si ello viola la doctrina constitucional de igualdad de armas procesales. Esta igualdad debe ser real y efectiva y, por tanto, demandante y demandado deberán tener idéntica posibilidad de alegar y de probar. Para evitar la vulneración de esta doctrina, parece que será factible en la vista de las medidas que el demandante, ya asistido de abogado, pueda ratificar, completar o modificar su petición originaria.

familiar⁽⁷⁾. Los efectos del precepto sustantivo son los siguientes: “*Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal; quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro. Asimismo, salvo pacto en contrario, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica*”.

Lógicamente una medida tan drástica, adoptada sin audiencia del otro cónyuge⁽⁸⁾, sólo puede acordarse ante supuestos de violencia familiar en los que peligre la integridad física del cónyuge agredido o de los hijos, para lo cual parece que se hace imprescindible la aportación de algún principio de prueba con la solicitud. Por la trascendencia de las medidas que se puedan acordar, exige el legislador que esta resolución adopte la forma de auto, en el que el tribunal deberá fundamentar la adopción de las medidas. Contra este auto no puede interponerse ningún tipo de recurso, sin embargo, no vemos obstáculo para que en el auto final del procedimiento de medidas previas el tribunal pueda modificar las medidas que adoptó inicialmente. En teoría estas medidas sólo tendrán una vigencia máxima de 23 días (10 días hasta la citación a comparecencia, 10 días de prueba y 3 para dictar el auto).

¿Podrán solicitarse estas medidas urgentes en los supuestos en los que no existan hijos o estos sean mayores de edad? En principio debemos inclinarnos por una solución afirmativa, ya que en supuestos de violencia entre cónyuges la víctima necesita de la misma protección que pudiesen necesitar los hijos menores y, por tanto, podría acordarse en su favor la atribución del uso de la vivienda.

No debemos olvidar que, en el supuesto de que los incidentes producidos en el seno familiar hayan dado lugar a una denuncia penal, en el Juzgado de Instrucción podrán solicitarse las medidas previstas en el art. 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

“En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma.

(7) Como puede observarse no se incluye entre las medidas la fijación de un régimen de visitas y quizás el fundamento de ello esté en proteger situaciones de malos tratos o la propia sustracción de menores para trasladarlos a otro país.

(8) Ni siquiera se ha previsto la propia audiencia del cónyuge solicitante de las medidas, que pudiese ilustrar al tribunal sobre la situación existente en el matrimonio.

En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas, o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas.

Para la adopción de estas medidas se tendrá en cuenta la situación económica del inculpado y los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral. Se atenderá especialmente a la posibilidad de continuidad de esta última, tanto durante la vigencia de la medida como tras su finalización.

El incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el Juez o Tribunal podrá dar lugar, teniendo en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, a la adopción de nuevas medidas cautelares que impliquen una mayor limitación de su libertad personal, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar.”

6. Resolución del tribunal admitiendo a trámite la solicitud

Señala el art. 771 que, a la vista de la solicitud, el tribunal mandará citar a los cónyuges y, si hubiere hijos menores o incapacitados, al Ministerio Fiscal a una comparecencia que se celebrará en los diez días siguientes. Como vemos desaparece la tradicional diligencia de ratificación del solicitante cuando no venía representado por Procurador.

La expresión “a la vista de la solicitud” nos plantea una importante duda: ¿Se admitirán todas las solicitudes de medidas previas o, como sucede actualmente, sólo cuando se trate de supuestos de urgencia? Teniendo en cuenta que dentro de este precepto ya se regula la situación de urgencia, la conclusión no puede ser otra que la obligatoriedad de que el tribunal admita todas las peticiones de medidas previas que se presenten sin que tenga que valorar si existe o no urgencia para su adopción. La razón es muy simple, todo cónyuge tiene derecho a pedir medidas previas para no presentar la demanda de separación, divorcio o nulidad mientras está conviviendo con el/la demandado/a. Es más, incluso cuando los cónyuges estén separados de hecho desde hace tiempo y no convivan en el mismo domicilio procederá la admisión a trámite de la solicitud de medidas previas, ya que no aparece ninguna restricción en el artículo que comentamos.

Cuando uno de los cónyuges ya ha presentado la demanda de separación con solicitud de medidas provisionales ¿puede admitirse a trámite la solicitud de medidas previas formulada por el otro? Este es un supuesto que no aparece contemplado en el texto legal y que es posible que pueda presentarse en la práctica. Si se presentó primero el escrito de medidas previas, parece evidente

que debe sustanciarse dicha petición y no convocar a las partes para la celebración de la comparecencia de medidas provisionales. En cambio, si la demanda de separación con solicitud de medidas se presentó antes que la petición de medidas previas, teniendo en cuenta que los requisitos procesales de ambas peticiones son idénticas, no se admitirá a trámite la segunda petición. Surge la duda cuando con la petición de medidas previas se solicita la adopción de medidas urgentes. En este caso, parece que el tribunal podrá adoptar el auto fijando las medidas urgentes que considere necesarias manteniendo el señalamiento de medidas provisionales.

Si no se hace preciso adoptar las medidas de urgencia a que hacíamos referencia en el anterior apartado, la resolución que dicte el tribunal tendrá la forma de providencia y en ella mandará citar a los cónyuges y, en su caso, al Ministerio Fiscal, a una comparecencia que deberá celebrarse en los diez días siguientes ⁽⁹⁾.

En la citación se hará constar que ambos cónyuges deben comparecer personalmente, y además acompañados de Procurador ⁽¹⁰⁾ y Abogado, apercibiendo a los cónyuges que la falta de asistencia, sin causa justificada, podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por el cónyuge presente para fundar sus peticiones sobre medidas provisionales de carácter patrimonial. Este apercibimiento no significa que si el demandado no comparece el Juez adoptará las medidas única y exclusivamente con base en las alegaciones de la parte solicitante, no se trata de una *ficta confessio*, sino que la incomparecencia unida al resto de pruebas puede determinar el pronunciamiento de las medidas de carácter económico.

No se establece en la LEC el plazo que debe transcurrir entre la citación y la comparecencia, y dicho plazo resulta de extrema importancia al exigírsele al demandado que comparezca asistido de abogado.

7. Incidencias que pueden presentarse antes de la comparecencia

a) Solicitud de Abogado y Procurador de oficio

Teniendo en cuenta que tanto el actor como el demandado deben comparecer con Abogado y Procurador, es frecuente que el día de la vista ambos o

⁽⁹⁾ Salvo que se establezca un trámite ágil para el nombramiento de abogado y procurador del turno de oficio, será muy difícil poder cumplir este plazo cuando el cónyuge que pide las medidas previas solicita el nombramiento de estos profesionales.

⁽¹⁰⁾ No vemos necesaria la asistencia del Procurador cuando comparece personalmente la parte.

alguno de ellos manifieste que carece de bienes y que desea que le nombren a ambos del turno de oficio. No estaría de más que en la citación se hiciese la recomendación de que, si el demandado va a solicitar Abogado y Procurador del turno de oficio, deba comunicarlo al tribunal antes del día señalado para la comparecencia a fin de evitar que innecesariamente el actor tenga que comparecer dicho día y por otro lado conseguir más rapidez en la designación de los citados profesionales.

El tribunal debe acceder a esta petición y suspender la comparecencia hasta tanto se hayan producido dichas designaciones.

b) Desistimiento

Si la parte que solicitó la adopción de medidas desiste de su pretensión, surge la cuestión de si necesita o no la conformidad del Ministerio Fiscal. En el art. 751.4.º de la LEC se exceptúa del régimen general a los procesos de separación o divorcio, sin embargo, en puridad no estamos realmente ante un procedimiento de separación o divorcio, sino de unas medidas previas a la presentación de la demanda. Parece evidente que no será necesaria la conformidad en los supuestos de que no exista descendencia o si éstos son mayores de edad; sin embargo, es más discutido si existen hijos menores de edad, puesto que es posible que dicho desistimiento pueda ser inducido o incluso provocado por las amenazas del otro cónyuge. No obstante, nos inclinamos por la tesis de prescindir de la conformidad del Fiscal, ya que si la petición de medidas previas está dirigida a solicitar la separación provisional de los cónyuges, el Ministerio Fiscal no tendrá legitimación alguna para solicitar la continuación del procedimiento en contra de la voluntad del cónyuge solicitante. Otra cuestión distinta es que vista la situación existente el Ministerio Fiscal quiera solicitar algunas de las medidas del art. 158 del CC.

c) Planteamiento de cuestión de competencia

Con la legislación anterior no cabía ninguna posibilidad de presentar una cuestión de competencia en el expediente de medidas previas o provisionalísimas; sin embargo, en la nueva LEC se ha eliminado toda referencia a esta cuestión ¿Podrá el demandado alegar que el tribunal que tramita las medidas previas no es el competente para ello? Como hemos señalado antes, el art. 771.1 de la LEC atribuye la competencia para conocer de esta petición al tribunal del domicilio del solicitante sin hacer referencia en ningún momento al domicilio familiar, por tanto parece que permite que si el solicitante ha cambiado de domicilio pueda presentar la petición en el tribunal donde se encuentre el mismo. Ahora bien, la cuestión problemática surge en el momento de definir qué se entiende por domicilio, ya que el art. 40 del CC señala que “el domicilio de las

personas naturales es el lugar de su residencia habitual” y por tanto, en un supuesto en el que uno de los cónyuges abandone la vivienda familiar y se traslade a otra ciudad, no podría en principio presentar la petición de medidas previas en esa ciudad ya que faltaría el requisito de la habitualidad. No obstante, y teniendo cuenta que el procedimiento principal deberá presentarlo necesariamente en el juzgado que resulte competente según las reglas del art. 769 de la LEC, no vemos inconveniente en que esta petición de medidas previas pueda presentarse en el tribunal en el que resida el solicitante aunque sea una residencia provisional.

8. Desarrollo de la comparecencia

a) Cuestiones relacionadas con la asistencia de las partes

Si el solicitante no asistiese a la vista, y el demandado no alegare interés legítimo en la continuación de la comparecencia para que se dicte el auto de medidas previas, se le tendrá en el acto por desistido a aquel de la solicitud, se le impondrán las costas causadas y se le condenará a indemnizar al demandado comparecido, si éste lo solicitare y acreditar los daños y perjuicios sufridos. Si es el demandado el que no asiste a la comparecencia, se continuará la misma. Si no comparece ninguna de las partes, se dictará auto teniendo al actor por desistido de la solicitud de medidas previas.

La no asistencia de los propios cónyuges no va a impedir que pueda celebrarse la comparecencia, ya que la posible sanción de esta incomparecencia sin causa justificada es que se podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por la parte que comparezca para fundamentar sus peticiones sobre medidas definitivas de carácter patrimonial.

Habida cuenta de la preceptiva intervención de Abogado, si éste no compareciere, no podrá la parte informar lo que estime procedente a sus pretensiones, ya que las partes por sí mismas no puede efectuar alegaciones; igualmente no podrá intervenir en el interrogatorio de testigos, ni podrá formular preguntas a la parte contraria. Hay que tener en cuenta que, conforme a lo indicado en el art. 225.4.º de la LEC, los actos procesales son nulos de pleno derecho “Cuando se realicen sin intervención de Abogado en los casos en que la ley la establezca como obligatoria”.

Respecto al Procurador, aunque en el texto legal se indica su preceptiva intervención, si comparece la parte al acto de la comparecencia no vemos necesario que lo haga también el procurador.

b) Acuerdo de las partes

La primera cuestión que hay que determinar es si existe o no acuerdo en los cónyuges respecto a las medidas que hay que adoptar. Si existiese tal acuerdo

se consignará en el acta o, en su caso, si se presentare por escrito se unirá a la misma y se oirá al Ministerio Fiscal —en caso de existencia de hijos menores—, resolviendo el tribunal lo pertinente sobre la aprobación total o parcial de los acuerdos.

c) Alegaciones y prueba

Si no se llegase a un acuerdo total en las medidas, o éste no fuese aprobado por el juez, se concederá la palabra a cada una de las partes para que formulen las alegaciones que tengan por conveniente en relación con las medidas que hay que adoptar. A continuación se propondrán las pruebas de que intenten valerse y, después de su admisión, se practicarán en la vista. Si alguna prueba no pudiese practicarse en la comparecencia se señalará fecha para su práctica, en unidad de acto, dentro de los diez días siguientes⁽¹¹⁾. No se prevé en el art. 771 que durante este plazo las partes puedan proponer nueva prueba, por lo que no podrá admitirse, salvo que se trate de algún supuesto contemplado en el art. 426 de la LEC —hechos acaecidos o conocidos con posterioridad a la solicitud—.

El tribunal podrá acordar de oficio la práctica de cualquier prueba que considere necesaria para un mejor conocimiento de las circunstancias que deben tenerse en cuenta para dictar las medidas.

9. Auto fijando las medidas previas

Finalizada la comparecencia o, en su caso, terminado el acto que se hubiere señalado para la práctica de la prueba que no hubiera podido efectuarse en aquélla, el tribunal resolverá, en el plazo de tres días, mediante auto, contra el que no se dará recurso alguno. En dicho auto fijará el juez las medidas del art. 103 del CC que hayan solicitado las partes⁽¹²⁾.

El Grupo Socialista presentó una enmienda para adicionar un nuevo artículo relativo a la adopción de medidas cautelares:

(11) No queda claro en la ley si es necesario señalar esta nueva comparecencia cuando las pruebas que están pendiente de practicarse son documentales, aunque nos inclinamos por la tesis contraria a esta posibilidad, ya que ello supondría más dilaciones. Por otro lado, si es necesaria la práctica de la prueba psicosocial en tan breve espacio de tiempo no será factible la emisión de dicho informe a menos que se aumente el número de profesionales.

(12) Teniendo en cuenta que no se exige el requisito de la urgencia para la adopción de las medidas, el juez deberá dictar las medidas en todo caso, aun en el supuesto de que el demandado se oponga a ellas.

“Medidas cautelares. Además de las previstas en las leyes, y de las que la situación pueda aconsejar a criterio del juez, se podrá solicitar por las partes, o acordarse de oficio por el juez, tanto en la demanda, como con posterioridad a su admisión o como medidas previas, las medidas cautelares siguientes:

1. *Medidas de alejamiento e interdicción de las comunicaciones:* Cuando quede probado que el comportamiento de cualquiera de los cónyuges, progenitores, o personas que convivan en familia, haga temer un ataque a la vida, integridad física o salud psíquica de cualquiera de ellos, o con los hijos que convivan en la unidad familiar, el juez que conociere del procedimiento podrá adoptar la medida de alejamiento e interdicción de las comunicaciones con las personas que se indique. Dicha medida consistirá en la prohibición de acercamiento a la persona o lugar designado, así como en la interdicción de cualquier clase de comunicación con ésta. Esta medida tendrá como límite superior de duración, salvo que el juzgador determine una duración menor, el del proceso principal hasta su finalización por sentencia firme.

2. *Medidas tendentes al aseguramiento del pago:* Se podrá solicitar del juez las medidas necesarias para el aseguramiento del pago de las cantidades que se fijen para contribución a las cargas o alimentos.

3. *Medida de prohibición de salida del territorio nacional de los menores:* Cuando se tema que cualquiera de los cónyuges o progenitores, pueda proceder a la sustracción del menor, el juez adoptará la medida de prohibición de salida del territorio nacional de éste, comunicándolo a las autoridades competentes. De igual forma cualquier variación del domicilio del menor requerirá autorización judicial.

4. *Medida de prohibición de expedición de pasaporte a los menores:* En los mismos casos previstos en el apartado anterior, el Juez podrá también adoptar la medida de prohibición de expedición de pasaporte a los menores, comunicándolo a las autoridades competentes.

La contravención de dichas medidas podrá derivar en el establecimiento de multas por cada incumplimiento, sin perjuicio de pasar el tanto de culpa al orden jurisdiccional penal por delito de desobediencia y de que el juez pueda modificar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales o definitivas acordadas en el procedimiento.”

Dicha enmienda tenía la siguiente motivación: “En los últimos años, la sociedad ha tomado conciencia del problema de las violencias familiares, consistentes en agresiones físicas o psicológicas a la pareja, y que se pueden extender incluso a otros miembros del núcleo familiar, tales como descendientes comunes o no de la pareja base de la familia. Ante la violencia, sería positivo

conseguir un pronunciamiento judicial de alejamiento, muy común en el sistema americano (*stayaway orders*), que supondría la prohibición al agresor de acercarse a cierta distancia de la víctima y de su domicilio. Sin embargo, la legislación actual no proporciona los elementos necesarios para la actuación en este sentido; se trataría de una medida restrictiva de libertades que debería estar establecida legalmente, de forma explícita y concreta, es decir, con unos presupuestos y contenidos, siguiendo las pautas marcadas por el Tribunal Constitucional. Por lo tanto, es conveniente establecer medidas susceptibles de adoptarse por el juez civil que está conociendo de la crisis familiar, ya que es en el marco temporal del desarrollo del proceso de crisis familiar donde se producen un gran número de agresiones que, incluso en ocasiones, derivan en muerte del cónyuge. Este resultado es de esperar: si el cónyuge o persona unida por análoga relación, sea o no el padre de los menores, se comporta habitualmente con violencia, es lógico que ante la crisis familiar de ruptura que implica la iniciación de un proceso, y ante la impotencia que pueda suponer la intervención de un tercero no controlable por la fuerza —el juez— que va a modificar la situación existente sin tener únicamente en cuenta la voluntad del violento, el sujeto se crispe y consecuentemente agrede o moleste. Por último, hay que señalar que dicha reforma habría de ser llevada a cabo por una ley orgánica, dado que de acuerdo con el mandato constitucional del artículo 81 habrán de serlo aquellas relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, y que los artículos 17 y 19 consagran la libertad deambulatoria y de residencia”.

A pesar de la oportunidad de la misma que permitiría dar cobertura legal a numerosas situaciones que se presentan en la práctica, no se incorporó al texto final de la ley.

10. Eficacia del auto de medidas previas

Por señalarlo así tanto el art. 771.5 de la LEC como el párrafo segundo del art. 104 del CC, “*los efectos y medidas acordados sólo subsistirán si, dentro de los treinta días siguientes a su adopción, se presenta la demanda de nulidad, separación o divorcio*”. Respecto al cómputo del plazo, surge cierta controversia entre lo dispuesto en este artículo y lo establecido en el art. 133 de la LEC, ya que según este último precepto, “*los plazos comenzarán a correr desde el día siguiente a aquel en que se hubiere efectuado el acto de comunicación del que la Ley haga depender el inicio del plazo, y se contará en ellos el día del vencimiento, que expirará a las veinticuatro horas*”. Así pues ¿el plazo de treinta días comienza a transcurrir desde la fecha del auto de medidas previas o desde la fecha en que éste se notifique a las partes? Nos inclinamos por la segunda opción, ya que una notificación tardía del auto de medidas, en la práctica, limitará el plazo de que disponen las partes para interponer la demanda. Lógicamente, en el cómputo del plazo se excluirán los inhábiles.

A diferencia de la legislación anterior, en la nueva LEC no se prevé la posibilidad de una prórroga a dicho plazo, siendo indiferente por tanto que ambos cónyuges manifiesten que están en vías de alcanzar un acuerdo.

Una vez transcurrido el plazo de veinte ¿podrá alguno de los cónyuges volver a solicitar la adopción de medidas previas? En principio, la redacción actual del art. 771 de la LEC no impone límites a que los cónyuges puedan solicitar nuevamente medidas previas; sin embargo, podría ser de aplicación lo dispuesto en el art. 11.1 de la LOPJ: *“Los juzgados y tribunales rechazarán fundadamente las peticiones que se formulen con manifiesto abuso de derecho”*.

III. LA MODIFICACIÓN O COMPLEMENTO DE LAS MEDIDAS PREVIAS

1. Incorporación del expediente de medidas previas al procedimiento de separación, divorcio y nulidad

Presentada una demanda de separación, divorcio y nulidad, en el auto de admisión, el tribunal acordará de oficio, si se hubiesen adoptado medidas con anterioridad, que se una a los autos el expediente de medidas previas. Si el tribunal que dictó el auto de medidas es distinto al que conoce del procedimiento de separación, divorcio o nulidad, se librará exhorto a dicho juzgado para que expida y le remita un testimonio del auto en el que las adopta.

En principio, y salvo que posteriormente el tribunal considere procedente completar o modificar las medidas ⁽¹³⁾, el auto de medidas provisionales estará vigente hasta que se dicte sentencia, en cuyo momento las medidas previas serán sustituidas por las medidas definitivas.

2. Incidente para completar o modificar las medidas previas

a) Supuestos en los que procede

Los requisitos básicos para que proceda el complemento o modificación de las medidas previas son dos:

(13) Entendemos que en la práctica en la mayoría de los casos el juez no va a considerar procedente la modificación de las medidas previas, porque no olvidemos que generalmente va a transcurrir un corto espacio de tiempo entre el auto de medidas previas y el hipotético auto de medidas provisionales derivadas de la admisión a trámite de la demanda. No tiene sentido, salvo cambio sustancial de circunstancias, fijar nuevas medidas provisionales si las previas han sido acordadas con asistencia de Abogado y Procurador y con un periodo de alegaciones y de prueba idéntico al de las provisionales.

— Que con anterioridad se hayan adoptado medidas provisionales previas.

La redacción del texto nos hace cuestionarnos si es factible por esta vía la modificación de las medidas definitivas adoptadas en un procedimiento de separación con ocasión de presentarse una demanda de divorcio o nulidad. Aunque en el epígrafe del artículo se refiere a la “*confirmación o modificación de las medidas provisionales previas a la demanda, al admitirse ésta*”, en el texto del mismo solo se hace referencia a “*cuando se hubieren adoptado medidas*” sin especificar si se trata de medidas previas, provisionales derivadas de la admisión de la demanda o definitivas. Sin embargo, la conclusión debe ser negativa a esta posibilidad, ya que en el art. 775 de la LEC se regula el procedimiento de modificación de medidas definitivas.

— La admisión de la demanda a trámite.

Lógicamente se hace preciso puntualizar que la frase “admitida ésta”, no significa que en el auto de admisión tenga el tribunal que pronunciarse necesariamente si procede o no completar o modificar las medidas, ya que esta decisión también la puede adoptar posteriormente⁽¹⁴⁾. Es decir, desde la admisión a trámite de la demanda y, en teoría, hasta que se dicten las medidas definitivas, puede el tribunal acordar que se cite a las partes a una comparecencia para completar o modificar las medidas. Así pues, puede suceder que una vez presentada y admitida la demanda —entendemos que a la vista de los hechos que en la misma se hagan constar y de las pruebas que se aporten⁽¹⁵⁾—, el tribunal considere oportuno citar a las partes a una comparecencia para completar o

(14) Hubiese sido deseable que el artículo especificase mejor el momento en el que pueden completarse o modificarse las medidas. El art. 1886 de la antigua LEC evitaba el confusionismo del nuevo art. 772: “Interpuesta y admitida la demanda o querrela el Juez adoptará durante la sustanciación del proceso, y mientras éste perdure, las medidas enunciadas en los artículos siguientes”.

(15) Si no fuese así el Tribunal carecería de cualquier elemento de juicio para considerar que procede completar o modificar las medidas previas. Desde luego debe rechazarse de plano, en los casos en que el juez que dictó las medidas no sea el mismo que conoce del procedimiento de separación, divorcio y nulidad, que con exclusiva vista del testimonio del auto de medidas entienda que procede modificar las medidas. Algunos autores se han cuestionado si el complemento o modificación de medidas que se prevé en este artículo está pensado exclusivamente para aquellos supuestos en que el juez que conoce del procedimiento de separación, divorcio o nulidad, es distinto de aquel que adoptó las medidas previas, dando cobertura de esta forma al principio del derecho al juez determinado por la ley; sin embargo, no creemos que este artículo esté pensado exclusivamente para ese supuesto, y por tanto debe ampliarse también a aquellos casos en que fue el mismo juez del procedimiento principal el que dictó el auto de medidas previas, pero que a la vista de nuevas circunstancias cree oportuno completar o modificar el anterior auto.

modificar las medidas ⁽¹⁶⁾. Pero también es factible que presentada la demanda el tribunal no considere procedente citar a comparecencia y sí en cambio lo acuerde después de que el demandado presente la contestación a la demanda, o cuando se presente un escrito por alguna de las partes poniendo en conocimiento del juez la concurrencia de hechos nuevos. Lo que parece que está descartado es que el tribunal, después de dictar un auto modificando las medidas previas, pueda convocar de nuevo a las partes a comparecencia y dictar otro nuevo auto a la vista de cualquier alteración en las circunstancias.

b) Personas legitimadas para instar el complemento o modificación

No se establece en el texto del artículo que las partes puedan solicitar al juez la citación a comparecencia para completar o modificar las medidas, y por tanto la apertura de este incidente solo tendrá lugar cuando “el tribunal considere que procede completar o modificar las medidas”. Evidentemente eso no impide que la parte actora pueda solicitar en su demanda, o el demandado en su contestación, el complemento o modificación de las medidas previas, petición que puede ser estimada o no por el tribunal, sin que para ello sea necesario adoptar ninguna resolución. Es decir, la resolución a esas posibles peticiones será convocar a comparecencia o sencillamente no hacerlo, sin que tenga que fundamentar la causa por la que no considera necesario completar o modificar las medidas.

c) Concepto de complemento o modificación de las medidas

Si bien no ofrece duda el concepto de modificación de medidas, que comprende tanto el cambio —por ejemplo, subir o bajar la pensión alimenticia— o la extinción de las mismas —por ejemplo, dejar sin efecto la fijación de una pensión alimenticia a cargo de un progenitor cuando se produce un cambio de guarda o custodia, o porque cada uno de los hijos va a vivir con un progenitor—, se hace necesario precisar qué puede entenderse por “completar” las medidas. En principio, cabe pensar en que el tribunal que dictó el auto de medidas previas no dispuso nada respecto a alguna de las medidas del art. 103 del CC y, por tanto, procede que ahora el tribunal que conoce del procedimiento de separación, divorcio o nulidad, fije esa medida. También, cabe entender por “completar” una medida añadirle algún pronunciamiento más, por ejemplo, se

(16) No obstante, hay que admitir la posibilidad de que propuestas una serie de pruebas en el procedimiento de medidas previas, no llegaran a cumplimentarse dentro del periodo concedido y llegasen a las actuaciones posteriormente, en cuyo caso quizás el juez entendiese necesario completar o modificar las medidas.

fijó un régimen de visitas de semanas alternas y una estancia de 30 días en las vacaciones estivales, pero se olvidó de regular el régimen de estancias en las vacaciones de Navidad y Semana Santa, o, por ejemplo, se fijó una contribución a las cargas del matrimonio sin cláusula de estabilización.

d) Procedimiento a seguir para completar o modificar las medidas

Cuando el tribunal considere que procede completar o modificar las medidas citará a las partes a una comparecencia, que seguirá las normas del art. 771 de la LEC, es decir, la comparecencia para la fijación de las medidas previas. No obstante, y como es el tribunal quien va a decidir qué medidas deben modificarse o completarse ⁽¹⁷⁾, será necesario que bien en la citación a la comparecencia, o bien al inicio de la misma, el tribunal determine con exactitud cuál va a ser el objeto de la comparecencia, para que estas puedan formular las alegaciones que estimen oportunas o proponer la prueba pertinente.

IV. LAS MEDIDAS PROVISIONALES

1. Requisitos básicos para solicitar las medidas provisionales

Procederá la adopción de medidas provisionales derivadas de la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio, siempre y cuando no se hubiesen adoptado con anterioridad ⁽¹⁸⁾. Es decir, no podrán solicitarse medidas provisionales cuando con anterioridad se adoptaron unas medidas previas. Ahora bien ¿podrían adoptarse medidas provisionales si las previas perdieron su vigencia por no haberse interpuesto la demanda matrimonial dentro de los treinta días siguientes a haberse dictado el auto de medidas previas? El texto del artículo no señala nada al respecto, y como no se incorporó al mismo la enmienda del Grupo Socialista que expresamente señalaba que sólo procedería la adopción de medidas provisionales cuando no estuviesen otras vigentes, en puridad debería negarse esta solicitud. Como no parece lógico, teniendo en cuenta los intereses

(17) No creemos que el tribunal acuerde en abstracto que procede completar o modificar las medidas sin especificar lo que debe ser objeto de complemento o modificación.

(18) Aunque en puridad no se hayan adoptado medidas, tampoco podrá admitirse la solicitud de medidas provisionales cuando esté pendiente de celebrarse la comparecencia de medidas previas, bien porque la fecha del señalamiento sea posterior a la admisión a trámite de la demanda, cuando se esté a la espera del nombramiento de profesionales del turno de oficio o se estén practicando las pruebas solicitadas en la pieza de medidas previas.

en juego, que no exista regulación de las relaciones personales, patrimoniales y paterno-filiales durante la tramitación del procedimiento principal, debemos inclinarnos por la posibilidad de que puedan adoptarse medidas provisionales cuando las previas quedaron sin efecto por el transcurso del tiempo.

Otra cuestión a decidir es si podrán solicitarse las medidas provisionales en un procedimiento de divorcio o nulidad si con anterioridad se dictó la sentencia de separación en la que se fijaron las medidas definitivas. Al igual que con la cuestión anterior, el texto omite cualquier referencia a este extremo, lo que nos inclinaría a la no admisión de medidas provisionales en el procedimiento de divorcio y nulidad cuando se encuentran vigentes las medidas adoptadas en la separación, ya que ello contravendría lo dispuesto en el art. 775 de la LEC, es decir, modificaría las medidas definitivas sin observar el trámite establecido en este artículo. No obstante, como se admite la posibilidad de solicitar medidas provisionales en el procedimiento de modificación de medidas, parece que cuando se solicite el divorcio y se incluya una petición de modificación o extinción de las anteriores medidas también procedería su adopción.

2. Medidas provisionales solicitadas con la demanda

La solicitud de medidas provisionales por parte del actor en el procedimiento matrimonial, cuando no existan medidas previas, debe efectuarse necesariamente junto con el escrito de demanda; si omite esta petición, no las podrá solicitar posteriormente. El texto del art. 773 de la LEC no deja lugar a dudas: *“El cónyuge que solicite la nulidad de su matrimonio, la separación o el divorcio podrá pedir en la demanda lo que considere oportuno sobre las medidas a adoptar”*, y, por otro lado, no se establece en el resto del artículo ninguna referencia a que esta solicitud pueda efectuarse posteriormente⁽¹⁹⁾.

Dicha petición parece que es conveniente formularla por otrosí para establecer la distinción entre la solicitud de medidas provisionales y definitivas, y puede limitarse a solicitar las medidas que considere necesarias, es decir, todas las que figuran en el art. 103 del CC o sólo las que en ese momento le interese.

Admitida la demanda, en el auto inicial, el tribunal acordará citar a los cónyuges, y en su caso al Ministerio Fiscal, a comparecencia que se desarrollará conforme a lo establecido en el art. 771 de la LEC —es decir, como la compare-

(19) Creemos que es muy rigurosa esta exigencia y por tanto no dudamos que en la práctica se permitirá que el actor pueda solicitar las medidas provisionales con posterioridad. No parece lógico que si el demandado no las solicita pueda negarse a la parte la adopción de medidas provisionales. Sin perjuicio de esta apreciación, siempre cabe la posibilidad de acudir al art. 158 del CC para la adopción de las medidas que se consideren necesarias para proteger a los hijos menores.

cencia de medidas previas o la de complementación o modificación de las mismas—. No debe inducir a error la frase “*admitida la demanda, el tribunal resolverá las peticiones a que se refiere el apartado anterior*”, ya que dicha resolución no puede ser otra que la de citar a los cónyuges a comparecencia o acordar que no procede adoptar medidas provisionales por encontrarse otras vigentes. Si no existen medidas vigentes, el juez debe admitir obligatoriamente la petición de medidas provisionales.

3. Medidas provisionales solicitadas con la contestación a la demanda

Si el actor no hubiese solicitado medidas provisionales, y no estuviesen vigentes las medidas previas o definitivas, el demandado podrá formular en su contestación —nunca después— solicitud de adopción de medidas provisionales. A esta solicitud serán de aplicación las puntualizaciones que efectuamos anteriormente en cuanto a su formulación por otrosí y a la petición de las medidas del art. 103 del CC que considere oportunas.

Por lo que respecta a la tramitación de esta solicitud de medidas provisionales, el legislador establece dos posibilidades:

a) Tramitación de la solicitud de medidas en la vista del juicio

Si el demandado no formula reconvencción, y si, de acuerdo con lo establecido en el art. 440 de la LEC, el tribunal señala la vista principal dentro de los diez días siguientes a recibirse el escrito de contestación, la tramitación de la solicitud de medidas provisionales se efectuará dentro de la vista, resolviendo el tribunal, por medio de auto no recurrible, cuando la sentencia no pudiera dictarse inmediatamente después de la vista. Lógicamente, si el tribunal no señala la vista dentro de los diez días siguientes, es decir, opta por señalarla posteriormente —según el art. 440 de la LEC dispone de un plazo de diez a veinte días para señalar el día y hora de la vista— no podrá tramitarse la petición conjuntamente en la vista del juicio verbal.

b) Tramitación de la solicitud de medidas en comparecencia independiente

Si el demandado formula reconvencción o si la vista del juicio verbal se señala después de los diez días de presentarse el escrito de contestación a la demanda, para la sustanciación de las medidas provisionales el juez citará a las partes a una comparecencia, que se celebrará conforme a lo establecido en el art. 771 de la LEC.

4. Medidas provisionales solicitadas de mutuo acuerdo por los cónyuges

Las medidas provisionales pueden ser adoptadas por el juez a petición del actor o del demandado, pero también es factible que las partes lleguen a un acuerdo respecto a las mismas, acuerdo que podrá tener lugar en cualquier momento posterior a la admisión de la demanda e incluso con ocasión de celebrar la comparecencia de medidas. Dicho acuerdo, como es habitual, previo informe del Ministerio Fiscal, será aprobado por el tribunal si considera que ampara suficientemente el interés de los hijos menores.

Habrà que admitir la posibilidad de que los cónyuges puedan llegar a acuerdos parciales respecto a las medidas provisionales, es decir, existe consenso, por ejemplo, en la atribución de la guarda y custodia de los hijos y en la asignación del uso de la vivienda familiar, pero en cambio falta el mismo para cuantificar la pensión alimenticia. En estos supuestos, parece que deberá celebrarse, o en su caso continuar, la comparecencia con el objeto de efectuar las alegaciones y practicar la prueba con exclusiva referencia a las medidas provisionales en las que falta el consenso, o respecto a las que el tribunal considere que no amparan suficientemente el interés de los hijos.

Queda sin resolver en el precepto si unas vez adoptadas las medidas provisionales pueden las partes someter a su aprobación el acuerdo al que hayan llegado. Aunque será un supuesto que difícilmente sucederá en la práctica, ya que si hay acuerdo lo normal será que se solicite el cambio de procedimiento, al no fijarse en la LEC un procedimiento para la modificación de las medidas provisionales, ni contencioso ni consensual, parece que no será factible esta posibilidad.

Para evitar ningún tipo de confusión, el legislador ha especificado que dicho acuerdo no será vinculante para las pretensiones respectivas de las partes ni para la decisión que pueda adoptar el tribunal en lo que respecta a las medidas definitivas.

5. Vigencia de las medidas provisionales

Señala el art. 773.5 de la LEC que las medidas provisionales quedarán sin efecto cuando sean sustituidas por las que establezca definitivamente la sentencia o cuando se ponga fin al procedimiento de otro modo. Como vemos, la redacción de este precepto es similar a la que se contiene en el art. 106 del CC; sin embargo, no planteará las controversias que en la práctica generaba este artículo, ya que, se interponga o no recurso de apelación contra la sentencia, las medidas provisionales serán sustituidas en todo caso por las que se contengan en la sentencia definitiva, puesto que es de aplicación lo establecido en el

art. 774.5 de la LEC: “*los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta*”.

Ahora bien, si la sentencia es desestimatoria de la demanda de separación, divorcio o nulidad y se interpone recurso contra la misma ¿quedan sin efecto las medidas provisionales? Teniendo en cuenta que la sentencia desestimatoria va a incluir un pronunciamiento dejando sin efecto las medidas provisionales, será de aplicación lo dispuesto en el art. 456 de la LEC: “*La apelación contra sentencias desestimatorias de la demanda y contra autos que pongan fin al proceso carecerá de efectos suspensivos, sin que en ningún caso proceda actuar en sentido contrario a lo que se hubiese resuelto*”. Por consiguiente, la sentencia desestimatoria de la demanda de separación, nulidad o divorcio deja sin efecto las medidas provisionales. Lógicamente esta circunstancia puede plantear un grave problema, ya que si tras la sentencia desestimatoria los cónyuges no cumplen voluntariamente los deberes inherentes al matrimonio y a la patria potestad, será necesaria la intervención judicial para adoptar las medidas oportunas, y en ese momento nos vamos a encontrar con obstáculos procesales. ¿Podrán solicitarse medidas previas a interponer una nueva demanda cuando está en trámite un recurso de apelación contra la sentencia dictada en el anterior procedimiento? La respuesta debe ser negativa, puesto que concurriría la excepción de litispendencia; así pues, la única posibilidad de solicitar medidas la tenemos en el art. 158 del CC, y ello exclusivamente respecto de los hijos menores de edad.

Otra cuestión que debe resolverse es si las medidas quedan sin efecto cuando las partes soliciten la suspensión del procedimiento. Señala el art. 179 de la LEC que “*el curso del procedimiento se podrá suspender de conformidad con lo que se establece en el apartado cuarto del artículo 19 de la presente Ley, y se reanudará si lo solicita cualquiera de las partes. Si, transcurrido el plazo por el que se acordó la suspensión, nadie pidiere, en los cinco días siguientes, la reanudación del proceso, se archivarán provisionalmente los autos y permanecerán en tal situación mientras no se solicite la continuación del proceso o se produzca la caducidad de instancia*”. Teniendo en cuenta que según lo establecido en el art. 773.5 de la LEC las medidas “*quedarán sin efecto cuando sean sustituidas por las que establezca definitivamente la sentencia o cuando se ponga fin al procedimiento de otro modo*”, es evidente que con la resolución que acuerda la suspensión o el archivo provisional no se está poniendo fin al procedimiento, por lo que deben continuar vigentes las medidas, al menos hasta que se dicte el auto de caducidad de instancia.

V. LAS MEDIDAS DEFINITIVAS

1. Acuerdo de los cónyuges respecto a las medidas definitivas

Dejando a un lado los pronunciamientos sobre medidas provisionales que, como su propia palabra indica, tienden a regular las consecuencias que la crisis matrimonial va a provocar en las relaciones personales, patrimoniales y paterno-filiales hasta que se dicta la sentencia definitiva, tanto en la demanda como en la contestación las partes tienen que pronunciarse sobre la causa de separación, divorcio y nulidad, las medidas del art. 91 del CC —en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio y la liquidación del régimen económico— y el resto de pronunciamientos —pensión compensatoria, indemnización por nulidad matrimonial, indemnización por extinción del régimen de separación de bienes, etc.—. Igualmente, en la vista del juicio verbal las partes podrán proponer y practicar las pruebas que se admitan por el tribunal para acreditar los hechos en que cada parte funde sus pretensiones.

Es una constante en los procesos matrimoniales la intervención del tribunal en la adopción de medidas únicamente cuando falte el consenso entre los cónyuges, o cuando dicho acuerdo no ampare suficientemente el interés de los hijos. Aplicando este principio general del derecho, el legislador ha previsto en este artículo la posibilidad de que los cónyuges puedan consensuar las medidas definitivas, tanto antes, durante o después de la vista del juicio verbal.

a) Acuerdo alcanzado antes de la celebración de la vista del juicio

Los supuestos que se comprenden en esta previsión son los siguientes:

— Cuando los cónyuges llegan a un acuerdo respecto a las medidas definitivas, pero no en cuanto a la petición de separación o divorcio, ya que si dicho acuerdo alcanzase también a este extremo, se produciría el efecto previsto en la regla 5.ª del art. 770 de la LEC, es decir, el procedimiento se transformaría en consensual. Lógicamente también se incluirán los procedimientos de nulidad matrimonial, en los que no cabe la transformación del procedimiento en consensual. En estos supuestos, si el tribunal —con la previa audiencia del Ministerio Fiscal—, considera que los pactos amparan suficientemente el interés de los hijos, continuará el procedimiento, pero eliminando ya del objeto de prueba y discusión las medidas pactadas. Luego en la sentencia se incluirán estas medidas como definitivas.

— Cuando existe un acuerdo parcial entre los cónyuges, es decir, se han consensuado algunas medidas, o incluso la procedencia de la separación o el divorcio, pero se mantiene la discrepancia respecto a otras. En esta ocasión, continuará la tramitación del procedimiento, y en la vista serán objeto de alega-

ción y de prueba únicamente aquellas medidas respecto a las que existan discrepancias.

b) Acuerdo alcanzado durante la celebración de la vista del juicio

En cualquier momento de la celebración de la vista del juicio verbal, es decir, al comienzo, durante o antes de su finalización, los cónyuges podrán someter al tribunal los acuerdos a que hubiesen llegado para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio y proponer la prueba que considere conveniente para justificar su procedencia. Veamos las distintas posibilidades:

— Si el acuerdo fuese total, es decir, respecto a la procedencia de la separación o el divorcio y a las medidas, podría en la misma vista acordarse la continuación de la tramitación de forma consensual, ratificándose seguidamente los cónyuges en su petición y en el convenio regulador.

— Si el acuerdo fuese parcial, bien respecto a las medidas, pero no respecto a la procedencia de la separación o divorcio, o bien respecto a parte de las medidas, la vista deberá continuar. Si el juez considera que los pactos totales o parciales a que han llegado los cónyuges amparan suficientemente el interés de los hijos, les dispensará de prueba y la vista continuará respecto de las cuestiones controvertidas, o incluso respecto a los pactos cuando el tribunal considera la procedencia de las pruebas para justificarlos.

c) Acuerdo alcanzado después de la celebración de la vista del juicio

Aunque no se regula expresamente en el artículo que comentamos, debe admitirse la posibilidad de que los cónyuges, antes de que se dicte la sentencia que incluya las medidas definitivas, puedan elevar al tribunal los acuerdos a los que han llegado, ya que ello cabe deducirlo del art. 774.3.º cuando señala que el tribunal resolverá en la sentencia sobre las medidas solicitadas de común acuerdo por los cónyuges, tanto si ya hubiesen sido adoptadas, en concepto de provisionales, como si se hubieran propuesto con posterioridad.

2. Desacuerdo entre los cónyuges respecto a las medidas definitivas

La falta de acuerdo entre los cónyuges respecto a las medidas les obligará, y al Ministerio Fiscal en su caso, a efectuar las alegaciones y contra-alegaciones que estimen oportunas y a la práctica de las pruebas pertinentes en la vista del juicio verbal para justificar la procedencia de la adopción de cada una de las medidas definitivas.

Igualmente en la vista, y antes de dictarse sentencia, el tribunal de oficio podrá acordar la práctica de pruebas sobre hechos que sean relevantes para la

decisión sobre las medidas a adoptar. Lógicamente, a estos efectos, habrá que tener en cuenta la pluralidad de objetos a resolver, es decir, aquellos que se rigen por el principio de rogación y congruencia —que deben acomodarse al régimen general de la prueba— y otros en los que domina el interés público —art. 91 del CC— en los que debe intervenir de oficio el tribunal, fijándolos incluso sin petición de parte y acordando toda la prueba que sea oportuna previa a su adopción.

3. Resolución sobre las medidas definitivas

Tanto hayan llegado las partes a un acuerdo o sea necesario que el tribunal las establezca, en la sentencia se resolverá sobre las medidas solicitadas en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, disolución del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiere adoptado ninguna. Por aplicación de lo establecido en los arts. 209 y 216 de la LEC, la sentencia contendrá, numerados, los pronunciamientos correspondientes a las pretensiones de las partes, aunque la estimación o desestimación de todas o algunas de dichas pretensiones pudiera deducirse de los fundamentos jurídicos. Por tanto, vulnerará el precepto anterior la sentencia dictada en el procedimiento matrimonial que en el fallo, y en relación con el pronunciamiento de medidas, se remita al contenido de un determinado fundamento jurídico o señale que se elevan a definitivas las medidas provisionales.

La controversia que plantea el texto legal en relación con la adopción de medidas definitivas no es otra que determinar si las medidas deben fijarse forzosamente en la sentencia o cabe la posibilidad de que su adopción pueda diferirse a la fase de ejecución de sentencia. La discrepancia entre el art. 774 de la LEC y el art. 91 del CC es evidente y, por ello, en fase de tramitación parlamentaria se incluyeron diversas enmiendas para armonizar ambos preceptos. En efecto, señala el art. 774 de la LEC que *“el tribunal determinará en la propia sentencia las medidas...”* y por su parte el art. 91 del CC indica que *“En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas...”*. La resolución de la controversia, siendo ambas leyes del mismo rango, debe encontrarse en el art. 2.º del CC: *“Las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la Ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior”*. En este sentido, la disposición derogatoria tercera de la LEC señala que *“Asimismo, se consideran derogadas, conforme al apartado segundo del art. 2 del CC, cuantas normas se opongan o sean incompatibles con lo dispuesto en la presente ley”*. Teniendo en cuenta

que el tema que estamos analizado es una cuestión procesal, habrá que entender que con la LEC queda derogada la posibilidad de que el tribunal pueda en la sentencia diferir la adopción de las medidas a la fase de ejecución, ya que, disponiendo éste de amplios poderes en cuanto a la investigación y prueba de los hechos que afectan a las medidas, no existe ninguna necesidad de aplazar estos pronunciamientos.

4. Eficacia de las medidas definitivas

Las medidas definitivas que se adoptan por el juez en la sentencia sustituyen *ipso facto* a las medidas previas o provisionales que estuviesen vigentes y comienza su eficacia desde ese mismo instante, siendo indiferente que ambas partes, alguna de ellas o el propio Ministerio Fiscal interpongan un recurso de apelación contra la sentencia. Es decir, como señala el texto legal “*los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubiesen acordado en ésta*”.

Teniendo en cuenta los distintos pronunciamientos que pueden incluirse en los procesos matrimoniales, se hace preciso puntualizar que, por vía de este artículo, únicamente tendrán eficacia inmediata, con independencia de la interposición de un recurso de apelación, las medidas que se contienen en el art. 103 del CC, es decir, relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, disolución⁽²⁰⁾ del régimen económico y las cautelas o garantías de cada una de estas medidas. Por tanto, la eficacia o ejecutividad inmediata de otro tipo de pronunciamientos debe encauzarse a través de la ejecución provisional de las sentencias.

VI. LA MODIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS DEFINITIVAS

1. Supuestos en los que procede solicitar la modificación de medidas

Desde el inicio de la crisis matrimonial hasta incluso después de la disolución del matrimonio, será necesario que, bien los cónyuges de mutuo acuerdo o en su defecto el juez, adopten una serie de medidas tendentes a regular sus relaciones personales, económicas y paterno-filiales.

(20) Curiosamente el legislador en este precepto modifica lo establecido en el art. 91 del CC, ya que cambia “liquidación” por “disolución” del régimen económico. Realmente, las hipotéticas medidas procederían en relación con la liquidación del patrimonio común, pero nunca con la disolución, ya que las causas de disolución están previstas en los arts. 1392 y 1393 del CC y, además, la disolución no es una medida, es un efecto automático de la sentencia matrimonial.

Estas medidas se adoptan teniendo en cuenta las circunstancias existentes en ese momento. Si por hechos posteriores cambian estas, es evidente que deben revisarse las medidas que estén vigentes para adaptarlas a la nueva situación o incluso para declararlas extinguidas, lo que se consigue a través de una acción de modificación de medidas prevista en los arts. 90, 91, 100 y 101 del CC y en su aspecto procesal en el art. 775 de la LEC. Ahora bien, teniendo en cuenta que en estos artículos únicamente se hace referencia a que las medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias, hay que cuestionarse: ¿Qué requisitos deberán cumplirse para que sea procedente la presentación de una demanda de modificación? De las distintas resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales se deducen los siguientes:

- a) Que los hechos en los que se base la demanda se hayan producido con posterioridad al dictado de la sentencia que fijó las medidas

Este requisito resulta obvio, ya que los hechos anteriores a la sentencia ya fueron tomados en consideración en su momento por el Juez de instancia, por lo que la nueva demanda no puede basarse en los mismos hechos, pues en cierto modo, aunque no es totalmente aplicable a las medidas, habría una especie de “excepción de cosa juzgada”. Por tanto, no cabe alegar el error de cálculo que tuvo uno de los cónyuges al pactar las cláusulas de contenido económico del convenio regulador, ya que no se han modificado las circunstancias existentes. Únicamente podrían alegarse hechos anteriores si los mismos no eran conocidos por una de las partes; por ejemplo, que uno de los cónyuges tuviese ingresos no declarados.

- b) Que la variación o cambio de circunstancias tenga relevancia legal y entidad suficiente como para justificar la modificación pretendida

Los hechos que motivan la demanda de modificación deben ser tanto cualitativa como cuantitativamente de una importancia tal que supongan un cambio profundo respecto de la situación anterior. Así pues, no será suficiente cualquier clase de modificación, sino que debe ser sustancial.

- c) Que el cambio de circunstancias sea permanente, o al menos que no obedezca a una situación de carácter transitorio

La alteración producida en las circunstancias debe tener cierto carácter permanente, no siendo base suficiente para la demanda de modificación el paso de alguno de los cónyuges o de los hijos por una mera situación transitoria de mejor o peor fortuna. Ello es así porque el legislador no pretende que las medidas adoptadas constituyan un semillero de pleitos y que puedan modificarse, por ejemplo, porque un cónyuge perciba menos ingresos en un mes determinado.

- d) Que se trate de circunstancias sobrevenidas ajenas a la voluntad del cónyuge que solicita la modificación

Si la causa que ha provocado el cambio de circunstancia ha sido buscada o provocada voluntariamente por uno de los cónyuges, la demanda de modificación difícilmente podrá prosperar. De esta forma, si la modificación de circunstancias ha sido consecuencia de una baja laboral voluntaria, de la petición de excedencia, o del endeudamiento voluntario del mismo por la compra de bienes muebles o inmuebles, se tiene prácticamente asegurada la desestimación de la demanda. Lo contrario sería dejar siempre a merced de la mejor o peor voluntad del obligado el cumplimiento del convenio regulador o de las medidas judiciales.

- e) Que se acredite en forma por el cónyuge que solicita la modificación el cambio de circunstancias

Por último, no basta con alegar nuevos hechos que sean base suficiente para modificar las medidas preexistentes, sino que estos deberán acreditarse cumplidamente, utilizando para ello todos los medios de prueba admitidos en derecho. Hay que precisar que, conforme al art. 217 de la LEC, la carga de la prueba recaerá sobre el cónyuge que solicita la modificación. Es importante tener en cuenta que para que el tribunal pueda apreciar el cambio, hay que probar las circunstancias que concurrían en el momento de adoptarse las medidas y las que concurren actualmente, por lo que nuestra actividad probatoria debe dirigirse a ambos momentos, ya que si sólo se acredita la situación actual no podrá valorarse si existe o no cambio o variación en las mismas.

2. Supuestos en los que no cabe acudir a un procedimiento de modificación de medidas

- a) Cuando un cónyuge considera que hubo vicio o error en el consentimiento prestado al convenio regulador

La vía adecuada para canalizar esta pretensión será la del procedimiento ordinario, no pudiendo utilizarse la vía del procedimiento de modificación de medidas, ya que el descubrimiento del vicio no puede considerarse como una circunstancia nueva, a los efectos de modificar las medidas preestablecidas. Tampoco es admisible la acumulación de la acción de nulidad por error o vicio del consentimiento con la acción de modificación de medidas, puesto que se trata de acciones que deben ventilarse en juicio de distinta naturaleza, por lo que resulta aplicable la prohibición contenida en el art. 73 de la LEC: *“Que las acciones acumuladas no deban, por razón de su materia, ventilarse en juicios de diferente tipo”*.

- b) No podrá utilizarse el procedimiento de modificación de medidas para pretender una nueva valoración sobre hechos preexistentes

Esta es una técnica, por desgracia bastante frecuente, que suele presentarse en los juzgados de familia y que consiste en presentar una demanda de modificación sin alegar ningún evento nuevo que haya alterado en forma sustancial las circunstancias existentes, pretendiendo únicamente volver a examinar y valorar las pruebas de los hechos ya enjuiciados con el fin provocar un nueva sentencia sobre los mismos. De admitirse esta práctica, estaríamos en presencia de una especie de recurso de revisión de la sentencia firme, de la que conocería un juzgado de 1.^a Instancia, circunstancia no contemplada por el momento en nuestro ordenamiento procesal. Como señala el Tribunal Constitucional *“El examen de los motivos aducidos por las partes y su incidencia sobre los efectos adoptados en la sentencia precedente no pueden ser objeto de un nuevo e injustificado estudio, si no se quiere incidir en vulneración del principio de seguridad jurídica o en incongruencia cuando se volviera sobre los anteriores pronunciamientos sin una razón nueva y fundamental, exigiendo para la alteración de las medidas acordadas tanto el art. 90 del CC como el 91 del mismo cuerpo legal, la ‘sustancialidad’ del cambio de las circunstancias en su día tenidas en cuenta”*.

- c) Para la solicitud *ex novo* de una pensión compensatoria por parte de uno de los cónyuges

Teniendo en cuenta que la pensión compensatoria, de carácter dispositivo entre los cónyuges, surge por el desequilibrio económico que se produce tras la separación o el divorcio, tanto si esta pensión se solicitó en dichos procedimientos y no fue concedida, como si dejó de solicitarse, con carácter general, no entra dentro del ámbito del procedimiento de modificación de medidas el establecimiento de la pensión compensatoria o, lo que es lo mismo, en un incidente de modificación de medidas no cabe fijar una pensión por desequilibrio, ésta ha de establecerse en la sentencia de separación o divorcio y una vez fijada es cuando se puede modificar o extinguir en el aludido incidente.

- d) Para la solicitud *ex novo* de una pensión alimenticia para un hijo mayor de edad

Teniendo en cuenta que la Ley 11/1990, de 15 de octubre, modificó el art. 93 del CC en el sentido de admitir la fijación de alimentos a los hijos mayores de edad en el curso de un procedimiento de separación o divorcio si no se fijó pensión alimenticia para un hijo mayor de edad en las sentencias dictadas con anterioridad a esta ley, no podrá utilizarse ahora el procedimiento de modificación de medidas para solicitar la fijación de una pensión para el hijo mayor, puesto que el cauce adecuado será el procedimiento de alimentos. En cambio, sí

se podrá utilizar el procedimiento de modificación de medidas para solicitar una pensión alimenticia para un hijo menor de edad, cuando ha cambiado la guarda y custodia, o cuando están destinados a un hijo de ambos cónyuges que había nacido después de la separación, tras una reconciliación entre ambos.

3. Legitimación activa y pasiva en los procedimientos de modificación de medidas

No cabe ninguna duda de que serán los cónyuges los que, respectivamente, tendrán la legitimación activa y pasiva en estos procedimientos. En caso de que existan hijos menores de edad o incapacitados, el art. 775 de la LEC concede legitimación activa al Ministerio Fiscal, aunque bien es cierto que en la práctica éste no ha utilizado esta prerrogativa.

La cuestión controvertida es si los hijos mayores de edad deben ser parte en los procedimientos de modificación de medidas en los que se persigue la rebaja de la cuantía de la pensión o, en otros casos, su propia extinción. Como la nueva LEC no resuelve de manera definitiva el tema, habrá que estar muy atentos a la jurisprudencia de la Audiencia Provincial donde se tenga que presentar la demanda de modificación ⁽²¹⁾. No obstante, las consecuencias de no haber demandado al hijo mayor de edad no van a ser tan drásticas como en la legislación anterior, ya que en el hipotético supuesto de que el tribunal considere que debe ser parte, por vía del art. 753 de la LEC, podrá llamarle a la comparecencia.

4. El procedimiento consensual de modificación de medidas

Si las partes llegan a un acuerdo para modificar las medidas definitivas dictadas en el anterior procedimiento —siendo indiferente que estas se adoptasen inicialmente de forma consensual o contenciosa— dicha petición deberá canalizarse a través de lo establecido en el art. 777 de la LEC ⁽²²⁾.

Junto con la demanda de modificación de medidas deberán acompañar los cónyuges, además del documento que acredite la representación procesal, el

(21) Recientemente el Tribunal Supremo, en Sentencia de 5 de abril de 2000 resolviendo un recurso de casación en interés de ley, ha concedido legitimación al progenitor con el que viven los hijos mayores de edad.

(22) Aun cuando en el texto del artículo 775.2 de la LEC se indica que si la petición se hiciera por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro, y acompañando propuesta de convenio regulador, se seguirá el procedimiento establecido en el artículo siguiente, lógicamente se advierte claramente que se trata de un error de remisión, ya que el artículo siguiente está dedicado a la ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas. La causa de este error no es otra que la introducción de un nuevo artículo y el olvido del legislador de modificar el texto.

convenio regulador en que se contenga la modificación pretendida. El tribunal dictará resolución acordando citar a los cónyuges para que se ratifiquen en su petición. Verificada dicha ratificación, si no existen hijos menores de edad o incapacitados dictará sentencia aprobando la modificación ⁽²³⁾. En el supuesto de que existan hijos menores, se dará traslado al Ministerio Fiscal y, en su caso, se podrá conceder a los cónyuges un plazo de diez días para que practiquen la prueba que hubiesen propuesto y las demás que el tribunal considere necesarias para apreciar la procedencia de aprobar la propuesta de convenio regulador. Acto seguido dictará sentencia estimando o desestimando la demanda de modificación, ya que no cabe en estos supuestos lo establecido en el art. 777.7 de la LEC, es decir, que el juez no apruebe en la sentencia el convenio regulador o parte de él y conceda un plazo de diez días para que le presenten un nuevo convenio.

5. El procedimiento contencioso de modificación de medidas

La actual redacción dada al artículo que comentamos plantea innumerables controversias en el momento de determinar qué procedimiento deberemos seguir para la modificación de las medidas cuando falta el consenso entre los cónyuges.

Si nos acogemos a la interpretación literal de la norma —“*Estas peticiones se tramitarán conforme a lo dispuesto en el artículo 771*”—, el procedimiento a seguir es el siguiente: El cónyuge que se proponga modificar las medidas presentará una solicitud (no será necesaria la intervención de Abogado y Procurador en el escrito inicial), y a la vista de la misma, el tribunal mandará citar a los cónyuges y, si hubiere hijos menores o incapacitados, al Ministerio Fiscal, a una comparecencia, que se celebrará en los diez días siguientes. En el acto de la comparecencia se oirán las alegaciones de los concurrentes y se practicará la prueba que éstos propongan y que no sea inútil o impertinente, así como la que el tribunal acuerde de oficio. Si alguna prueba no pudiera practicarse en la comparecencia, se señalará fecha para su práctica, en unidad de acto, dentro de los diez días siguientes. Finalizada la comparecencia o, en su caso, terminado el acto que se hubiere señalado para la práctica de la prueba que no hubiera podido producirse en aquélla, el tribunal resolverá, en el plazo de tres días, mediante auto, contra el que no se dará recurso alguno. Pero es más, y conforme a lo establecido en el art. 775.3 de la LEC “*Las partes podrán solicitar, en la demanda o en la contestación, la modificación provisional de las medidas definitivas concedidas en un pleito anterior. Esta petición se sustanciará con arreglo*

(23) Siempre y cuando no se contenga ninguna cláusula que sea contraria a la ley, la moral o el orden público y que no vaya en perjuicio de terceros.

a lo previsto en el artículo 773, es decir, una comparecencia idéntica a la que se ha expuesto anteriormente.”

Lógicamente algo no concuerda en la interpretación literal del precepto. ¿Cómo puede ser que no quepa recurso contra el auto que acuerda la modificación o extinción de las medidas? ¿Qué sentido tiene permitir la solicitud de medidas provisionales junto con la petición de modificación de medidas y luego señalar idéntico procedimiento tanto para la adopción de medidas provisionales como las definitivas de modificación? ¿Cómo puede solicitar el demandado medidas provisionales en su contestación a la demanda si en el art. 771 no contempla en ningún momento el trámite de contestación? ¿Tendrían una vigencia de 30 días? ¿Cabría la posibilidad de modificar las medidas sin audiencia de la parte contraria por vía del núm. 2 del art. 771 de la LEC?

Una segunda interpretación podría ser la siguiente: La modificación de medidas se tramitará según el procedimiento que hemos indicado anteriormente, y el núm. 3 del artículo se refiere exclusivamente a la petición de modificación de medidas efectuada conjuntamente con una demanda de divorcio y nulidad matrimonial cuando ya se han adoptado medidas con anterioridad en el procedimiento de separación. Es decir, en estos procedimientos las partes podrían solicitar la adopción de medidas provisionales aun cuando estuviesen vigentes las medidas definitivas adoptadas en un anterior procedimiento.

La redacción del precepto admitiría también una tercera interpretación. Los números 1 y 2 del artículo 775 están destinados a la modificación de medidas provisionales y el núm. 3, a la modificación provisional de medidas definitivas. Por tanto, el procedimiento adecuado para la modificación sería el juicio verbal regulado en el art. 753 de la LEC. Los inconvenientes de esta teoría están sin duda en el Título del artículo, puesto que queda meridianamente claro que se trata de la modificación de medidas definitivas.

También sería posible una cuarta interpretación. El núm. 2 del art. 775 está previsto para la modificación de medidas definitivas mientras se encuentra pendiente de resolución el recurso de apelación que se interpuso contra estas medidas. Por su parte el núm. 3 está previsto para la petición de medidas definitivas que se adoptaron en una sentencia firme, con lo cual el procedimiento contencioso de modificación de medidas debería tramitarse, al no señalarse otra cosa, de acuerdo con lo establecido en el art. 753 de la LEC.

Por último podríamos hacer una quinta interpretación. El legislador ha sufrido un error al remitirse al art. 771 de la LEC, cuando en realidad estaba pensando en el art. 770 que regula el procedimiento contencioso. De esta manera encaja perfectamente el núm. 3 del artículo 775 ya que, conjuntamente con la demanda o la contestación de la demanda contenciosa de modificación de medidas, podrán solicitar medidas provisionales para modificar provisionalmente, valga la redundancia, las medidas que estuviesen vigentes hasta tanto recaiga

sentencia definitiva. Bien es cierto que, si se tratase de un simple error, el mismo se ha arrastrado desde el anteproyecto de ley, a pesar de que la numeración de los artículos se alteró como consecuencia de la introducción de nuevos preceptos. También es cierto que en la enmienda 673 del Grupo Socialista, que fue incorporada en parte, se indicaba que las peticiones de modificación se tramitarían conforme a lo dispuesto en el art. 772 del proyecto (actual 770 de la LEC) y sin embargo no se modificó en absoluto el texto del artículo. No nos ayuda en nada que el art. 748 de la LEC incluya dentro de los procesos que se regulan por el juicio verbal los procedimientos de modificación de medidas adoptadas en la separación, el divorcio y la nulidad, ya que el propio art. 753 de la LEC señala que *“salvo que expresamente se disponga otra cosa, los procesos a que se refiere este Título se sustanciarán por los trámites del juicio verbal”*, porque expresamente se dispone en el art. 775 de la LEC que el procedimiento para la modificación de medidas es el establecido en el art. 771, es decir, el mismo que se utiliza para la adopción de medidas previas.

Como en el BOE de 14 de abril de 2000 se publicó la corrección de errores de la LEC y no aparece referencia alguna al art. 775, no nos queda otra opción que pensar que con esta reforma procesal el legislador ha pretendido dotar a la modificación de medidas de un procedimiento ágil y rápido sin que tenga que sujetarse a las normas del procedimiento contencioso de separación o divorcio. Por tanto, la primera de las interpretaciones parece la adecuada si nos atenemos a lo señalado en el art. 3.1.º del CC: *“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras”*, aunque habrá que matizar que la remisión se hace sólo y exclusivamente al trámite y no a las otras especialidades de las medidas previas, es decir, inexistencia de recurso y vigencia de las mismas. Paradójicamente, si los cónyuges solicitan la modificación de forma consensual se dictará una sentencia y, en cambio, si es de forma contenciosa, el procedimiento finalizará por medio de un auto.

EL VALOR DEL ASENTIMIENTO DE LOS PADRES EN LA CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN

MILAGROS GARCÍA PASTOR

Profesora Asociada de Derecho Civil de la Universidad de Granada

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.**
 - II. APARICIÓN HISTÓRICA DEL ASENTIMIENTO EN LA REGULACIÓN DE LA ADOPCIÓN.**
 - III. EXISTENCIA DE DISTINTAS INTERPRETACIONES RELATIVAS AL VALOR DEL ASENTIMIENTO DE LOS PADRES EN LA CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN.**
 - IV. LA INTERPRETACIÓN DEFENDIDA: CUANDO EL CÓDIGO IMPONE EL ASENTIMIENTO DE LOS PADRES ÉSTE ES REQUISITO *SINE QUA NON* PARA LA CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN.**
 - 1. El significado de las palabras *consentir* y *asentir*.**
 - 2. El concepto de asentimiento en la doctrina general.**
 - 3. La regulación de la adopción en el derecho italiano.**
 - 4. La regulación de la adopción en el derecho francés.**
 - 5. La regulación de la adopción en el derecho alemán.**
 - 6. La intención del legislador al calificar de asentimiento la participación de los padres en la constitución de la adopción.**
 - 7. La clasificación tripartita de la participación en la constitución de la adopción.**
 - 8. La redacción del artículo 177 del Código Civil.**
 - 9. El interés del menor en la constitución de la adopción.**
 - V. CONCLUSIONES.**
-

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La actual regulación de la adopción, nacida de la Ley de 11 de noviembre de 1987, establece en el art. 177.2 del Código Civil la necesidad del asentimiento de los padres para la constitución de la adopción al señalar: *“Deberán asentir a la adopción en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil: 2.º Los padres del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación”*.

La inclusión de esta previsión en una adopción absolutamente remodelada en su concepción y en su constitución por virtud de la Ley de 1987, rompiendo en gran medida con el modelo hasta entonces existente, ha provocado dudas sobre el verdadero significado de dicha previsión, debatiéndose fundamentalmente si la adopción se puede constituir aun contra la voluntad manifestada por los padres, o si, por el contrario, la negativa de los padres bloquea necesaria y definitivamente la adopción del hijo.

II. APARICIÓN HISTÓRICA DEL ASENTIMIENTO EN LA REGULACIÓN DE LA ADOPCIÓN

Antes de entrar en la exposición pormenorizada de las distintas interpretaciones que de dicha norma existen, y dado que éstas giran en gran medida en torno al término *asentimiento*, creo oportuno exponer en detalle la aparición en nuestro ordenamiento de esta palabra. Como ya hemos dicho, fue introducido en el Código Civil por la Ley de adopción de 1987: junto al consentimiento del adoptante y del adoptando mayor de 12 años, la nueva regulación designa como *asentimiento* la participación en el proceso de adopción, por un lado, de los padres biológicos del adoptando no emancipado (siempre que no estén privados de la patria potestad ni incurso en causa de privación), o del tutor en su caso, de otro del cónyuge del adoptante si no estamos ante una adopción conjunta por ambos cónyuges. A dicha participación el Código Civil (art. 177) se refiere diciendo *“Deberán asentir (...) los padres del adoptando...”*, a lo que añade el mismo artículo que *“No será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello...”*

Esta regulación es comentada en la propia Exposición de Motivos de la Ley de 11 de noviembre de 1987 señalando: *“El procedimiento, en cualquier caso, se simplifica 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”*.

Esta nueva regulación de la participación de los padres en el procedimiento de adopción (lo mismo se puede decir de la participación del tutor o del cónyu-

ge del adoptante, pero en adelante sólo nos referiremos al asentimiento de los padres por ser éste nuestro objeto de estudio) supuso una relativa innovación respecto a la situación anterior, como veremos a continuación.

La anterior regulación de la adopción, establecida por la Ley de 4 de julio de 1970, regulaba la intervención de los padres en la adopción dándole el nombre de *consentimiento*. El art. 173, párrafo 2.º, decía: “*Habrán de prestar consentimiento para la adopción: C) El padre y la madre, conjuntamente o por separado, del adoptando menor de edad sujeto a patria potestad*”, señalando más adelante “*Si cualquiera de los llamados a prestar consentimiento, fuera del caso del adoptante o del adoptado, no pudiere ser citado, o citado no concurriere, el Juez resolverá lo que considere más conveniente para el adoptando*”.

Vemos, pues, que la regulación de esta cuestión en una y otra ley es prácticamente la misma. La diferencia estriba en la calificación de la participación de los padres como *asentimiento* y no como *consentimiento*. Sin embargo, incluso esta diferencia debe ser reconducida a sus justos términos, mucho más limitados si tenemos en cuenta que la Exposición de Motivos de la Ley de 1970 declaraba: “*Son distinguibles tres grados o escalas de consentimientos. Hay un consentimiento básico, sin el cual carecería de sentido siquiera pensar en la adopción: el del adoptante y el del adoptando mayor de catorce años. El Juez carece, como es natural, de facultades decisorias en contra del consentimiento de tales personas o ante la falta del mismo. En segundo lugar aparecen ciertas modalidades del consentimiento, como el del cónyuge si la adopción no es conjunta, el de los padres del menor de edad y el del tutor; que técnicamente tendrían mejor encaje quizá en la figura del asentimiento; si bien la falta en el Código Civil de una acepción de la palabra en ese significado específico ha aconsejado prescindir de su empleo (...) El último grado de la escala lo ocupan las personas que simplemente habrán de ser oídas*”.

En mi opinión esta Exposición de Motivos, unida a la regulación establecida por la Ley de 1970, permite decir que el legislador de 1970, aunque no empleó el término *asentimiento*, configuró la participación de los padres en la adopción de su hijo como un verdadero asentimiento. No es, sin embargo, opinión unánime como más adelante veremos. Esta situación, en que se denomina *consentimiento* a lo que técnicamente es un asentimiento, no sería por otra parte exclusiva de la adopción, pues numerosas declaraciones de voluntad recogidas en el Código con el nombre de *consentimiento* son en realidad consideradas por la doctrina verdaderos asentimientos, como veremos más adelante.

III. EXISTENCIA DE DISTINTAS INTERPRETACIONES RELATIVAS AL VALOR DEL ASENTIMIENTO DE LOS PADRES EN LA CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN

A raíz de la aparición del término *asentimiento* en la Ley de 1987 se han producido distintas interpretaciones del papel que el asentimiento de los padres juega en la configuración de la adopción, aunque la polémica no es demasiado viva en el seno de la doctrina, pues la figura del asentimiento despierta poco interés. Las interpretaciones son dos: bien considerar que el asentimiento de los padres juega un papel determinante en la adopción del hijo, de tal manera que oponiéndose los padres a la misma no se puede constituir la adopción; bien, por el contrario, estimar que la negativa de los padres debe ser valorada por el juez junto con las demás circunstancias, decidiendo lo que más convenga al interés del menor. A favor del carácter vinculante se manifiestan FELIÚ-REY ⁽¹⁾, PÉREZ ÁLVAREZ ⁽²⁾, PÉREZ MARTÍN ⁽³⁾, PILLADO MONTERO ⁽⁴⁾, SANCHO REBULLIDA y RIVERO ⁽⁵⁾, SERRANO GARCÍA ⁽⁶⁾, VALLADARES RASCÓN ⁽⁷⁾, y DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO en cierta medida ⁽⁸⁾. En contra BLASCO GASCÓ ⁽⁹⁾, HIJAS FERNÁNDEZ ⁽¹⁰⁾, GIL MARTÍNEZ ⁽¹¹⁾, y

(1) *Comentarios a la ley de adopción*, Madrid, 1989.

(2) *La nueva adopción*, 1989.

(3) *Derecho de Familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*, 1998, p. 608.

(4) "Notas sobre el Proyecto de Ley de reforma en materia de adopción", RGD, 1987, p. 452.

(5) Ambos en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, el primero en la 3.^a edición, de 1989 (p. 206), y el segundo en la 4.^a edición, de 1997 (p. 562).

(6) En AA.VV., *Comentario al Código Civil*, 1993, p. 591.

(7) "Notas urgentes sobre la nueva Ley de adopción", Poder Judicial, 1988, núm. 9, p. 47.

(8) "Consentimiento, asentimiento y audiencia en la nueva Ley de Adopción", RCDI, 1989, p. 37.

(9) En AA.VV. (Montés y Roca, coordinadores), *Derecho de Familia*, 1997, p. 338.

(10) "Las manifestaciones de voluntad en la constitución de la adopción", RGD, 1993, p. 2751.

(11) *La reforma de la adopción. Ley 21/1987. Comentarios*, Madrid, 1990, p. 35.

HUALDE SÁNCHEZ⁽¹²⁾. Y, como prueba de la poca importancia que en general se le otorga al asentimiento, algunos autores ni siquiera se manifiestan claramente sobre esta cuestión, por ejemplo CERDÁ GIMENO⁽¹³⁾ o DÍEZ-PICAZO y GULLÓN⁽¹⁴⁾.

Curiosamente, para analizar el valor del asentimiento en la constitución de la adopción resulta más interesante la doctrina anterior a 1987, en particular la que comentó la Ley de 1970: CASTRO LUCINI⁽¹⁵⁾, ARCE y FLÓREZ-VALDÉS⁽¹⁶⁾, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO⁽¹⁷⁾, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO⁽¹⁸⁾. A pesar de las modificaciones que la regulación de la adopción ha sufrido, y aunque bajo la vigencia de la Ley de 1970 la participación de los padres en el proceso de adopción se denominase *consentimiento* mientras que hoy se califica de *asentimiento*, el análisis que de dicha participación realizaron estos autores resulta altamente esclarecedor del papel que hoy en día juega el asentimiento en la adopción, tal como más adelante expondremos.

En la práctica judicial el debate sobre el asentimiento es más señalado, pues jueces y tribunales se encuentran irremediabilmente en situaciones en que, iniciada la adopción por los propios adoptantes o por la entidad pública encargada de la protección de los menores, y negándose a ella el o los progenitores no privados de la patria potestad ni incurso en causa de privación, deben resolver. En tal situación el juzgador se ve en la disyuntiva de elegir entre negar sin más la adopción, por considerar que falta un presupuesto necesario para su

(12) Aunque este autor manifiesta la personal opinión de que el asentimiento de los padres no es vinculante cuando el hijo es mayor de 12 años, pero sí lo es en caso contrario (en AA.VV., dirigidos por Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios a las reformas del Código Civil*, p. 187).

(13) “Notas de urgencia acerca del nuevo proyecto de reforma de la Adopción”, RCDI, 1987, pp. 711-800.

(14) *Sistema de Derecho Civil*, IV, 1997, p. 313. Estos autores califican el asentimiento de imperativo, pero no aclaran nada más al respecto, por lo que es difícil saber si ello significa que es imperativo recabar el asentimiento de esas personas, o, yendo más allá, que es necesaria la conformidad de los mismos a la adopción.

(15) “Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción: II. El adoptado”, ADC, 1968, pp. 369-411.

(16) “En torno al consentimiento para la adopción a tenor de la Ley de 4 de julio de 1970”, RGLJ, 1971, pp. 615-658.

(17) “La adopción”, ADC, 1971, pp. 685-787.

(18) “Comentario a los arts. 172 a 180”, en AA.VV (dirigidos por Manuel Albaladejo), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, 1982.

constitución, o, valorando dicha negativa junto con el resto de las circunstancias presentes, adoptar al final la decisión que, a su entender, mejor proteja al menor.

Pues bien, en la jurisprudencia menor (la única que se manifiesta sobre estas cuestiones, que no tienen acceso a la casación) existen resoluciones tanto en un sentido como en otro, de tal manera que se puede afirmar que actualmente es ésta una de las cuestiones más controvertidas del régimen de la adopción⁽¹⁹⁾. Son más numerosas las resoluciones de las Audiencias provinciales que consideran que el asentimiento de los padres tiene carácter vinculante para el juez, y que, por lo tanto, la negativa de aquéllos impide sin más la constitución de la adopción⁽²⁰⁾. Pero también existen resoluciones de audiencia que sostienen el carácter no vinculante del asentimiento de los padres⁽²¹⁾. Cada una de estas soluciones se apoya en una forma de entender lo que es el asentimiento y el papel que juega en la adopción, fundada en argumentos similares a los empleados por la doctrina (cuando se manifiesta sobre esta cuestión), argumentos que analizaremos más adelante.

IV. LA INTERPRETACIÓN DEFENDIDA: CUANDO EL CÓDIGO IMPONE EL ASENTIMIENTO DE LOS PADRES ÉSTE ES REQUISITO *SINE QUA NON* PARA LA CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN

Presentada en este modo la cuestión, y antes de adentrarnos en su análisis, es necesario situar adecuadamente el problema, pues en un primer acercamiento puede producirse cierta confusión. Cuando nos planteamos el carácter vinculante o no vinculante del asentimiento de los padres del adoptando hay que

(19) Para un análisis más detallado puede verse GARCÍA PASTOR, "Comentario al art. 177", en AA.VV. (dirigidos por Pasquau Liaño), *Jurisprudencia civil comentada*, en prensa.

(20) Entre otras pueden verse: Auto AP Navarra de 9 de marzo de 1992, Ar. civ. 1992/482; SAP Zaragoza de 30 de mayo de 1992, Ar. civ. 1992/790; SAP Navarra de 22 de junio de 1992, Ar. civ. 1992/909; SAP Teruel de 15 de abril de 1993, Ar. civ. 1993/414; Auto AP Sevilla de 12 de mayo de 1994, Ar. civ. 1994/874; SAP Sevilla de 27 de enero de 1995, Ar. civ. 1995/171; Auto AP Valencia de 20 de julio de 1995, RGD 1996, p. 1012; Auto AP Huesca de 9 de julio de 1997, Ar. civ. 1997/1427; SAP Madrid de 16 de octubre de 1998, Ar. civ. 1998/1814.

(21) Entre otras pueden verse: Auto AP Barcelona de 5 de marzo de 1991, RGD 1991, p. 10834; SAP Albacete de 8 de mayo de 1996, Ar. civ. 1996/2568; Auto AP Badajoz de 4 de julio de 1996, Ar. civ. 1996/1366; Auto AP Barcelona de 9 de febrero de 1998, Ar. civ. 1998/390; SAP Córdoba de 1 de abril de 1998, Ar. civ. 1998/4227.

tener en cuenta cuáles son las circunstancias en las que el Código exige este asentimiento: no corresponde otorgarlo ni a los padres privados de la patria potestad, ni siquiera a los que sin haber sido privados de la misma se hallen no obstante incurso en causa legal para su privación. Es decir, el Código sólo exige para la adopción el asentimiento de los padres que no han incumplido, ni voluntaria ni involuntariamente, sus obligaciones parentales. Por tanto, el debate sobre el carácter vinculante o no vinculante del asentimiento significa en realidad determinar si los padres que no han incumplido sus deberes parentales pueden, a pesar de ello, verse privados de sus hijos en contra de su voluntad, o si, por el contrario, en tales casos sólo se puede constituir la adopción —y, por lo tanto, romper todos los lazos del adoptando con sus padres biológicos— contando con la voluntad de los propios padres. Este y no otro es el debate planteado cuando discutimos sobre el carácter vinculante o no vinculante del asentimiento en la constitución de la adopción.

Así situado el problema, consideramos que sólo puede darse una respuesta a la controversia surgida: estimar vinculante el asentimiento de los padres, de tal forma que no se pueda constituir la adopción contra su negativa. Es ésta la única interpretación que (al margen de otros argumentos más técnicos que a continuación analizaremos) permite respetar los derechos de unos padres que no han dado con su comportamiento motivo alguno para verse privados de sus hijos.

Intentaré a continuación demostrar la validez de la tesis que acabo de avanzar, en primer lugar aclarando qué es el asentimiento, qué papel juega en regulaciones de la adopción cercanas a la nuestra, para, en base a todo ello y a nuestra actual regulación, descifrar el papel que dicho asentimiento tiene reservado en nuestro ordenamiento en lo que se refiere a la constitución de la adopción.

1. El significado de las palabras *consentir* y *asentir*

En primer lugar es necesario aclarar el significado que en el lenguaje común tienen los verbos *consentir* y *asentir*, pues a menudo se hace referencia a ello en las discusiones doctrinales e incluso en la jurisprudencia. Así, por ejemplo, DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO ⁽²²⁾ dice: “*consentir hace referencia al acto de otorgar y obligarse, mientras que asentir significa admitir como cierto o conveniente lo que otro ha afirmado o propuesto antes*”. En igual sentido se manifiestan algunas resoluciones judiciales: “*asentir no es lo mismo que consentir, pues mientras que el consentimiento supone condescender en*

(22) Cit., p. 18.

que se haga una cosa o permitir su realización, el asentimiento sólo implica admitir la conveniencia de lo que otro ha propuesto antes, de modo y manera que, si existiese discordancia entre lo consentido y lo asentido (o, por mejor decir, lo no asentido) ha de prevalecer lo consentido” (23).

Por el contrario otros autores consideran que consentir y asentir son voces sinónimas (24), y así se utilizan en numerosas ocasiones por el propio Tribunal Supremo, aunque no referidas a la adopción (25). Y en efecto podemos ver que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, aunque es cierto que entre las acepciones de *consentir* recoge la de “Otorgar, obligarse”, también recoge la de “Permitir una cosa o condescender en que se haga”, significado bastante similar al que se recoge para *asentir*: “Admitir como cierto o conveniente lo que otro ha afirmado o propuesto antes”. Y esto viene reforzado por el hecho de que entre las acepciones de *asentimiento* el diccionario señala la de “Consentimiento”. Idénticos significados se le otorgan a unos y otros términos en el *Diccionario de uso del español* de María Moliner.

2. El concepto de asentimiento en la doctrina general

Mucho más importante resulta aclarar qué es el asentimiento en sentido técnico-jurídico, pues su poca presencia en nuestro ordenamiento hace que sea un concepto en gran medida desconocido. Como ya hemos dicho se trata de una figura que con este nombre nunca había sido reconocida en el ordenamiento jurídico español hasta su introducción por la Ley de 11 de noviembre de 1987. Es, por el contrario, figura recogida en otros ordenamientos: en el italiano, puntualmente para algunas instituciones, y de modo mucho más amplio en el ordenamiento alemán, en virtud de lo cual esta figura del asentimiento es objeto constante de estudio por los tratadistas alemanes, contrariamente a lo señalado por DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO y CERDÁ GIMENO (26), que limitan su presencia a algún tratado italiano. Es por lo tanto imprescindible la referen-

(23) Auto AP Badajoz de 4 de julio de 1996 (Ar. civ. 1996/1366); y en el mismo sentido SAP Albacete de 8 de mayo de 1996 (Ar. civ. 1996/2568).

(24) CERDÁ GIMENO, p. 732.

(25) Por ejemplo la STS 26 junio 1998, Sala de lo Penal (RA 5598) dice: “El *consentimiento* o la conformidad implica un estado de ánimo concreto en virtud del cual la persona interesada, ante la situación también concreta que las circunstancias le presentan, accede al registro porque soporta, permite, tolera y otorga, inequívocamente, que ese acto tenga lugar. *Se trata en suma* de una aprobación, una aquiescencia, un *asentimiento*, una licencia o una venia que soslaya cualquier otra exigencia procedimental”.

(26) DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, p. 19; CERDÁ GIMENO, p. 733.

cia al concepto de asentimiento en estos ordenamientos, de los cuales proviene su aparición en el ordenamiento español.

Es el Derecho alemán el que con mayor rigor regula esta figura, dedicándole reglas de carácter general en el propio BGB (parágrafos 182 a 185), que MELÓN INFANTE⁽²⁷⁾ comenta explicando al lector español lo que es “*el asentimiento o ‘Zustimmung’, que no es otra cosa que la intervención de la voluntad de una persona en un negocio jurídico o acto llevado a cabo por otra*”. Esta característica de declaración de voluntad emitida por persona que no es parte en el negocio o acto de referencia es la que delimita el concepto de asentimiento según los tratadistas alemanes: en este sentido se manifiestan ENNECCERUS y NIPPERDEY⁽²⁸⁾, VON THUR⁽²⁹⁾, FLUME⁽³⁰⁾, LEHMANN⁽³¹⁾; posición claramente resumida por este último según el cual asentimiento es la “*declaración de conformidad con el negocio jurídico ajeno (es decir, concluido por otro)*”.

Las situaciones en las que el ordenamiento jurídico establece esta participación de un tercero ajeno al negocio son variadas, y entre ellas hay que destacar la declaración de voluntad de personas que tienen encomendada la protección de quien sí es parte en el negocio, o la declaración de voluntad de personas indirectamente afectadas por ese negocio⁽³²⁾.

Configurado el concepto de asentimiento, así como su justificación, queda por analizar cuál es el papel que juega. El BGB es claro al respecto, pues señala en su parágrafo 182 —primero de los dedicados a esta figura de modo genérico—: “*Si la eficacia de un contrato o de un negocio jurídico unilateral, que ha de celebrarse frente a otro, depende del asentimiento de un tercero...*”⁽³³⁾, contemplando por lo tanto el asentimiento como algo que condiciona la eficacia del negocio de que se trate. Pero esto no sólo se deduce de este parágrafo del BGB,

(27) Notas a su traducción del BGB (*Código civil alemán, BGB*, apéndice al Tratado de Derecho Civil, de ENNECCERUS, KIPP y WOLFF), nota 142, p. 35.

(28) *Derecho Civil (parte General)*, Barcelona, 1935, p. 383.

(29) *Derecho Civil, II, Teoría General del Derecho Civil Alemán*, Buenos Aires, 1947, p. 166.

(30) *El negocio jurídico*, traducción de Miquel González y Gómez Calle, 1998, p. 1025.

(31) *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, volumen I, Madrid, 1956, p. 469.

(32) ENNECCERUS y ..., p. 385; FLUME, p. 1026.

(33) Traducción de MELÓN INFANTE, ya citada. Difiere la versión de EIRANOVA (*Código civil alemán comentado BGB*, Barcelona, 1998).

sino que en todos los supuestos en que se contempla el asentimiento —es decir, la declaración de voluntad de un tercero referida a un negocio o acto del que no es parte—, éste condiciona la eficacia del negocio o acto al que se refiere ⁽³⁴⁾.

También al respecto es unánime la doctrina alemana, que nunca ha dudado de que el asentimiento condiciona la eficacia del negocio al que se refiere. FLUME ⁽³⁵⁾ lo considera presupuesto de eficacia del negocio jurídico; LEHMANN ⁽³⁶⁾ y ENNECCERUS y NIPPERDEY ⁽³⁷⁾ declaran en términos prácticamente idénticos: “*El asentimiento (...) no es una parte del supuesto de hecho del negocio principal, sino condición jurídica para la eficacia de éste*”; VON THUR ⁽³⁸⁾ dice: “*En ciertos casos, para que el negocio jurídico pueda desarrollar su plena eficacia, deben agregarse a las declaraciones principales declaraciones accesorias de las partes o de terceros. Tienen semejante carácter: el asentimiento...*”; y por último, OERTMANN ⁽³⁹⁾, pone al asentimiento como ejemplo de condición jurídica, aunque en la versión española se traduce la palabra *Zustimmung* del BGB por *autorización*, en lugar de utilizar *asentimiento* que es lo más habitual en las traducciones españolas ⁽⁴⁰⁾.

Podemos resumir por lo tanto diciendo que para la doctrina alemana el asentimiento es una declaración de conformidad con el negocio jurídico ajeno, de cuya existencia depende la eficacia de dicho negocio jurídico.

En relación con este concepto de asentimiento surgido de la legislación y doctrina alemana resulta interesante destacar las afirmaciones que realiza

(34) Puede verse en FLUME, p. 1025, la cita de los innumerables supuestos en que el BGB impone este tipo de intervención de un tercero, intervención que, en todos los casos, condiciona la eficacia del acto: actos de un cónyuge que necesitan el asentimiento del otro, actos de extinción de un derecho a su vez gravado con el derecho de un tercero, actos de un menor de edad que necesitan el asentimiento de su representante legal, etc.

(35) Cit., p. 1025.

(36) Cit., p. 469.

(37) Cit., p. 386

(38) Cit., p. 271.

(39) *Introducción al Derecho Civil*, Buenos Aires, 1933, pp. 176 y 189.

(40) Una opinión contraria sobre el papel que al asentimiento le atribuye la doctrina alemana puede verse en los Autos de la AP de Barcelona de 5 de marzo de 1991 (RGD 1991, p. 10834) y de 9 de febrero de 1998 (Ar. civ. 1998/390).

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO ⁽⁴¹⁾ en el marco de la adopción. Este autor, partiendo de considerar que el “consentimiento” del cónyuge o de los padres previsto en la Ley de 1970 era un verdadero asentimiento (“*se puede construir perfectamente como un ‘asentimiento previo’*”), y citando a LEHMANN ⁽⁴²⁾ y a ENNECCERUS, KIPP y WOLFF ⁽⁴³⁾, afirma sin embargo que “*su omisión o negativa a prestarlo (el asentimiento) no producen de derecho la invalidez del negocio, dependiendo sus efectos de lo dispuesto por la Ley que haya establecido dicho requisito*”. Pero no es posible encontrar ni en éstos ni en otros tratadistas alemanes base alguna que permita sostener la posición de FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, pues en particular ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, en el mismo lugar de la cita, remiten el asentimiento del cónyuge o de los padres a la adopción a la regulación general del asentimiento (parágrafos 182 y siguientes), que claramente establece su carácter de presupuesto de eficacia del que no se puede prescindir si el acto o negocio ha de desplegar sus efectos. Es de destacar además que la opinión así vertida por FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO ha adquirido especial relieve al haber sido citada textual y abundantemente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de tal manera que lo que en origen era tan sólo la opinión (creo que equivocada) de un autor se ha convertido en jurisprudencia. En particular varias sentencias del Tribunal Supremo, aplicando la Ley de adopción de 1970, declaran que la ausencia del requisito del asentimiento “*puede producir lo que pudiéramos denominar ‘ineficacia condicionada’ del negocio adoptivo, en cuanto el legislador deja al arbitrio del Juez la posibilidad de decretar o no dicha ineficacia, imponiéndole como única limitación tener en cuenta ‘lo que considere más conveniente para el adoptando’*” ⁽⁴⁴⁾.

Retomando el análisis de la presencia del asentimiento en otros ordenamientos, nos referiremos ahora al ordenamiento italiano, en el cual el concepto de asentimiento, aunque existente, tiene una presencia mucho más limitada que en el alemán: el Código civil italiano de 1942 sólo empleaba el término *assenso* en dos ocasiones: para la adopción en el art. 297 (hoy recogido en el mismo sentido en la Ley de 4 de mayo de 1983 que regula la adopción), y para la “afiliación” en el art. 405 (hoy derogado por la misma Ley).

Esta escueta presencia es quizás la razón del escaso tratamiento del asentimiento como figura general en la doctrina italiana (más adelante veremos cómo

(41) Pp. 723 y ss.

(42) Obra ya citada, p. 469.

(43) *Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia*, Barcelona, 1946, p. 156.

(44) SSTS de 20 de abril de 1987 (RA 2717) y 19 de febrero de 1988 (RA 1117).

ha sido objeto de amplio estudio en el marco de la adopción —apartado 8—). BETTI⁽⁴⁵⁾, que es de los pocos en abordar esta figura, destaca la función que el asentimiento puede cumplir como complemento al negocio ajeno que vierte sobre un derecho propio, asentimiento que “*sirve para hacer lícito, respecto al interesado, un acto de disposición de sus derechos por parte de otros, o, en general, una injerencia en su esfera jurídica*”, destacando que el asentimiento también puede cumplir otra función, la de “*subsana; no una falta de legitimación, sino una deficiencia de la capacidad de obrar*”, tal como ocurre con el asentimiento que integra la capacidad del menor emancipado (aunque BETTI habla de *assenso*, el art. 394 del Código civil italiano no emplea este término). En estos casos volvemos a encontrarnos las características que el asentimiento tiene según la doctrina alemana: ser una declaración de voluntad de un tercero ajeno al negocio jurídico concluido, y ser un elemento necesario para que dicho negocio jurídico despliegue sus efectos, pues tanto en el caso de la disposición de un derecho ajeno, como en el caso del negocio celebrado por un emancipado, es *necesario* que un tercero realice una declaración de voluntad complementaria para que el negocio pueda desarrollar su eficacia.

Nos detenemos por fin en el ordenamiento español, para analizar la presencia del asentimiento con carácter general. Aunque ya hemos dicho que el término *asentimiento* no aparece en nuestro ordenamiento hasta la reforma de la adopción por Ley de 1987, son numerosas las figuras que existían con anterioridad (algunas desde la redacción originaria del Código), que encajan en el concepto de asentimiento anteriormente reflejado, y que como tal son consideradas por la doctrina. Al respecto puede destacarse lo dicho por PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER en sus comentarios de adaptación al ordenamiento español de la obra de ENNECCERUS⁽⁴⁶⁾: “*Son también múltiples las previsiones del C. c. español, según las cuales un negocio jurídico que requiere para su eficacia la intervención de una persona que no es sujeto del negocio, se convalida o perfecciona por el asentimiento de ésta*”⁽⁴⁷⁾. En la actual redacción del Código son supuestos claros de asentimientos denominados *consentimiento* por el legislador el “consentimiento” de los padres o del curador a determinados actos del menor emancipado o el “consentimiento” de un cónyuge a la disposición de la vivienda familiar propiedad del otro. Del primero dice PUIG FERRIOL “*en rigor es un asentimiento (...) entendiéndose aquí por asentimiento una declaración de voluntad recepticia emitida por una persona que no es parte en el*

(45) *Teoría General del Negocio jurídico*, Madrid, pp. 455 y ss.

(46) Ya citada, p. 391.

(47) En sentido similar las notas de SANCHO SERAL a la traducción de la obra de OERTMANN ya citada (p. 189).

negocio, para la debida eficacia del mismo"⁽⁴⁸⁾, calificación que coincide con la ya dada en 1959 en la versión española de la obra de BETTI⁽⁴⁹⁾. Respecto del "consentimiento" del cónyuge a la disposición de la vivienda familiar propiedad del otro, HERRERO GARCÍA dice: "*en el supuesto de titularidad privativa el consentimiento exigido (...) tiene el carácter de un asentimiento, que se presenta como una declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno*"⁽⁵⁰⁾. También el Tribunal Supremo suele emplear el término *asentimiento* para referirse al "consentimiento" del cónyuge a la disposición de la vivienda familiar⁽⁵¹⁾.

La presencia, por lo tanto, en nuestro ordenamiento de verdaderos supuestos de asentimiento desde su redacción originaria hace que resulte aún más llamativo que los estudios españoles sobre el negocio jurídico omitan cualquier referencia a esta figura, pese a su presencia en todas las obras extranjeras de referencia. Significativo es el caso de la obra de DE CASTRO, *El negocio jurídico*, que omite cualquier referencia al asentimiento a pesar de la presencia de éste en las obras extranjeras de referencia⁽⁵²⁾.

En resumen, podemos por lo tanto decir que, con mayor o menor presencia en las doctrinas de cada país, el asentimiento es aceptado de modo general como la declaración de conformidad de una persona ajena al negocio jurídico en cuestión, declaración necesaria para la eficacia de dicho negocio jurídico, y como tal está presente en nuestro ordenamiento, aunque habitualmente bajo el nombre de *consentimiento*.

Para determinar el valor que nuestro ordenamiento asigna al asentimiento en el marco de la adopción parece también oportuno conocer el papel que se le otorga en legislaciones cercanas a la nuestra.

3. La regulación de la adopción en el derecho italiano

En el ordenamiento italiano, cuya normativa distingue entre el consentimiento de adoptante y adoptando y el asentimiento de los padres, la distinción

(48) En AA.VV., *Comentario al Código Civil*, 1993, p. 885.

(49) *Teoría General del Negocio jurídico*, Madrid, pp. 455 y ss., concordancias con el Derecho español a cargo de Martín Pérez.

(50) En AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, 1993, p. 590.

(51) Entre las últimas, SSTS 19 octubre 1994 (RA 8120) y 30 septiembre 1997 (RA 6614).

(52) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985.

se basa justamente en que el primero es dado por aquéllos que serán parte en la relación que se está constituyendo, mientras que el asentimiento es la declaración de voluntad de una persona que no va a ser parte en dicha relación, pero que al verse afectada por la misma, debe manifestar su acuerdo con que se constituya ⁽⁵³⁾.

En cuanto al carácter vinculante del asentimiento a la adopción, en el Derecho italiano no cabe la menor duda. Así lo afirma rotundamente la doctrina. BAVIERA ⁽⁵⁴⁾ señala que se trata de manifestaciones de voluntad esenciales para pronunciar la resolución, por lo que la falta de cualquiera de ellas hace imposible decretar la adopción, o nula la adopción decretada. Más contundente resulta quizás la opinión de JANNUZZI ⁽⁵⁵⁾, quien manifiesta que si el asentimiento es negado por los padres que ejercen la patria potestad la adopción no puede tener lugar, sin que el tribunal pueda indagar las razones de tal negativa ni valorar el interés del adoptando. STELLA RICHTER y SGROI ⁽⁵⁶⁾ lo califican de condición para que se dé lugar a la adopción, mientras que FINOCCHIARO ⁽⁵⁷⁾ señala que la falta de asentimiento conlleva la nulidad del decreto de adopción.

Pero quizás más significativo sea saber cómo se ha ido modificando la regulación italiana y por qué: el Código civil italiano de 1942 reformó profundamente la adopción, abandonando la concepción de la misma como un negocio jurídico entre el adoptante y el adoptando mayor de edad o su progenitor, sustituyéndola por una adopción decretada por la autoridad, sobre la base del consentimiento de adoptante y adoptando, para la que además se requería el asentimiento de terceros afectados directamente por esta adopción, como eran el cónyuge de cualquiera de los implicados y los padres del adoptando, asentimiento cuya exigencia se recogía en el art. 297 del *Codice civile*. Esta regulación no preveía ninguna excepción a la necesidad de tal asentimiento, de tal forma que se produjeron casos de abuso del mismo, en que el cónyuge separado del adoptante o los padres privados de la patria potestad se oponían a la adopción, provocando con ello la imposibilidad de decretarla. Debido a ello el legislador italiano, aprovechando una reforma del Derecho de familia que no afecta-

(53) En este sentido puede verse: JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milán, 1990, p. 236; BAVIERA, *L'adozione speciale*, Milán, 1982, p. 53.

(54) Cit., p. 54.

(55) Cit., p. 238.

(56) *Delle persone e della famiglia. Commentario del Codice Civile*, I-2.º, Turín, 1967, p. 325.

(57) *Riforma del diritto di famiglia*, 1976, II-2.º, p. 12.

ba sin embargo a la adopción, modificó el art. 297, introduciendo en el mismo una matización ⁽⁵⁸⁾: “*Cuando es negado el asentimiento previsto en el párrafo primero, el tribunal, oídos los interesados, y a instancia del adoptante, puede, si considera injustificada la negativa o contraria al interés del adoptando, pronunciar igualmente la adopción, salvo que se trate del asentimiento de los progenitores ejercientes de la patria potestad, o del cónyuge, conviviente, del adoptante o del adoptando...*” ⁽⁵⁹⁾. Esta reforma pone indudablemente de relieve el carácter vinculante que el asentimiento tiene para la adopción, carácter vinculante que ha exigido una reforma legislativa para permitir que, en algunos casos, y dadas las especiales circunstancias que concurren en las personas llamadas a emitir ese asentimiento, se pueda decretar la adopción pese a la negativa a concederlo ⁽⁶⁰⁾.

Esta misma regulación se ha mantenido en Italia tras la reforma de la adopción por Ley de 4 de mayo de 1983, cuyo art. 46 tiene un contenido similar al art. 297 del *Codice civile*. Y por parte de la doctrina se mantiene la opinión de que la negativa manifestada por los padres que ejercen la patria potestad a la adopción de su hijo impide esta adopción, sin que el juez pueda indagar cuál es el motivo de la misma, ni valorar el interés del menor ⁽⁶¹⁾.

4. La regulación de la adopción en el derecho francés

En cuanto a la regulación de la adopción en el Derecho francés, podríamos pensar en la intrascendencia de la misma para resolver nuestro problema (el del valor del asentimiento de los padres en la adopción) puesto que incluso tras la última reforma de la adopción por Ley de 5 de julio de 1996 (que no ha modificado esta cuestión concreta) sigue refiriéndose al “consentement” de los padres o del consejo de familia a la adopción:

(58) Puede verse una amplia referencia de todo este proceso en BAVIERA, p. 54, y también en FERRANDO, “L’adozione ordinaria. Problemi, prospettive e ipotesi sistematiche”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1979, p. 475.

(59) Me he permitido traducir este artículo, cuyo texto original es el siguiente: “Quando è negato l’assenso previsto dal primo comma, il tribunale, sentiti gli interessati su istanza dell’adottante, può, ove ritenga il rifiuto ingiustificato o contrario all’interesse dell’adottando, pronunziare ugualmente l’adozione, salvo que si tratti dell’assenso dei genitori esercenti la potestà o del coniuge, se convivente, dell’adottante o dell’adottando...”.

(60) JANNUZZI, p. 238.

(61) JANNUZZI, p. 238.

Art. 347: “Pueden ser adoptados: Los hijos para los cuales el padre y la madre o el consejo de familia hayan consentido válidamente a la adopción.”

Art. 348.6: “El tribunal puede pronunciar la adopción si estima abusivo el rechazo del consentimiento opuesto por los padres legítimos o naturales o por uno de ellos solamente, cuando se han desinteresado del niño con el riesgo de comprometer su salud o su moralidad.

Lo mismo ocurre en caso de rechazo abusivo del consentimiento del consejo de familia”⁽⁶²⁾.

Sin embargo, si tenemos en cuenta que “consentement” tiene en francés la acepción, entre otras, de “Adhesión de una persona a un acto concluido por otros”⁽⁶³⁾, vemos que el Código civil francés, al igual que el español o el italiano, conceptúa como asentimiento la participación de los padres en la adopción de sus hijos. Pero la consideración de que esta participación es un asentimiento no impide sin embargo que la regulación francesa establezca la imposibilidad en principio de pronunciar la adopción en contra de la negativa de los padres, pues aunque no se dice expresamente, se deduce *a contrario* del art. 348.6, que permite pronunciar la adopción contra la voluntad manifestada por los padres sólo en el caso de que éstos se hayan desinteresado de sus hijos, comprometiendo su salud o su moralidad. Indudablemente este artículo significa que en todos los demás casos no se podrá dictar la adopción contra la voluntad de los padres. Como aclaran HAUSER y HUET-WEILLER⁽⁶⁴⁾, el art. 348.6 establece una doble condición para que se pueda decidir contra la voluntad de los padres: que éstos se hayan desentendido de sus hijos comprometiendo su bienestar, y que el rechazo a la adopción sea abusivo. Por lo tanto, al ser doble la condición, faltando lo primero, es decir, cuando los padres han cumplido sus obligaciones, no se puede entrar a valorar si el rechazo a la adopción es o no fundado; simplemente no se puede dictar la adopción.

(62) Me he permitido traducir estos artículos, cuyo texto original recojo a continuación: el art. 347 dice “Peuvent être adoptés: 1. Les enfants pour lesquels les père et mère ou le conseil de famille ont valablement consenti à l’adoption”; y el art. 348.6 “Le tribunal peut prononcer l’adoption s’il estime abusif le refus de consentement opposé par les parents légitimes et naturels ou par l’un d’entre eux seulement, lorsqu’ils se sont désintéressés de l’enfant au risque d’en compromettre la santé ou la moralité. Il en est de même en cas de refus abusif de consentement du conseil de famille”.

(63) CORNU, *Vocabulaire juridique*, 1987.

(64) *Traité de Droit Civil, La famille*, I, 1989, p. 645.

5. La regulación de la adopción en el derecho alemán

Por último, la aportación de la regulación alemana a este problema es peculiar, pero muy interesante. La redacción original del BGB establecía de modo expreso que la adopción era un contrato celebrado entre el adoptante y el adoptado, aunque debía ser confirmado por un Tribunal en un control de legalidad (parágrafos 1741 y 1754). Desde este punto de partida, y de modo absolutamente coherente con el tratamiento general de las declaraciones de voluntad negociales, el BGB distinguía entre quienes eran parte en el contrato de adopción —adoptante y adoptando— (parágrafos 1750 y 1751), y quienes no lo eran pero debían dar su visto bueno a la misma —el cónyuge del adoptante y los progenitores del adoptando—, calificando la participación de los segundos como un asentimiento (parágrafos 1746 y 1747) ⁽⁶⁵⁾.

Esta concepción de la participación de los padres como un asentimiento le otorgaba desde luego carácter vinculante, puesto que, tal como hemos visto en el apartado 7, el BGB establece de modo expreso que el asentimiento, allí donde sea requerido, condiciona la eficacia del acto (parágrafos 182 y siguientes).

La Ley de reforma de la adopción de 2 de julio de 1976 supuso un cambio sustancial, al abandonar la configuración de la adopción como un contrato y establecer que nace de una decisión judicial. En absoluta coherencia con esta nueva concepción —coherencia que falta en los restantes ordenamientos— el BGB ha abandonado cualquier referencia a declaraciones de voluntad constitutivas de la adopción: ya no hay consentimiento contractual o negocial ni del adoptante ni del adoptando, sino solicitud del primero, y asentimiento del segundo (parágrafos 1752 y 1746), además de que sigue siendo necesario el asentimiento de quienes se puedan ver afectados por la adopción —el cónyuge del adoptante y los padres del adoptando— (parágrafos 1749 y 1747).

Por lo tanto, en la actual regulación todas las declaraciones de voluntad, excepto la solicitud de los adoptantes, se configuran como asentimientos, recogiendo así la idea de que se trata de declaraciones de conformidad con la decisión de un tercero, en este caso el juez. Y, como hemos dicho, esta denominación se refiere ya no sólo al cónyuge del adoptante, o a los padres del adoptando, sino también al propio adoptando, pues al ser la adopción constituida por el juez, la declaración de voluntad del adoptando no es ya una declaración consti-

⁽⁶⁵⁾ En particular en materia de adopción se empleaba el término *Einwilligung*, que tiene el matiz de ser un asentimiento previo (véase MELÓN INFANTE, ya citado, nota al párrafo 182).

tutiva de la adopción sino una declaración de conformidad con el acto judicial ⁽⁶⁶⁾.

No obstante, esta nueva configuración de las declaraciones de voluntad en la adopción no varía el carácter vinculante del asentimiento de los padres. El BGB exige el asentimiento de los padres del hijo (parágrafo 1747), y, como vimos en el apartado 7, los parágrafos 182 y siguientes establecen de modo expreso que el asentimiento condiciona la eficacia del acto sobre el que ha de recaer. Por otro lado la regulación actual de la adopción en Alemania establece los supuestos en que el asentimiento de los padres puede ser suplido ⁽⁶⁷⁾, demostrando con ello que en los demás casos la falta del mismo impedirá la adopción. Y por último, el hecho de que también la participación del hijo en la adopción sea calificada de asentimiento demuestra, si cabe con más contundencia, que el hecho de calificar de asentimiento una declaración de voluntad nada tiene que ver con el carácter vinculante de la misma —en efecto, nadie duda de que lo sea la declaración del adoptando—, sino con el puesto que ocupa el que realiza tal declaración de voluntad respecto de la constitución del acto.

6. La intención del legislador al calificar de asentimiento la participación de los padres en la constitución de la adopción

Una vez aclarado el concepto de asentimiento en general, y el valor que se le otorga en la constitución de la adopción en los ordenamientos próximos al nuestro, conviene que nos fijemos a continuación en nuestra propia regulación para determinar en base a ella qué papel tiene asignado el asentimiento de los padres.

Nos detendremos en primer lugar en el hecho de que la Ley de 1987 haya introducido la novedad de calificar de *asentimiento* la participación de los padres en el procedimiento de constitución de la adopción, abandonando la tradicional denominación de *consentimiento*. En ello se ha querido ver la intención

(66) El BGB en su actual redacción vuelve a utilizar el término *Einwilligung*, que, como ya hemos dicho, significa asentimiento previo, remitiéndose por lo tanto con ello de nuevo a la regulación general que del asentimiento hacen los parágrafos 182 y siguientes. No obstante, la reciente traducción del BGB de EIRANOVA (ya citada) puede llevar a confusión pues en materia de adopción traduce el término *Einwilligung* por *conformidad*, de modo distinto a como lo hace al traducir los parágrafos 182 y siguientes, de tal manera que se pierde la remisión implícita que de la adopción se hace a los parágrafos que regulan con carácter general el asentimiento.

(67) Estos supuestos, como en todas las legislaciones, hacen referencia al incumplimiento de los deberes parentales, ya sea voluntario o involuntario.

del legislador de rebajar la importancia de la participación de los padres en dicho procedimiento, haciéndole perder su carácter vinculante ⁽⁶⁸⁾.

Sin embargo, tal como hemos adelantado al referirnos a la gestación histórica de nuestra ley actual, la aparición en la misma del término *asentimiento* no necesariamente ha de interpretarse como una mutación respecto de la Ley de 1970, que la calificaba de *consentimiento*. Como ya anticipamos, puede entenderse que la Ley de 1970 denominó *consentimiento* lo que en pura técnica jurídica era *asentimiento*, circunstancia que no sería extraña si tenemos en cuenta que nuestro Código a veces utiliza el término *consentimiento* para designar la participación en un negocio jurídico de quien no es parte en el mismo. Esto significaría entonces que la denominación empleada por la Ley de 1987 de *asentimiento* no supondría una innovación en cuanto a la naturaleza misma de la declaración de voluntad que corresponde realizar a los padres, sino sólo un cambio de denominación. Las razones que lo apoyan son las siguientes:

a) La redacción de la regulación de esta declaración de voluntad de los padres es prácticamente la misma en una y otra ley: se establece la necesidad de esta declaración (“*Deberán asentir*” o “*habrán de prestar consentimiento*”), pero al tiempo se prevé la posibilidad de prescindir de la misma en casos de imposibilidad (“*no será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello...*” o “*si cualquiera de los llamados a prestar consentimiento, fuera del caso del adoptante o del adoptado, no pudiere ser citado, o citado no concurriere, el juez resolverá lo que estime más conveniente para el adoptando*”) ⁽⁶⁹⁾.

b) Las propias palabras de la Exposición de Motivos de 1970 —la falta en el Código Civil de una acepción de la palabra en ese significado ha aconsejado prescindir de su empleo— pueden ser interpretadas en el sentido de que sólo se ha prescindido de la palabra *asentimiento*, aunque habría sido la más adecuada, pero no de la propia categoría. Esta interpretación de la Exposición de Motivos viene reforzada si tenemos en cuenta que la propia Ley de 1970 diseña para esta categoría de “consentimiento de segunda” un régimen distinto al del consentimiento propiamente dicho. Creo por lo tanto que las palabras de la Exposición de Motivos de la Ley de 1970 significan que aunque esta participación se ha configurado como un *asentimiento*, no se le ha dado este nombre por ser ajeno a nuestro ordenamiento.

c) Por último, pero probablemente más definitivo que todo lo anterior, es la imposibilidad de considerar que la declaración de los padres tal como la

(68) GIL MARTÍNEZ, p. 35.

(69) Así PILLADO MONTERO, p. 452.

perfilaba la Ley de 1970 es un consentimiento. En efecto la Ley de 1970 establecía la posibilidad de prescindir del “consentimiento” de los padres si éstos no pudiesen ser citados, o citados no concurriesen. Es indudable que no estamos pues ante un consentimiento propiamente dicho, presupuesto necesario de la adopción, pues no podría prescindirse de él en ninguna circunstancia. Por lo tanto sólo cabe que sea un asentimiento, que, al no constituir el núcleo de la adopción, puede ser apartado si la ley así lo establece, tal como ocurría en la Ley de 1970 para determinadas circunstancias muy concretas.

Numerosas son las opiniones que estiman que la Ley de 1970 introdujo ya el concepto de asentimiento aunque no lo denominase así. ARCE y FLÓREZ-VALDÉS⁽⁷⁰⁾, incluye entre quienes deben prestar asentimiento a la adopción “*a todas aquellas personas ajenas a la estricta creación de la relación adoptiva, aunque no extrañas a sus efectos, a quienes la Ley, precisamente por ello, concede la facultad de intervenir*”. HUALDE SÁNCHEZ⁽⁷¹⁾ dice “*aunque no se expresó en el texto del art. 173, apareció por primera vez en nuestro Derecho la distinción entre consentimiento y asentimiento, en la adopción*”⁽⁷²⁾.

Por todo ello consideramos que la aparición del término *asentimiento* en la Ley de 1987 no supone un cambio de naturaleza de la declaración de voluntad de los padres, y por lo tanto no se pueden deducir de ella consecuencias en relación con el régimen a aplicar a dicha declaración de voluntad.

7. La clasificación tripartita de la participación en la constitución de la adopción

Otra circunstancia a tener en cuenta es la clasificación tripartita que tanto la Ley de 1987 como la de 1970 establecen, distinguiendo tres niveles de participación en el procedimiento de adopción. Indudablemente, si se reconoce la existencia de tres tipos de declaraciones, tiene que haber diferencias entre ellas, pues en otro caso la clasificación no tendría sentido. Esto lleva a algún autor a sostener que, teniendo en cuenta que el consentimiento es vinculante, el asentimiento se diferenciará por ser no vinculante⁽⁷³⁾. Ello significa considerar al

(70) Cit., p. 631.

(71) Cit., p. 135.

(72) En este sentido también FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (p. 723: “*se puede construir perfectamente como un ‘asentimiento previo’*”); o el Auto AP de Barcelona de 5 de marzo de 1991 (RGD 1991, p. 10834).

(73) En este sentido, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO.

asentimiento como una manifestación de los padres cuya ausencia produce tan sólo una “*ineficacia condicionada del negocio adoptivo, en cuanto el legislador deja al arbitrio del Juez la posibilidad de decretar o no dicha ineficacia, imponiéndole como única limitación tener en cuenta ‘...lo que considere más conveniente para el adoptando’*” (74), es decir, permite al Juez constituir la adopción aun contra la voluntad manifestada por los padres. Pero al entender así el asentimiento se reproduce a su vez el problema de la necesaria diferenciación entre los distintos términos de la distinción: “qué diferencia existirá entonces entre un asentimiento concebido de esta forma y la audiencia”. Los propios autores que defienden el carácter no vinculante del asentimiento, y que sostienen este carácter no vinculante en la necesidad de distinguir el asentimiento del consentimiento, ponen de relieve la contradicción que de ello deriva. Así MARTÍN-GRANIZO (75) afirma: “*Cierto es que el propio legislador, en la Exposición de Motivos, inicia una diferenciación entre el ‘asentimiento’ y el ‘ser oídos’, cuando nos dice: ‘En segundo lugar aparecen ciertas modalidades del consentimiento’ y ‘El último grado o escala lo ocupan las personas que simplemente habrán de ser oídas...’; mas habida cuenta el tratamiento jurídico de una y otra manifestación, es lo cierto que entre ambas no existen en nuestro modo de ver otras diferencias además de las puramente gramaticales que una de carácter más bien ético, representada por la diferente consideración estimativa que al legislador le ofrecen...*”

Pero en realidad la división tripartita no es un argumento contra el carácter vinculante del asentimiento sino más bien una confirmación del mismo, como veremos a continuación. Ya con respecto a la Ley de 1970 ARCE y FLÓREZ-VALDÉS (76) analizó este problema con una claridad sobresaliente, que no se ha visto reflejada en otros estudios posteriores, circunstancia que ha ayudado a que se sigan caminos erráticos en el análisis de los “consentimientos” en la adopción, tanto bajo la vigencia de la ley de 1970, como después de la ley de 1987. En relación con las distintas participaciones que el Código prevé en el procedimiento de constitución de la adopción ARCE (77) analiza respecto de cada una de ellas la presencia de las características de preceptividad, necesidad y vinculación, distinción clarificadora en extremo del papel que aquéllas juegan:

(74) Cit., p. 726.

(75) Cit., p. 734.

(76) Ya citado.

(77) Cit., p. 652.

“...todos los consentimientos que la Ley exige (tanto si se trata de consentimiento propiamente dicho como del asentimiento o audiencia) tienen carácter preceptivo⁽⁷⁸⁾. Esto se desprende de las expresiones empleadas: ‘habrán de prestar consentimiento’, ‘deberán... ser oídos’, ‘serán también oídos’ (...)

No obstante tal preceptividad, cabe hablar de un consentimiento de carácter necesario, imprescindible, toda vez que no puede omitirse ni faltar su prestación: tal es el que deben manifestar el adoptante y el adoptado, sin el cual el Juez no podrá resolver (cfr. art. 173.4 a sensu contrario). Los demás —asentimientos y audiencias— podrán ser omitidos cuando los llamados a emitirlos no pudieren ser citados o, citados, no concurrieren.

Pero la cuestión más relevante, a efectos de la valoración, reside en la vinculación que para el juzgador supone la manifestación —positiva o negativa— de voluntad. Desde este prisma, resulta indubitado que el consentimiento negativo de adoptante y adoptado vinculan la decisión del Juez, de tal suerte que ‘carece, como es natural, de facultades decisorias en contra del consentimiento de tales personas’ (cfr. Exposición de motivos y art. 173.4 a sensu contrario). En cuanto a los llamados a prestar asentimiento, parece, a la vista del texto legal dispositivo (cfr. art. 173.4) que, si bien no resulta imprescindible por cuanto el Juez tiene facultad de resolver si no pudiere ser citado o no concurriera, sí es, sin embargo, concurriendo negativo, obstativo para la aprobación de la adopción.

Aunque el inciso del precepto, en lo que se refiere a tal asentimiento, omite la especificación que, sin embargo, prevé en el siguiente inciso para cuando se trata de las personas que deban ser oídas, consistente en facultar al Juez para resolver ‘aun cuando comparezcan manifestando su criterio desfavorable a la adopción’, en nuestra opinión tales asentimientos, si fueren negativos, son vinculantes, ya que el texto dispositivo debe interpre-

(78) El concepto de lo que es “preceptividad” queda sin duda aclarado cuando más adelante (p. 654) el mismo autor señala que la falta de la citación a los que deban asentir o ser oídos conllevará la nulidad de la adopción, aun cuando la ley no lo haya previsto. Así lo interpreta la STS de 27 de febrero de 1985 (RA 817): “el hecho de que pudiera tratarse de un menor efectivamente abandonado, si bien hace innecesario el consentimiento de los padres biológicos (...) no elimina la necesidad de que los mismos hayan de ser oídos, requisito éste que se impone con carácter imperativo”, considerando que en virtud de ello la falta de citación de la madre, conociéndose su domicilio, “constituye un defecto esencial que afecta a la validez del negocio adoptional”.

tarse en tal sentido, sobre todo teniendo en cuenta que la Exposición de Motivos, tan reiteradamente aludida, apoya igualmente este criterio. Abona lo dicho la consideración de que, al fijar los tres grados o escalas del consentimiento (equivalentes al consentimiento propiamente dicho, el asentimiento y la audiencia) lo hace en función de su imprescindibilidad y efectos vinculantes. De otra forma habría que pensar que la división tripartita que establece carece de adecuación pues, reiteramos, está determinada por el doble criterio indicado. De rechazar la interpretación aludida, asentimiento y audiencia no serían dos términos de la división, sino que gozarían de univocidad a tales efectos.”

Las palabras de ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS dejan claro por lo tanto que en la regulación de la Ley de 1970 en primer lugar el asentimiento se diferencia del consentimiento por ser este último imprescindible (sin él no se puede constituir la adopción), mientras que el asentimiento no lo es, al poderse prescindir del mismo si los padres no pueden ser citados o citados no comparecen; en segundo lugar, que el asentimiento se diferencia de la audiencia en que la voluntad emitida por el llamado a asentir vincula la decisión del juez, que no podrá decretar la adopción del hijo contra la oposición de sus padres, mientras que la opinión de los llamados en audiencia es sólo un elemento más de formación del juicio del juez sobre la conveniencia o no conveniencia de la adopción para el menor. Creo que estas palabras, en origen aplicables a la Ley de 1970, lo son igualmente a la de 1987, pues, como hemos visto con anterioridad, en ambas existen los mismos tres tipos de declaraciones.

Pero existe además otra razón en contra de considerar que la división tripartita justifica el carácter no vinculante del asentimiento, y es la propia naturaleza del asentimiento. Si conectamos dicha división tripartita con el concepto de asentimiento, vemos que lo que diferencia al asentimiento del consentimiento no es el carácter vinculante o no vinculante de uno u otro, sino la posición que ocupan las personas que emiten una u otra declaración de voluntad respecto de la relación que se está creando ⁽⁷⁹⁾: mientras que el consentimiento es la declaración de voluntad de las personas que van a ser parte en la relación que se está constituyendo, el asentimiento es una declaración de voluntad proveniente de

⁽⁷⁹⁾ Así lo caracteriza PÉREZ ÁLVAREZ (p. 191), al decir: “es un consentimiento-autorización, cualificado por proceder de quien no es sujeto en la relación que se trata de constituir mediante la oportuna resolución judicial”.

terceros en alguna forma conectados con la relación en formación⁽⁸⁰⁾. Esta es la diferencia básica entre consentimiento y asentimiento, y de ahí provienen todas las demás: como el asentimiento no surge de los propios sujetos de la relación, el ordenamiento puede, igual que establece su necesidad fundándose en los efectos que dicha relación tendrá sobre esos terceros, determinar en qué circunstancias será necesario, y en qué circunstancias no lo será. Y así nuestro ordenamiento ha considerado que por regla general es necesario el asentimiento de los padres que cumplen sus obligaciones parentales para la adopción de sus hijos, puesto que dicha adopción supone romper todos los lazos entre ellos, pese a lo cual ha considerado que se puede prescindir de dicho asentimiento si es imposible recabarlo. Por el contrario, la propia naturaleza del consentimiento, como declaración de voluntad emitida por las propias personas que van a ser parte en la relación, impone que sea necesario en todo caso. Por lo tanto, podemos afirmar que la existencia de una división tripartita, con la necesaria diferenciación entre los tres términos de la misma, no aboca necesariamente al carácter no vinculante del asentimiento.

8. La redacción del artículo 177 del Código Civil

Creo también importante, en la argumentación emprendida, detenernos en la propia redacción del art. 177, que prescribe: “*no será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello...*” Afirmar que algo no es necesario en un determinado caso (en éste, que no es necesario el asentimiento si los padres se encuentran imposibilitados para prestarlo), presupone que por regla general es necesario, pues en otro caso no tendría sentido establecer salvedad alguna⁽⁸¹⁾. Por ello, uniéndolo a los argumentos anteriores, creo que el art. 177 no deja duda alguna sobre la necesidad del asentimiento para constituir la adopción. Si a ello añadimos que, tal como se recoge en toda la doctrina sobre el asentimiento, éste es conformidad con un acto ajeno, y por tanto en este caso conformidad con la adopción de que son sujetos otros, el art. 177.2 significa sin lugar a dudas que para la adopción de un

(80) Dice el Auto AP Huesca de 9 de julio de 1997 (Ar. civ. 1997/1427): “...*el asentimiento no supone una mera audiencia de los padres (...). El asentimiento implica conformidad, autorización o permiso, es decir, una declaración autónoma de voluntad por parte de quien no es parte en la adopción, aunque le alcanzan sus efectos, e imprescindible para que se constituya*”.

(81) Dice el Auto AP Huesca de 9 de julio de 1997 (Ar. civ. 1997/1427) “...*el citado art. 177 del CC claramente indica que se trata de un requisito ineludible, salvo supuestos especiales, y que ponen de relieve precisamente la obligatoriedad del mismo*”. En este sentido también VALLADARES RASCÓN, p. 47.

menor no emancipado de padres cumplidores es necesario que éstos den su conformidad a la adopción. Cualquier otra interpretación significaría alejarse del sentido de las palabras y de los conceptos utilizados.

9. El interés del menor en la constitución de la adopción

Por último, haremos referencia al interés del menor, que se esgrime siempre como la razón última para considerar no vinculante lo manifestado por los padres, teniendo en cuenta en particular el papel preponderante que el interés del menor tiene asignado en el proceso de constitución de la adopción. Efectivamente la Ley de 1987 se caracterizó por colocar el interés del menor como piedra angular de todo el sistema, subordinándole los intereses de todos los demás sujetos. Así lo declara expresamente la Exposición de Motivos en dos ocasiones: “*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*” y “*La presente Ley pretende (...) basar la adopción en dos principios fundamentales: (...) el beneficio del adoptado que se sobrepone, con el necesario equilibrio, a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución*”. Esta situación preponderante del interés del menor ha sido entendida por quienes sostienen el carácter no vinculante del asentimiento como justificativo de que el juez pueda determinar la constitución de la adopción, aun contra la voluntad de los padres, si lo estima conveniente para el interés del menor⁽⁸²⁾.

Por el contrario, no creo que estas expresiones permitan afirmar que éste sea el criterio que deba sobreponerse a cualquier otro, en cualquier circunstancia. En efecto, cuando el legislador señala que el interés del menor “*se sobrepone, con el necesario equilibrio*”, o “*debe prevalecer, sin prescindir totalmente de ellos*” ello no puede significar que siempre y en toda circunstancia el criterio para decidir la adopción sea el interés del hijo; es decir, que siempre, aunque los padres no hayan incumplido, si el juez considera que protege mejor el interés del hijo el ser adoptado, deba dar lugar a la adopción. En tal caso no habría simple prevalencia del interés del menor, ocupando éste un rango superior, sino que habría una sobreposición absoluta, prescindiéndose de los derechos de los

(82) BLASCO GASCÓ, p. 338; HIJAS FERNÁNDEZ, p. 2751; SAP Albacete de 8 de mayo de 1996 (Ar. civ. 1996/2568); Auto AP Badajoz de 4 de julio de 1996 (Ar. civ. 1996/1366); SAP Córdoba de 1 de abril de 1998 (Ar. civ. 1998/4227).

padres, cosa que la propia Exposición de Motivos rechaza ⁽⁸³⁾. En este sentido se pronuncia el Auto AP Navarra de 9 de marzo de 1992 ⁽⁸⁴⁾: “*aun siendo clara la voluntad del legislador, reflejada en la Exposición de Motivos de la Ley 21/1987 de 11 de noviembre en el sentido de que resulta prevalente el beneficio del menor sobre el de los restantes afectados por la adopción, y pudiendo presumirse de lo actuado que en el presente caso resultaría adecuadamente satisfecho el interés de las menores accediendo a la adopción, no obstante ello resulta igualmente clara la exigencia legal de que el padre de las adoptandas en el presente caso debe prestar su asentimiento como condición inexcusable para que pueda tener lugar tal adopción*” ⁽⁸⁵⁾.

Tampoco la mención que el art. 176 hace del interés del menor constituye argumento a favor de esta tesis. Su redacción es en este sentido muy clara: “*La adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando...*”, lo que significa simplemente que el juez, al constituir la adopción, ha de tener en cuenta el interés del menor, es decir, ha de resolver valorando si la adopción es conveniente según el interés del menor, y no limitándose a comprobar si se dan los requisitos de la misma. Pero desde luego en ningún caso se puede deducir de este artículo que el interés del adoptando sea el único que haya de tener en cuenta el juez. Como dicen GOUBAUX, BIHR y HENRY ⁽⁸⁶⁾, refiriéndose al Derecho francés, “*aunque el art. 348.6 tenga por principal fundamento el interés del menor, sin embargo exige para ignorar el rechazo de los padres o de uno de ellos, de un lado que se hayan desinteresado del hijo comprometiendo su salud o su moralidad, y, de otro, que su rechazo a consentir a la adopción se considere abusivo*”, es decir, el interés del menor no es el único criterio sobre el que se ha de basar la decisión del juez, sino que el propio ordenamiento establece los límites dentro de los cuales ha de valorarse ese interés.

Lo mismo ocurre en nuestro ordenamiento, y así el Auto AP Sevilla de 12 de mayo de 1994 ⁽⁸⁷⁾ señala: “*si bien en este tipo de procedimientos debe darse prevalencia al interés del adoptando sobre el de los restantes afectados por la*

(83) En este sentido PÉREZ ÁLVAREZ (p. 218) que dice textualmente “*el interés del menor se sobrepone, en ciertos casos, al interés de sus padres*”.

(84) Ar. civ. 1992/482.

(85) En el mismo sentido el Auto AP Sevilla de 12 de mayo de 1994 (Ar. civ. 1994/874).

(86) Notas al Código civil, edición Dalloz, 1997-98.

(87) Ar. civ. 1994/874.

adopción, como aclara la Exposición de Motivos de la Ley 21/1987, de 11 noviembre (...), ello no puede predicarse de una manera absoluta que permita prescindir, como hace el Juez a quo, del requisito inexcusable del asentimiento de los padres naturales en aquellos casos en que es necesario”.

V. CONCLUSIONES

Creo pues que los argumentos expuestos nos permiten afirmar que, dado que el asentimiento es la conformidad con el acto ajeno, necesaria para que produzca efectos, y dado que nuestra actual normativa exige el asentimiento de los padres para la constitución de la adopción, hemos de entender que no se podrá constituir tal adopción si los padres niegan su asentimiento, niegan su conformidad a la misma; no pudiendo hallarse motivo para la afirmación contraria en el hecho de que el ordenamiento permita prescindir de dicho asentimiento cuando exista imposibilidad para prestarlo, pues justamente de esta previsión se deduce necesariamente que en los demás casos, es decir, no existiendo tal imposibilidad, el asentimiento es imprescindible para poder constituir la adopción. Además, ninguna de las circunstancias en que se ha producido la introducción del concepto de asentimiento en la regulación española de la adopción permite sostener que el asentimiento tenga en este caso un significado distinto al comúnmente aceptado en la doctrina española y extranjera. Y, por último, la normativa de la adopción no reconoce al interés del menor un papel tan radicalmente preponderante que permita constituir la adopción prescindiendo de cualquier otra circunstancia.

Por lo tanto, podemos afirmar que el asentimiento que el artículo 177 exige para la constitución de la adopción es una declaración de voluntad de los padres del adoptando dando su conformidad a la constitución de la adopción de su hijo por terceros, declaración sin la cual será imposible dicha adopción⁽⁸⁸⁾.

Esto significa que, en todos los casos en que, iniciado un procedimiento de adopción, el juez compruebe la negativa de los padres a la adopción, el expediente deberá quedar paralizado.

⁽⁸⁸⁾ Un concepto similar reflejan algunas resoluciones judiciales: SAP Navarra de 22 de junio de 1992 (Ar. civ. 1992/909); Auto AP Valencia de 20 de julio de 1995 (RGD 1996, p. 1012); Auto AP Huesca de 9 de julio de 1997 (Ar. civ. 1997/1427).

Pero aun dándole este carácter vinculante al asentimiento de los padres, la actual regulación de la adopción somete en ocasiones a los progenitores, a pesar de no haber incurrido en causa de privación de la patria potestad, a la incertidumbre que supone que se inicie un expediente de adopción respecto de sus hijos⁽⁸⁹⁾, aunque al final dicho expediente sea paralizado (cosa que además, como ya hemos dicho, no siempre ocurre en la práctica). Por ello sería más razonable que el Código civil, al igual que ocurre en ordenamientos cercanos al nuestro, no permitiese iniciar un expediente de adopción si no se dan las circunstancias que autoricen llegar hasta el final, es decir, si los padres no han dado su asentimiento, y éste es necesario, por no haber sido privados aquéllos de la patria potestad, ni hallarse incurso en causa de privación.

Esto clarificaría de modo significativo el procedimiento de adopción, pues si los padres no estuviesen privados de la patria potestad ni hubiesen asentido a la adopción, sería necesario determinar en un trámite previo a la adopción si los padres se encuentran incurso en causa de privación. Con ello se acabaría con otro de los problemas graves que plantea la actual regulación de la adopción, que no determina con claridad en qué casos y por qué vía se decide una cuestión tan importante como es saber si los padres están incurso en causa de privación de la patria potestad, y por lo tanto no es necesario su asentimiento, o si por el contrario no lo están, lo que convierte su asentimiento en imprescindible para constituir la adopción.

En definitiva se trataría con ello de cubrir una laguna existente en nuestra actual regulación de adopción, que no establece qué niños pueden ser objeto de adopción, al contrario de lo que ocurre en los ordenamientos más cercanos al nuestro, como el francés o el italiano, en los que se señala que un expediente de adopción sólo puede ser iniciado cuando el niño ha sido declarado en una situación de desamparo irreversible, o cuando se cuenta con el beneplácito de sus padres, laguna que ha sido destacada en nuestra doctrina por algún autor⁽⁹⁰⁾.

(89) Ello es especialmente cierto en los supuestos de adopción de los hijos por el cónyuge de uno de los progenitores, tal como puede verse en diversas resoluciones judiciales: Auto AP Navarra de 9 de marzo de 1992 (Ar. civ. 1992/482); Auto AP Barcelona de 24 de enero de 1995 (RGD 1995, p. 8994); SAP Sevilla de 27 de enero de 1995 (Ar. civ. 1995/171).

(90) En este sentido se manifiesta ALONSO CRESPO, "Reflexiones críticas en torno a la constitución de la adopción a través de la jurisdicción voluntaria", Revista Derecho de Familia, abril 1999, p. 95.

Esta reforma daría seguridad a nuestro sistema, otorgando la protección adecuada en el marco de la adopción al derecho de los padres a cuidar de sus hijos y no ser separados de ellos más que en situaciones excepcionales, derecho derivado de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (art. 9.1) ⁽⁹¹⁾, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, y por lo tanto integrante de nuestro ordenamiento.

(91) La redacción dada a este artículo —“Los Estados parte velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando (...) tal separación es necesaria en el interés superior del niño” —, así como el hecho de estar incluido en una declaración de derechos del niño hace que se conciba sólo como un derecho del niño y no como un derecho de los padres (SALANOVA VILLANUEVA, “El derecho del menor a no ser separado de sus padres”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 7, 1995, pp. 231-297), a pesar de que se establece la “prohibición” de separación contra la voluntad de los padres, reconociendo por lo tanto a éstos un papel determinante.

Por otro lado, entender que el art. 9 de la Convención de Derechos del Niño reconoce en cierto modo un derecho de los padres a no ser separados de sus hijos salvo en circunstancias excepcionales (el art. 9 considera que tales circunstancias se dan cuando “el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos vivan separados y deba adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”) es coherente con la Convención de Estrasburgo de 24 de abril de 1967, en materia de adopción de menores, que en su art. 5 establece que para la adopción es necesario el consentimiento/asentimiento de aquéllos que sean titulares de los poderes parentales, y que sólo se puede prescindir de tales consensos por motivos excepcionales o si los padres están privados de dichos poderes. Aunque esta Convención no haya sido ratificada por España es indudable que puede servir de guía para entender lo que “el derecho de los hijos a no ser separados de sus padres” supone en el marco del procedimiento de constitución de la adopción.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. REVELACIÓN DE DATOS SOBRE LA FILIACIÓN ADOPTIVA DE UNOS MENORES

Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia n.º 134/1999, de 15 de julio.

Ponente: Excm.a Sra. D.ª María Emilia Casas Baamonde.

La existencia de un proceso judicial sobre una presunta red de compraventa de menores no justifica la revelación de datos relativos a la filiación biológica de un menor de edad adoptado, a la biografía y situación personal de quien dice ser su madre biológica y a los avatares que rodearon dicha adopción.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. J. y D.ª T., representados por sus padres adoptivos, D. J. y D.ª M.ª A. con motivo de la publicación por la revista P. de un reportaje con entrevista a D.ª G., incoaron juicio incidental de protección del derecho al honor y a la intimidad conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Barcelona dictó sentencia el 26 de septiembre de 1990 estimando la demanda y condenando a Publicaciones H., editora de la revista P., al pago de una indemnización de dos millones de pesetas y a la publicación íntegra de la sentencia en la citada publicación.
- La Sec. 12.ª de la AP de Barcelona dictó sentencia el 13 de septiembre de 1991 revocando la dictada por el juzgado de instancia y absolviendo a los

demandados. El fundamento de revocación de la sentencia de instancia radica, a juicio de la Audiencia Provincial, en el hecho de que el citado reportaje no desveló ningún dato que no fuese conocido ya por la opinión pública, bien porque así fue difundido por los padres adoptivos de los menores, bien por otros reportajes periodísticos publicados con motivo de las investigaciones policiales y judiciales seguidas respecto del eventual «tráfico de niños» en la ciudad de Alicante, lugar en el que tuvo lugar la adopción de los menores. Razona la Audiencia Provincial que el ámbito de reserva de la vida privada viene determinado por los actos propios de los demandantes en representación de los menores. Así pues, la invasión en la intimidad denunciada posee escasa relevancia para poder considerarla un límite efectivo a la libertad de expresión, con arreglo a lo dispuesto en el art. 2.1 de la aludida Ley Orgánica 1/1982.

- D. J. y D.^a M.^a A. interpusieron recurso de casación, siendo estimado parcialmente por el Tribunal Supremo en sentencia de 7 de diciembre de 1995. El Tribunal Supremo sostuvo que los datos divulgados no fueron antes difundidos por medio de comunicación alguno, ni por los padres de los menores, además de carecer de la relevancia pública necesaria para justificar su difusión. A juicio del Tribunal Supremo, la revista P. ha revelado en dicho reportaje datos de la intimidad de los menores obtenidos mediante su labor investigadora e invadiendo el derecho al honor y a la intimidad de D. J. y de D.^a M.^a A.
- Publicaciones H. Interpuso recurso de amparo contra las sentencias del Tribunal Supremo y del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Barcelona al considerar que ambas resoluciones judiciales han vulnerado su derecho a comunicar libremente información reconocido en el art. 20.1 CE, y asegura que la información era veraz y estaba dotada de interés general y relevancia pública, lo que reviste a la misma de una posición preferente respecto de los derechos garantizados en el art. 18.1 CE. El Tribunal Constitucional no estimó el recurso.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El objeto del recurso de amparo se inicia con motivo de dos informaciones periodísticas publicadas en la revista P. en las que se transcribía una extensa entrevista realizada a D.^a G. en relación a una presunta red de compraventa de menores.

El presente recurso de amparo se refiere a hechos similares a los que motivaron la STC 197/1991, pues, en ambos, la polémica información ha consistido en la divulgación por un medio de comunicación social de datos relativos a la filiación biológica de un

menor de edad adoptado, a la biografía y situación personal de quien dice ser su madre biológica y a los avatares que rodearon dicha adopción.

La recurrente sostiene que la información por cuya divulgación ha sido condenada civilmente por una eventual lesión de los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar de los citados menores era veraz, como así se desprende de la misma STC 197/1991, pues los hechos divulgados son los mismos en un caso y otro; y, además, la información transmitida versaba sobre una cuestión de interés general, pues, según parece, los adoptantes, personajes dotados de notoriedad pública, podrían estar implicados en una hipotética red de tráfico de niños por la que ha sido procesada D.^a G., protagonista de ambos reportajes. Razona la recurrente que la información publicada no sólo transcribe lo declarado por quien dice ser la madre biológica del menor adoptado cuya vida es el objeto del reportaje, y no la hipotética relación con el menor o las circunstancias de su adopción, sino que, además, no hace sino referir hechos que ya eran de dominio público. Abunda en su defensa Publicaciones H., señalando que las alusiones a la familia adoptiva eran inevitables en el contexto de ambos reportajes, alusiones que, en todo caso, siempre lo fueron en tono respetuoso, sin que puedan los padres adoptivos de los menores cuya intimidad y honor han sido supuestamente afectados impedir con su demanda que D.^a G. se exprese libremente y divulgue su biografía, como ha hecho la propia madre adoptante, no sólo respecto de sus hijos adoptivos, sino también en relación con otros terceros.

Los padres adoptivos y el Ministerio Fiscal coinciden en interesar la desestimación de este recurso de amparo y la confirmación de la sentencia del Tribunal Supremo, fundando sus alegatos en la circunstancia de que la intimidad y el honor que se tratan de salvaguardar son los de los referidos menores, quienes ni son personajes públicos que deban tolerar una aminoración de sus derechos del art. 18.1 CE, ni el asunto posee re-

levancia pública, y los datos revelados sobre la vida de quien dice ser la madre biológica del primero pueden resultar ofensivos para los menores y la familia.

Dejando a un lado la cuestión relativa a la colisión entre el derecho fundamental a comunicar libremente información veraz y los derechos a la intimidad personal y familiar y centrándonos en la vulneración al derecho a la intimidad de los menores adoptados, el Tribunal Constitucional señala lo siguiente:

Cumple ahora precisar si los datos divulgados sobre la vida de doña G. la filiación del menor y los avatares relativos a su adopción, constituyen o no circunstancias cuya revelación vendría proscrita por el art. 18.1 CE, en la medida en que garantiza los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Antes de dar respuesta a esta cuestión se hace necesario determinar qué derechos de los garantizados en el art. 18.1 CE pueden verse afectados por la información difundida y quién es el titular de los mismos.

En nuestra STC 197/1991, dijimos ya que el hecho mismo de la adopción no es de suyo afrentoso o lesivo de la honorabilidad de quienes en ella hayan intervenido (fundamento jurídico 3.^o). El derecho fundamental que podría estar afectado a consecuencia de la divulgación de la identidad de quien dice ser la madre biológica del menor adoptado, su particular profesión, y, en definitiva, de la filiación e identificación del origen del menor adoptado, según resulta de nuestra sentencia (STC 114/1997, fundamento jurídico 3.^o), es el derecho a la intimidad personal del menor. Y no sólo a la personal, sino también a su intimidad familiar pues como asimismo señalamos en la STC 197/1991 («*ibidem*»), el derecho a la intimidad se extiende también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 CE protegen. No cabe duda de que ciertos sucesos que pueden afectar a padres,

cónyuges o hijos tienen, normalmente y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe, al respecto, un derecho —propio y no ajeno— a la intimidad, constitucionalmente protegido (STC 231/1988).

En esta medida, los reportajes periodísticos examinados en el presente caso han revelado y divulgado, una vez más, información propia de la intimidad personal y familiar del menor, de suerte que también se entrometen en la intimidad familiar de su hermana adoptiva, quien según lo que se acaba de decir ha visto desvelados aspectos de la vida de su familia, que indudablemente le afectan, pudiendo ser tenidos, incluso por ofensivos o, al menos, molestos, tanto en un caso como en el otro.

El derecho a la intimidad salvaguardado en el art. 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y al conocimiento de terceros, sean éstos poderes públicos o simples particulares, que está ligado al respeto de su dignidad (SSTC 73/1982, 110/1984, 107/1987, 231/1988, 197/1991, 143/1994 y 151/1997). El derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida. El art. 18.1 CE no garantiza una «intimidad» determinada, sino el derecho a poseerla, a tener vida privada, disponiendo de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual

sea lo contenido en ese espacio. Del precepto constitucional se deduce que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida lo que ha de encontrar sus límites, como es obvio, en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. A nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida privada personal o familiar (SSTC 73/1982, 110/1984, 170/1987, 231/1988, 20/1992, 143/1994, 151/1997, y Sentencias del TEDH, Caso X e Y, de 26 de marzo de 1985; Caso Leander, de 26 de marzo de 1987; Caso Gaskin de 7 de julio de 1989 Caso Costello-Roberts, de 25 de marzo de 1993; Caso Z de 25 de febrero de 1997).

Por consiguiente, el legítimo interés de ambos menores de que no se divulguen datos relativos a su vida personal o familiar como aquí sucede parece imponer un límite infranqueable tanto a la libertad de expresión [art. 20.1.a) CE] de D.^a G., como al derecho fundamental a comunicar libremente información veraz [art. 20.1.d) CE] de la revista P., que es lo que ahora importa, sin que la supuesta veracidad de lo revelado exonere al medio de comunicación de responsabilidad por la intromisión en la vida privada de ambos menores. En estos casos, el que la información sea o no veraz, por indisoluble que sea del juicio sobre el inicial encuadramiento del mensaje en el art. 20.1.d) CE a efectos de determinar si el mismo merece protección constitucional, es irrelevante para establecer si ha habido o no lesión del art. 18.1 CE, ya que, si la información transgrede uno de sus límites (art. 20.4 CE) su veracidad no excusa la violación de otro derecho o bien constitucional (SSTC 171 y 172/1990, 197/1991 y 20/1992). Como también es del todo irrelevante que los datos divulgados fuesen ya de dominio público, pues si en aquella ocasión ya dijo este Tri-

bunal que su revelación, haya sido su fuente la que haya sido, podía ser una intromisión en la intimidad lesiva del art. 18.1 CE (STC 197/1991), no lo será ahora en menor medida.

Sólo resta por comprobar si, no obstante todo lo dicho hasta el momento, los menores deben tolerar la divulgación de la información contenida en los reportajes periodísticos, y ver limitado su derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), en atención a que lo divulgado posee relevancia pública (SSTC 172/1990, 197/1991, 20/1992 y 143/1994). El medio de comunicación trata de demostrar esa relevancia, apelando al interés periodístico que tenían las circunstancias en las que se habían revelado los datos sobre la filiación del menor. Sostenía la revista que tanto la revelación por parte de los padres adoptivos de información falsa sobre los avatares de la adopción, así como la eventual conexión que pudo tener ésta con la presunta existencia de una red de compraventa de menores en la que se habrían visto envueltas por motivos bien distintos tanto D.^a G., quien dice ser la madre biológica del menor, como su madre adoptiva, y la condición de personaje público de esta última, justifican la publicación de lo revelado en ambos reportajes periodísticos.

A la vista de este alegato, es obvio que el medio de comunicación no apela, como así se hizo en la STC 197/1991, a un remedo de inexistente *ius retorquendi* dirigido contra quien hace pública información falsa (SSTC 197/1991, 85/1992, 42/1995; AATC 20/1993 y 268/1996), sino a la supuesta condición de personaje público de la madre adoptiva del menor. En efecto D.^a M.^a A., puede ser uno de esos personajes que alcanzan notoriedad pública tanto por su actividad profesional, como por la habitual divulgación en medios de comunicación de circunstancias diversas de su vida privada personal y familiar. Sin embargo, una vez más hay que traer a colación la STC 197/1991 y recordar, como allí dijimos, que

la intimidad desvelada no es la de la madre adoptiva, sino la de sus dos hijos adoptivos.

Puede ser cierto que la madre adoptiva, sea un personaje con notoriedad pública, y, como tenemos dicho, estos personajes, que poseen tal notoriedad por la actividad profesional que desarrollan o por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada, corren el riesgo de que, tanto su actividad profesional en el primero de los casos, cuanto la información revelada sobre su vida privada en el segundo, se pueda ver sometida a una mayor difusión de la pretendida por su fuente o a la opinión, refutación y crítica de terceros. Estos personajes con notoriedad pública asumen un riesgo frente a aquellas informaciones, críticas u opiniones que pueden ser molestas o hirientes, no por ser en puridad personajes públicos, categoría que ha de reservarse únicamente para todo aquel que tenga atribuida la administración del poder público, en el sentido de que su conducta, su imagen, sus opiniones están sometidas al escrutinio de los ciudadanos que tienen un interés legítimo, garantizado por el derecho a recibir información del art. 20.1.d) CE, a saber cómo se ejerce aquel poder en su nombre, sino porque su notoriedad pública se alcanza por ser ellos quienes exponen al conocimiento de terceros su actividad profesional o su vida particular. Con todo, en ninguno de los dos casos, cuando lo divulgado o la crítica vertida vengán acompañadas de expresiones formalmente injuriosas o se refieran a cuestiones cuya revelación o divulgación es innecesaria para la información y crítica relacionada con el desempeño del cargo público, la actividad profesional por la que el individuo es conocido o la información que previamente ha difundido, ese personaje es, a todos los efectos, un particular como otro cualquiera que podrá hacer valer su derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen frente a esas opiniones, críticas o informaciones lesivas del art. 18 CE (SSTC 104/1986, 171 y 172/1990, 197/1991,

85/1992, 336/1993, 117/1994, 320/1994, 6/1995, 76/1995, 132/1995, 19/1996, 3/1997; ATC 15/1998, y Sentencias del TEDH, caso Sunday Times, de 26 de abril de 1979; caso Lingens, de 8 de julio de 1986; caso Schwabe, de 28 de agosto de 1992; Caso Praeger y Oberschlick, de 26 de abril de 1995; caso Tolstoy Miloslavski, de 13 de julio de 1995; caso Worm, de 29 de agosto de 1997 y caso Fressoz y Roire, de 21 de enero de 1999).

Así pues, el riesgo asumido por el personaje con notoriedad pública no implica amonorción de su derecho a la intimidad o al honor o a la propia imagen, cuya extensión y eficacia sigue siendo la misma que la de cualquier otro individuo. Tan sólo significa que no pueden imponer el silencio a quienes únicamente divulgan, comentan o critican lo que ellos mismos han revelado, sin perjuicio de que la disposición sobre una información hecha pública por su propia fuente no justifique el empleo de expresiones formalmente injuriosas o innecesarias ni la revelación de otros datos no divulgados con antelación por el tercero o que no posean una evidente y directa conexión con aquello que fue revelado.

Dicho esto, no cabe duda de que no fueron los menores adoptados quienes, ciertamente, divulgaron la controvertida información, sino sus padres adoptivos, quienes no han ejercido, es cierto, su patria potestad para proteger con su prudente silencio la intimidad personal y familiar de ambos meno-

res, sin que esta circunstancia pueda servir de excusa, como pretende la recurrente, para hacer público lo que legítimamente los menores pueden reservarse para sí y su familia al resguardo de la curiosidad ajena. Ninguno de los dos eran, obviamente, personas con notoriedad pública, pues sólo lo podrían ser a consecuencia de una actividad profesional que nunca desempeñaron o de la revelación de aspectos de su vida privada, que nunca hicieron; y no lo son, aunque sus padres adoptivos lo puedan ser y en su condición de tales sí hayan revelado indebidamente información sobre la intimidad de ambos. Ni la revelación de información por dichos padres adoptivos, que ellos mismos han reconocido falsa, ni el ser éstos personajes con notoriedad pública, ni el eventual conocimiento y difusión que esa aludida información pudo haber tenido con antelación ni que su fuente haya sido uno de sus protagonistas, que dice ser la madre biológica de uno de los menores, justifican semejante menoscabo del art. 18.1 CE, ya que los datos revelados no sólo se refieren a las personas de los padres adoptivos o de la supuesta madre biológica de uno de los menores, sino a aquellos eventos de la vida de ambos menores que ya hemos calificado propios de su intimidad personal y familiar y que legítimamente deben quedar al abrigo de la curiosidad ajena mientras los citados menores adoptados no puedan ejercer su poder de disposición sobre esa información, en ejercicio de sus derechos garantizados en el art. 18.1 CE (STC 197/1991).

II. EFICACIA CIVIL DE LAS SENTENCIAS CANÓNICAS DE NULIDAD MATRIMONIAL

Tribunal Constitucional, Sala 2.^a, Sentencia n.º 150/1999, de 14 de septiembre.

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael de Mendizábal Allende.

No existe indefensión alguna desde el punto de vista constitucional cuando, a pesar de la oposición del demandado, el juez dicta auto concediendo la eficacia civil de la sentencia de nulidad eclesiástica siguiendo los trámites de la disposición adicional 2.^a de la Ley 30/81 de 7 de julio, ya que el demandado pudo intervenir en todos los trámites del procedimiento de nulidad canónica, ha conocido el desarrollo en todo momento y ha seguido la conducta procesal que ha estimado conveniente.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 12 de abril de 1966 D.^a Carmen y D. Juan contrajeron matrimonio canónico en Barcelona, siendo declarado nulo el día 7 de mayo de 1993 por el Tribunal Eclesiástico de la Archidiócesis de Barcelona en Sentencia que fue ratificada, el 29 de octubre siguiente, en virtud del Decreto Ratificatorio del Tribunal de La Rota de la Nunciatura Apostólica de Madrid.
- D. Juan formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Barcelona, instando la eficacia civil de la Sentencia canónica de nulidad de matrimonio, con todos los efectos inherentes a la misma, y de ella se dio traslado a la hoy recurrente en amparo, la cual, dentro del plazo de nueve días legalmente previsto, se opuso a la demanda, alegando esencialmente que el demandante había instado y obtenido con anterioridad Sentencia civil de divorcio, el día 26 de octubre de 1987; que el demandante al pedir el divorcio de su matrimonio pudo optar por solicitar la nulidad del mismo, lo que no hizo, por lo que su proceder entraña un fraude de ley, ya que la nulidad matrimonial así obtenida suplanta y deja sin efecto la sentencia firme de divorcio pronunciada por el juez civil, quedando ineficaz e inútil todo el procedimiento previo a la sentencia. Además, tal actuación del demandante implica que éste había ido contra sus propios actos, porque cuando solicitó el divorcio concedió implícitamente validez al vínculo, puesto que la nulidad supone ausencia del mismo.
- El Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Barcelona dictó Auto el día 7 de julio de 1994, por el que, pese a recoger, en su antecedente de hecho segun-

do, la oposición de la recurrente, otorgaba eficacia civil a la Sentencia canónica de nulidad del matrimonio.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Alega la recurrente que el auto dictado por el Juzgado ha vulnerado el derecho a obtener tutela judicial efectiva sin indefensión que consagra el art. 24.1 CE ya que el órgano judicial ha omitido la aplicación de lo dispuesto en la Disposición adicional 2.^a de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que establece en los supuestos como el presente el requisito de la inexistencia de oposición para conceder eficacia civil a la sentencia canónica. Por ello, solicita que se decrete la nulidad de la resolución judicial y el reconocimiento del derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva, sin resultado de indefensión.

El Ministerio Fiscal, en su preceptivo informe, señaló lo siguiente: “Una primera aproximación a la resolución judicial que se impugna llevaría, como solicita la recurrente, a la concesión del amparo pretendido en aplicación de la consolidada doctrina constitucional en el sentido de que la Disposición adicional segunda de la Ley 30/1981 en sus números 2 y 3 lo que prevé es que si se ha formulado oposición se cierre el procedimiento, dando oportunidad sin embargo a las partes y al Fiscal para que acudan al que corresponda. En este sentido, el Fiscal recuerda que la STC 93/1983 examina detalladamente este singular procedimiento, afirmando que el cauce procedimental previsto por el legislador prevé una intervención judicial para el supuesto de que se formule oposición, dejando a salvo el derecho de las partes en caso de oposición para formular la pretensión en el proceso correspondiente, porque el procedimiento de la Disposición adicional segunda responde a una actividad

de constatación encomendada al juez civil en cuanto no está previsto como cauce procedimental, en el supuesto en que se formule una pretensión contrapuesta a la solicitud del actor. Si ha habido oposición no cabe dictar el Auto de concesión de efectos civiles, porque deja sin recurso a la parte y le obliga a instar un proceso, lo que origina la falta de tutela judicial efectiva y la aparición de una indefensión desde el punto de vista constitucional al reenviar, erróneamente, a la parte a un proceso que no está previsto en la ley.

Sin embargo la jurisprudencia constitucional exige que la oposición sea formulada en términos razonados, es decir, excluyendo toda posible imputación de conveniencia y oportunismo (STC 265/1988). Por ello es necesario examinar si la oposición que la recurrente formuló tenía un fundamento racional, ya que siguiendo la doctrina constitucional, no es posible admitir que la simple oposición, sin un fundamento racional y serio, pueda obligar al Juez a que deniegue el Auto establecido en la ley porque, en este caso, se convierte al órgano judicial en un autómatas, produciendo la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, privándose de un instrumento procesal ordenado por la ley para acceder al proceso; es decir, se limitaría y restringiría un derecho fundamental sin una causa razonada y justificada.

En este caso concreto, el matrimonio, desde el punto de vista civil, está disuelto por Sentencia del juez estatal basada en la causa del número 1 del art. 86 del Código Civil —cese efectivo de la convivencia du-

rante el tiempo establecido en el precepto— y la Sentencia canónica se limita a declarar una causa de nulidad que no contradice sino que afirma y afianza el origen y la realidad de la falta de convivencia entre los cónyuges. La Sentencia canónica no anula, ni suspende ni ataca el valor cosa juzgada de la Sentencia de divorcio, y el único efecto civil que puede producir es la inscripción en el Registro de la anulación del matrimonio canónico, lo que supone una garantía de futuro para posibles relaciones familiares y para tranquilizar las creencias religiosas del solicitante.

Por otra parte, la demandante de amparo ha intervenido en todos los trámites del procedimiento canónico, conociendo en todo momento su desarrollo con la conducta procesal que ha estimado conveniente, y así la Sentencia canónica de nulidad de matrimonio se ha dictado con todas las garantías procesales que exige la Constitución y está plenamente de acuerdo con el Derecho del Estado y cumple todos los requisitos que exige la legislación civil (art. 80 CC). De ahí que cuando la actora basa la oposición en que la Sentencia no es conforme con el Derecho del Estado, esta afirmación carezca de apoyo en un fundamento racional que permita considerarla como oposición real, suficiente y bastante para impedir que el Juez dicte el Auto solicitado. Esta decisión supone que el órgano judicial no ha actuado de manera automática, sino ejerciendo la función jurisdiccional en interpretación razonada y fundada de la norma aplicable.

Por último, el Fiscal recuerda que no corresponde al Tribunal Constitucional valorar la interpretación y consiguiente aplicación del Derecho realizadas por el órgano judicial sino, únicamente, si esta actividad judicial incurre en arbitrariedad o no es razonable, y sólo entonces existiría vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Porque es el Juez quien tiene que examinar si la oposición de la recurrente es razonada o no, y si tiene contenido suficiente para impedir la resolución; y, en este caso, el órgano judicial ha hecho ese examen y fundada-

mente pone de manifiesto que la resolución canónica se adecua al derecho del Estado, careciendo, por ello, la oposición de un fundamento serio y racional”.

Habiéndose alegado por la recurrente la existencia de otra sentencia de este mismo órgano —265/1988— que resolvió la cuestión en sentido favorable a la recurrente, con la única diferencia de que en este caso la sentencia canónica cuya eficacia civil se pretende es la nulidad y en aquel otro de la Sentencia constitucional versaba sobre un matrimonio rato y no consumado, señala el Tribunal Constitucional que:

“En nuestro acervo jurisprudencial son muchas más nuestras Sentencias al respecto que la única traída por la demandante a colación para apoyar su queja de haber sufrido indefensión, es decir, la tacha más grave que enerva la efectividad de la tutela judicial hasta hacerla desaparecer. Sin embargo ninguna de ellas contempla la situación aquí en tela de juicio, aun cuando en ellas se da un común denominador, el de tratar el procedimiento previsto en la Disposición adicional segunda de la Ley 30/1981, pero con circunstancias diferenciadoras cuya incidencia hace también distante la *ratio decidendi*.

En este sentido, y soslayando la imprecisa redacción de dicha Disposición adicional, podemos hablar de la existencia de una línea doctrinal de este Tribunal a propósito de aquel procedimiento, que recordemos tiene por objeto servir de cauce a las demandas para dotar de efectividad a las resoluciones canónicas de nulidad matrimonial (SSTC 66/1982, 65/1985 y 209/1991). Pero es en la STC 93/1983 donde, en sus fundamentos jurídicos 2.º y 3.º, se examina detalladamente tan singular instrumento procesal donde se contempla una primera intervención judicial para el supuesto de que no haya contradicción ‘dejando a salvo el derecho de las partes en caso de oposición, para formular su pretensión en el proceso correspondiente’, por lo que no podría fundarse la vulneración del art. 24.1 CE en el sentido de que procedía dictar una resolución de fondo, ‘porque es lo cierto que corresponde al Juez, por tra-

tarse de un tema de legalidad, valorar si tal oposición puede calificarse o no de formularia y si se traduce en una pretensión razonada, apreciación de legalidad en cuyo examen no puede entrar este Tribunal salvo en los casos en que por ser manifiestamente irrazonada incida en el ámbito del art. 24.1 de la Constitución'. Ahora bien, aquí se trata de un Auto por el que el Juzgado puso fin a las actuaciones, ordenando el archivo de las mismas, sin entrar en el fundamento de la oposición formulada por la esposa, ni si la resolución canónica, cuya eficacia civil se solicitaba, se ajustaba al Derecho español.

En otra, que es precisamente la Sentencia que sirve de apoyo a la argumentación de la actual demandante, STC 265/1988, se trataba de una decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado frente a la cual no hubo posibilidad de defensa al dictarse en rebeldía; el juez que conocía la demanda en solicitud de la eficacia civil acordó la ejecución de la resolución canónica pese a haberse formulado oposición por la parte comparecida posteriormente en el citado procedimiento civil, en razón de que 'queda a salvo el derecho de las partes para formular su pretensión en el procedimiento correspondiente', negando, además, toda eficacia al precepto sustantivo que, a los efectos de la concesión de fuerza civil a tales resoluciones, impone la observancia, entre otros, del requisito contenido en el art. 954.2 LEC. Por ello, tal actuación judicial motivó que este Tribunal estimara que en tal caso se había producido una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En la situación que ahora nos ocupa los rasgos característicos son muy distintos. En efecto, la hoy demandante formuló oposición a la demanda pero, y a pesar de lo que dice en sus alegaciones, no existió, como viene a reconocer, una situación procesal de rebeldía ante la instancia eclesiástica. Al contrario, como recuerda el Fiscal, la recurrente pudo intervenir en todos los trámites del procedimiento de nulidad canónica, ha

conocido su desarrollo en todo momento y ha seguido la conducta procesal que ha estimado más conveniente. Conviene subrayar, pues, esta singularidad ya que aquí (a diferencia del supuesto enjuiciado en la STC 265/1988), no existe una posible circunstancia obstativa a la concesión de efectos civiles a la nulidad canónica, esto es, al haberse dictado en rebeldía (art. 954.2 LEC). Además, no podemos desconocer que en este caso concreto el matrimonio estaba disuelto por la causa contemplada en el núm. 1 del art. 86 CC, y la Sentencia canónica sólo vino a confirmar el origen y la realidad de la falta de convivencia entre los cónyuges, causa del divorcio, por lo que no se puede admitir que la Sentencia canónica haya atacado el valor de cosa juzgada de la civil de divorcio. En la jurisdicción civil la cosa juzgada, *res iudicata*, se delimita por la pretensión actual o potencial en el proceso correspondiente y sólo puede afectar a quienes habiendo participado en él o habiendo desaprovechado la oportunidad de hacerlo, sean los destinatarios directos y explícitos de la decisión judicial, figurando como tales en la parte dispositiva o fallo. Así las cosas, no se puede considerar que el Auto impugnado haya producido indefensión a la demandante, contraviniendo su derecho a la tutela judicial efectiva. Porque, si bien es cierto que aquella había manifestado oportunamente su oposición, no lo es menos que ésta ha de ser formulada en términos razonados (que excluyen toda posible imputación de conveniencia u oportunismo) (fundamento jurídico 3.º de la STC 265/1988).

El derecho a poder dirigirse a un Juez en busca de protección para hacer valer el derecho de cada quien tiene naturaleza constitucional por nacer directamente de la propia Ley suprema; y no puede haber dudas acerca de la extensión y los límites de dicha inicial actividad del Juez en la aplicación del Derecho. En este caso, los criterios jurídicos esenciales determinantes de la decisión están contenidos en el Auto, sin que pueda tildarse de irrazonablemente erróneo el re-

sultado de dicha actividad judicial que concede, a solicitud de una de las partes, los efectos civiles de la Sentencia canónica que había decretado la nulidad del matrimonio; y, ello, una vez que el Juez había acreditado que el Derecho aplicado por el Tribunal Eclesiástico era acorde con la normativa del Estado. No existe aquí indefensión alguna desde el punto de vista constitucional y des-

de una perspectiva de fondo, y si bien en este especial procedimiento, es cierto que no cabe recurso alguno, no lo es menos que el derecho a que se revise la respuesta judicial, meollo de una tutela que muy bien puede agotarse en sí misma, es un derecho cuya confirmación se defiere a las leyes. Son, por tanto, cualitativa y cuantitativamente distintos”.

I. FILIACIÓN

1. *Legitimación en el procedimiento de reclamación de paternidad.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 11 de mayo de 1999.

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

Prórroga de la legitimación de la madre para reclamar la filiación del menor cuando éste adquiere la mayoría de edad a lo largo del procedimiento y no consta la oposición expresa del hijo al reconocimiento solicitado.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Pilar interpuso demanda de menor cuantía contra D. Lucinio solicitando que se dictase sentencia declarando que el demandado es el padre de la menor María de los Ángeles.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Figueras dictó sentencia estimando la demanda y declarando que la menor M.ª de los Ángeles es hija de D. Lucinio.
- En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Gerona dictó sentencia el 28 de febrero de 1994 desestimando el recurso interpuesto por D. Lucinio.
- D. Lucinio interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Denuncia el recurrente la infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales al entender que se ha violado el artículo 9.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no tener en cuenta la Sala sentenciadora que el procurador de la parte actora cesó en su representación procesal, al agotarse la representación legal de su poderdante, madre de la menor cuya paternidad se reclamaba, al haber cumplido ésta, pendiente el proceso, la mayoría de edad.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre cuestión semejante (STS de 22 de marzo de 1999) reiterando la doctrina anterior (STS de 29 de abril de 1994), que establece: “frente al criterio de que es el hijo, en realidad, quien tiene legitimación y no la madre que no puede reclamar en nombre propio, la legitimación activa de la madre para reclamar se basa en su evidente interés jurídico, apoyado no sólo en una inequívoca relación de naturaleza moral y física, sino en el Derecho positivo vigente y en la jurisprudencia de esta Sala”. El problema, por ello, enseña la referida Sentencia de 22 de marzo de 1999 ya citada, “no reside tanto en una cuestión de cese de la representación legal, por mayoría de los hijos, como en una prórroga de la legitimación, ‘en virtud del principio de la *perpetuatio legitimationis*’ (STS de 15 de marzo de 1991), perfectamente admisible, cuando como en el caso presente, no consta oposición expresa de la hija a tal reconocimiento.

En segundo lugar sostiene el recurrente que la sentencia recurrida ha violado el art. 1253 del CC, discrepando de las legítimas inferencias que obtiene el juzgador de instancia de la negativa injustificada del recurrente a someterse a las pruebas biológicas

de investigación de la paternidad en unión del documento privado, cuya firma fue averada por perito calígrafo, en el que aquél asumía el compromiso de reconocer la paternidad, cuando naciera la hija de D.^a Pilar. Tal documento, en efecto, literalmente dice: “En Lérida a diez de agosto de mil novecientos setenta y tres. El abajo firmante don Lucinio, mayor de edad, soltero, vecino de Valencia de don Juan (León), de su mutua y espontánea libertad, declara bajo juramento: Que sabe y le consta a ciencia cierta que la señorita María del Pilar, asimismo vecina de Valencia de don Juan, está embarazada en el día de la fecha, debiendo dar a luz, en cuyo momento el firmante se compromete formalmente a reconocer la paternidad sobre el mismo. Y para que así conste, se firma en el lugar y fecha que antes se indica”. No repara el recurrente —señala el Tribunal Supremo— que conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, aunque no pueda atribuirse a dicha negativa valor de *facta confessio*, sí equivale a un valioso indicio que conjugado con otros medios de prueba, como es el señalado, permite declarar la filiación (STS 11 de marzo y 12 de abril de 1988, entre otras muchas).

Por tanto, tal indicio valioso cuya importancia acentúa cada vez más la más reciente jurisprudencia, puesto en conexión con otros elementos de prueba —que no tienen que ser plenos, sino también indiciarios—, de las que verosíblemente se colija la relación convivencial con la pareja o las probables ocasiones procreadoras, son suficientes para declarar el referido reconocimiento, tanto más cuanto en el caso el recurrente ya estaba dispuesto a reconocer al hijo, si la gestación llegaba a buen fin.

2. *Práctica de la prueba biológica.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 4 de mayo de 1999.

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

Validez de la prueba biológica de paternidad practicada por un organismo distinto al que propuso el demandado.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Ana interpuso demanda de menor cuantía contra D. Frutos solicitando que se dictase sentencia declarando la paternidad del demandado respecto del menor Antonio.
- D. Frutos contestó a la demanda alegando la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, y solicitó su desestimación.
- El Juzgado de Primera Instancia núm. 53 de Madrid dictó sentencia el 29 de abril de 1994 estimando la demanda y declarando la paternidad del demandado respecto del menor Antonio.
- En grado de apelación, la Sec. 20.ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia el 31 de marzo de 1995 desestimando el recurso interpuesto por D. Frutos.
- D. Frutos interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Denuncia el recurrente el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio al no haberse practicado, a pesar de haber sido admitida desde el principio, la prueba propuesta, consistente en que por la Escuela de Medicina Legal, y previa extracción de las correspondientes muestras de sangre de D. Frutos, D.ª Ana María, y del menor Antonio, se practiquen las siguientes pruebas: a) estudio de grupos sanguíneos completos; b) estudio de antígenos de histocompatibilidad

HLA, incluyendo variantes de Bf (factor B del complemento) y C4; c) estudio de “huellas” genéticas de DNA con técnica de minisatélites. Todo a fin de que, a la vista del resultado de las mismas, se informe si con absoluta certeza y sin margen de error alguno, D. Frutos es o no el padre del menor Antonio.

Dicha prueba no pudo practicarse por dicho organismo por la imposibilidad que ma-

nifestó debida al cúmulo de trabajo que pesaba sobre el mismo. En vista de lo cual, el juzgado acordó como diligencia para mejor proveer que la prueba se practicara por el Instituto Nacional de Toxicología, centro de notoria reputación científica, con los resultados positivos acerca de la paternidad que impugna el recurrente.

Sostiene el recurrente que la solicitud de que la prueba pericial médica se practicara en la Escuela de Medicina Legal, y no en otro sitio, no fue algo caprichoso, sino justificado en el hecho de que las pruebas concretas interesadas tan sólo se realizan en aquélla, única que, en Madrid, dispone del material e instrumental necesario para ello. Posteriormente, en escrito de resumen de pruebas, y no obstante insistir en que dicha Escuela de Medicina Legal es la única que dispone del adecuado instrumental en orden a los análisis solicitados, acaba por aceptar que la pericia se practique por el Instituto Nacional de Toxicología, y ello conociendo que por este organismo no podían realizarse algunos de aquellos informes inicialmente interesados.

Se atisba de todo ello —señala el Tribunal Supremo— y de las ulteriores actitudes de dicha parte, que el final sometimiento a la práctica de la prueba de grupos sanguíneos revela una intención de aceptar sus resultados tan sólo si los mismos eran favorables a sus intereses, y rechazarlas en el supuesto contrario, bajo la retorcida argumentación de lo insuficiente de los análisis efectuados, que de antemano se conocía no podían extenderse a determinados extremos propuestos, no obstante lo cual se acepta la realización “incompleta” de aquellos, para ulteriormente rebatir sus resultados, con alegatos no apoyados por dictamen médico alguno que revele, con cierto grado de credibilidad científica, que el estudio propuesto de antígenos y de huellas genéticas de DNA con técnicas de minisatélites, pueda desvirtuar, y en consecuencia, hacer poco fiable, el dictamen emitido por el Instituto Nacional de Toxicología que, basado en la investi-

gación de grupos sanguíneos eritrocitarios, proteínas plasmáticas e insoenzimas eritrocitarias y antígenos leucocitarios (sistema HLA), ofrece unos resultados que se sitúan en el último peldaño de la escalera de K. Hummel y colaboradores, como paternidad prácticamente probada; y no habiéndose ofrecido a la consideración del Tribunal datos objetivos que permitan dudar de la exactitud de tales conclusiones científicas, emanadas de un organismo de indiscutido prestigio, las posibles mejoras a través de otras técnicas complementarias es evidente que no pueden provocar, ante los contundentes resultados que arroja dicha pericia, la revocación de la sentencia de instancia que pretende el apelante; siendo al respecto de recordar, como plenamente aplicables al caso, las consideraciones contenidas en STS de 18 de febrero de 1992, que expresaba que “no resulta procedente efectuar descalificaciones de organismos o personas cuando sus razonadas opiniones no son todo lo favorables que uno desearía; ni cabe hablar de indefensión, aduciendo la problemática posibilidad de que otro informe pericial pudiera ser más beneficioso para los intereses que se defienden”. Consecuentemente al no haberse violado ninguna forma esencial, ni haberse producido indefensión por la parte, procede desestimar el motivo; ya que no es doble además, combatir en casación la valoración de la prueba pericial.

En otro orden de cosas, el recurrente entiende que se ha vulnerado el art. 127 CC en lo referente a la exigencia de un “principio de prueba” para la admisión de la demanda, alegación que es igualmente desestimada por el Tribunal Supremo, ya que, como tiene declarado este Tribunal (STS de 3 de diciembre de 1991) con una interpretación “espiritualizada” del concepto de principio de prueba, que ni siquiera es necesario que éste tenga que plasmarse en determinado documento acompañatorio, sino que basta con que en la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado y de este modo, llevar a cabo un control de la razonabilidad de la

demanda. En efecto, el requisito procesal del párr. 2.º constituye un complemento tendente a procurar la seriedad de la demanda, pero nunca una restricción, ni un obstáculo a la posibilidad que abre la CE. Desde esta perspectiva, debe propugnarse, como más concorde con el dictado de nuestra Carta Magna, una interpretación del principio de prueba que no convierte en elemento formal de rechazo la falta de incorporación

de un escrito que contenga el mentado “principio de prueba” a la demanda, bastando con que se presente o muestre (mostrar es sinónimo de presentar) con la demanda (no necesariamente en escrito aparte), o sea en el cuerpo de su escrito, referencias concretas a medios de prueba a practicar, que contribuyan a conferir al sustento fáctico de la petición, credibilidad y verosimilitud, aunque luego no prospere la demanda.

3. *Prueba biológica.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de mayo de 1999.

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

No existe precepto legal alguno que establezca los requisitos para la eficacia del mandato judicial de someterse a las pruebas biológicas de filiación. Validez de la negativa expresa de la parte a someterse a las pruebas biológicas de determinación de la filiación hecha a través de su Procurador.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Natividad interpuso demanda de menor cuantía contra D. Alfonso solicitando que se dictase sentencia declarando que el demandado es el padre biológico de su hijo.
- El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Las Palmas dictó sentencia con fecha 11 de octubre de 1991 estimando la demanda y declarando que el menor Jonathan es hijo no matrimonial de don Alfonso con todos los efectos legales inherentes a esta filiación que se declara, condenando al demandado a estar y pasar por esta declaración y al pago de las costas de este pleito.
- En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria dictó Sentencia con fecha 2 de junio de 1994 desestimando el recurso interpuesto.
- D. Alfonso interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo que fue desestimado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Como suele ser habitual en este tipo de recursos, se cuestiona por el recurrente que la negativa a someterse a las pruebas de paternidad no puede constituir una *ficta confessio* y que se trata sólo de un indicio que tiene que estar acompañado de otras pruebas y que la negativa ha de ser manifestada por la propia persona, no expresada a través de su representación procesal. Entiende el recurrente que estas últimas circunstancias no han ocurrido en este litigio y no han existido otras pruebas incontrovertibles que, junto a la negativa, puedan convencer de la existencia de una relación de paternidad. Respecto a estas alegaciones el Tribunal Supremo vuelve a insistir en que la casación no es una tercera instancia donde se pueda examinar todo el material probatorio de nuevo por esta Sala, sino que la misma sólo ha de corregir los errores de derecho que pudieran haberse cometido en la instancia al realizar la valoración antedicha, para lo cual han de citarse los preceptos atinentes a ella que se reputen infringidos y las razones en que se base la acusación. Nada de esto se hace, sino que se sustituye por un mero alegato de instancia.

En cuanto a la práctica de la prueba biológica señala el recurrente que no fue citado por el Juzgado personalmente en su domicilio para su práctica; que no se le advirtió de las consecuencias de negarse a ello; que nunca se negó a someterse a las pruebas en comparecencia ante el Juez. Pero estas alegaciones, como señala el Tribunal Supremo, no pueden acogerse porque: 1.º No existe precepto legal alguno que establezca los requisitos que el recurrente arbitrariamente determina para la eficacia del mandato judicial de someterse a las pruebas biológicas de filiación. 2.º Que mediante escrito de su Procurador, que manifestaba seguir expresas instrucciones del demandado, éste se negaba a concurrir al Instituto de Toxicología de Sevilla donde debían efectuarse las tan referidas pruebas, alegando el art. 15 de la

Constitución, por las consecuencias que ello podía causarle en su entorno social y en su convivencia matrimonial, además de que no se sentía obligado porque no existieron jamás relaciones sexuales con la actora. Así las cosas, es patente que el Procurador del demandado, hoy recurrente, no fue más que un mero nuncio o portador de la voluntad de su representado, no formó o sustituyó con la suya la de éste, además de que la actual doctrina de esta Sala (Sentencias de 13 de diciembre de 1994 y 7 de octubre de 1995) admite la validez de la negativa expresa de la parte a someterse a las pruebas biológicas de determinación de la filiación, hecha a través de su Procurador.

También sostiene el recurrente que se han vulnerado los artículos 15 y 18 de la Constitución y ello en base a que no tuvo un requerimiento personal para la práctica de las pruebas de la paternidad, sino que fue a través de su representación procesal, habiendo planteado la defensa técnica por su Letrado sin advertirle de las consecuencias que podrían derivarse de no realizar esa prueba, que no se practicó en realidad, por obstáculos procesales de desplazamientos y que si hubiese tenido un requerimiento personal se hubiera sometido a la misma. Aun así, en atención al derecho a la intimidad reconocido en el art. 18 de la Constitución, podía haberse negado a esa prueba de la paternidad puesto que está amparado constitucionalmente, y cree que se han vulnerado tales Derechos pues los Tribunales de instancia han partido de una *ficta confessio*, en vez de reconocer este derecho a la intimidad, han invertido el sentido del mismo y le han otorgado un carácter sancionador, ya que mi mandante ha sido declarado padre de Jonathan. El motivo se desestima, señalando el Tribunal Supremo que la obligación de someterse a las pruebas biológicas, cuando han sido ordenadas dentro del proceso razonadamente por la autoridad judicial, ha sido mantenida por la jurisprudencia del Tribu-

nal Constitucional por prevalecer el interés social y orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, no infringiéndose con ello ni el derecho a la integridad física ni el derecho a la intimidad (Sentencia de 17 de enero de 1994), doctrina que esta Sala ha seguido en sus Sentencias, entre otras, de 29 de abril y 18 de mayo de 1994 y 8 de marzo de 1995. De acuerdo con la misma, son rechazables las excusas del recurrente para no cumplir con su obligación en este proceso. También son rechazables, por las razones expuestas, las alegaciones en favor de la pretendida naturaleza personalísima de la negativa, y el que la sentencia recurrida haya dado valor de confesión a la negativa a someterse a la práctica de pruebas biológicas. Basta la lectura de la sentencia

recurrida para apercibirse de que aquella negativa no pasó de ser un indicio que se valoró con el resto de las pruebas para dictar el fallo contrario al recurrente.

Otro motivo de oposición del recurrente se basa en la infracción de lo establecido en el artículo 1248 CC, ya que entiende que se ha otorgado injustamente valor a las declaraciones testificales cuando algunos de los testigos eran parientes o compañeros de trabajo de la actora. El motivo se desestima por el Tribunal Supremo, pues es constante la jurisprudencia de la Sala en su doctrina de que la prueba de testigos no es impugnabile en casación (Sentencias, entre otras, de 20 de diciembre de 1991, 11 de abril de 1992, 12 de septiembre de 1996 y 17 de abril de 1997).

4. *Citación para práctica de la prueba biológica a través del Procurador.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 19 de junio de 1999.

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

Imposibilidad de alegar en casación defectos procesales en la tramitación del procedimiento de reclamación e impugnación de paternidad en la primera instancia cuando los mismos no fueron alegados en fase de apelación.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a M.^a Edite, en nombre de su hijo, interpuso demanda de menor cuantía contra D. Rafael Antonio, D. Julio y contra el Ministerio Fiscal, solicitando se dicte sentencia declarando la paternidad del demandado D. Julio, con respecto al menor antes citado y la no paternidad del demandado D. Rafael Antonio, con respecto al mismo menor.
- Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de la parte demandada D. Julio, se contestó la misma, en la que terminaba suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación: "...dictar en su día sentencia desestimándola y absolviendo de la mis-

ma a mi representado D. Julio y con expresa imposición de costas a la parte actora”. Por providencia de 28 de abril de 1992, es declarado en rebeldía el demandado D. Rafael Antonio.

- El Juzgado de Primera Instancia número Trece de los de Valencia dictó sentencia con fecha 28 de octubre de 1992, estimando íntegramente la demanda.
- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de D. Julio que fue resuelto por la sec. 8.^a de la AP de Valencia en 30 de septiembre de 1994 desestimando el recurso interpuesto.
- D. Julio interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Basa el recurrente sus motivos de impugnación en aspectos puramente procesales, afirmando que se le ha producido indefensión por haberse quebrantado las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia y de las que rigen los actos y garantías procesales. La base del motivo lo encuentra la parte que lo alega en dos datos: a) la negativa de D. Julio a someterse a las pruebas biológicas, y que la citación para que realizara tal prueba se hizo no directamente, sino a través de su Procurador en contra de lo prevenido en el artículo 271 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y b) Que para la práctica de la prueba de confesión, se hizo una sola citación con dos llamamientos, lo que contraviene lo dispuesto en el artículo 583 de la Ley Procesal. Y que con arreglo a tales datos la Audiencia tenía que haber aplicado lo dispuesto en los artículos 238.3 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y por ello haber decretado la nulidad de lo actuado.

A tal efecto señala el Tribunal Supremo que la parte que ahora alega tales defectos

no hizo nada para hacerlos resaltar en la fase de apelación, por la simple circunstancia de que tal actitud procesal del demandado y ahora recurrido le era favorable y además las consecuencias de la actitud negativa del mismo en tales pruebas —pericial y confesión—, habían servido como substrato de la *ratio decidendi* de la sentencia de primera instancia. Todo lo cual lleva a la conclusión ineludible que la parte recurrente no sufrió los efectos nefastos de una situación de indefensión, desde el instante mismo en que hubiera podido hacer valer tales defectos procesales en la fase de la apelación. Y por ello no se puede ahora dar lugar a la pretendida casación, ya que para el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, necesita ir acompañada de una petición previa de subsanación de la falta o transgresión al órgano competente, y además que dicha infracción o quebrantamiento formal haya producido indefensión (SS. de 10 de abril de 1991, 9 de diciembre de 1993, 27 de febrero de 1995 y 27 de mayo de 1997, entre otras muchas).

II. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

1. GESTIÓN, ADMINISTRACIÓN Y RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES GANANCIALES

1.1. *Responsabilidad de los bienes gananciales por deudas de uno de los cónyuges.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 2 de junio de 1999.
Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.

Habiéndose embargado bienes gananciales por las deudas privadas del esposo, la esposa conecedora de la demanda ejecutiva contra su esposo debió de hacer uso de la facultad que le otorga el art. 1373 CC, en lugar de interponer una frustrada tercería de dominio.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Bárbara instó demanda de menor cuantía contra la entidad bancaria B. solicitando que se dictase sentencia declarando la inembargabilidad de los bienes relacionados por el afianzamiento prestado por D. Luis (esposo de la actora) a unas pólizas de crédito, sin contar con el consentimiento de la misma, condición indispensable para su exigibilidad sobre bienes gananciales y ordene se alce el embargo trabado sobre los mismos, condenando en costas a la demandada en caso de temeraria oposición.
- El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Marbella dictó sentencia el 11 de diciembre de 1993 desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 5.^a de la Audiencia Provincial de Málaga dictó sentencia el 30 de septiembre de 1994 desestimando el recurso interpuesto por la Sra. Bárbara.
- D.^a Bárbara interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Sostiene la recurrente que se han infringido los arts. 1367 y 1378 CC y la doctrina que los interpreta, ya que entiende que la entidad bancaria demandada no podía embargar bienes gananciales por deudas privadas de su esposo en el procedimiento ejecutivo que siguió en su contra, ante el impago de un préstamo que le concedió al amparo de la correspondiente póliza, la cual no figura firmada por la recurrente como fiadora. El motivo es desestimado por el Tribunal Supremo, porque nada tiene que ver con el precepto aplicado por la sentencia de primera instancia, confirmada por la Audiencia, que es el art. 1373 CC. Partiendo de que la deuda tiene un carácter privativo, la mencionada sentencia, de acuerdo con dicho precepto, considera que el acreedor puede embargar bienes gananciales por deudas propias de un cónyuge en las condiciones

que allí se prevén. En este motivo incomprensiblemente se prescinde del art. 1373 CC, no se cita como infringido, bien por no darse el supuesto en que se puede aplicar, bien porque no se dan los efectos jurídicos queridos por el legislador. En su lugar, se argumenta en la naturaleza privativa que posee la deuda del esposo de la recurrente, cuando esto ha sido aceptado expresamente en la instancia. El pleito, en realidad, ha sido estructurado inadecuadamente a la cuestión litigiosa, porque la recurrente, conocedora de la demanda ejecutiva contra su esposo (folios 116 y 117), debió de hacer uso de la facultad que le otorga el art. 1373 CC, en lugar de interponer una frustrada tercera de dominio, y de solicitar ahora una declaración de inembargabilidad de los bienes trabados improsperable también de acuerdo con el tan repetido art. 1373 Código Civil.

1.2. *Embargo de bienes gananciales adjudicados a uno de los cónyuges después de la disolución de la sociedad.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 5 de junio de 1999.

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

Aun cuando la escritura de capitulaciones matrimoniales en la que los cónyuges liquidan la sociedad de gananciales es anterior a la fecha del embargo, no procede estimar la tercera de dominio ya que dicha escritura fue inscrita en el Registro de la Propiedad con posterioridad a la fecha de la traba.

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña Severina y D. José mediante escritura pública de 21 de abril de 1992 establecieron el régimen económico de la sociedad conyugal como el de separación de bienes, liquidando la sociedad de gananciales y adjudicándose a cada uno de los esposos determinados bienes.

- Con fecha 3 de febrero de 1993 en juicio ejecutivo seguido a instancia de la entidad bancaria B. contra D. José, se embargaron una serie de bienes que fueron adjudicados a D.^a Severina.
- Con fecha 23 de marzo de 1993 se procedió a inscribir en el Registro de la Propiedad la escritura de capitulaciones matrimoniales.
- D.^a Severina formuló demanda de menor cuantía contra la entidad bancaria B. y contra su esposo D. José solicitando que se dicte sentencia por la que se deje sin efecto y levante la traba practicada sobre determinados bienes en juicio ejecutivo, ordenando la cancelación de las anotaciones preventivas practicadas, con imposición de las costas a los codemandados.
- El Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Granada dictó sentencia con fecha 7 de septiembre de 1993 desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 3.^a de la AP de Granada dictó sentencia con fecha 14 de octubre de 1994 confirmando la sentencia recurrida.
- D.^a Severina interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El primer motivo de impugnación lo centra la recurrente en la infracción del art. 359 de la LEC al entender que se ha cometido una incongruencia *extra petitum* al absolver al demandado por motivo distinto a los alegados y debatidos en el litigio, y por haber denegado lo que ha sido cuestionado por las partes. Dicho motivo es estimado por el Tribunal Supremo con la siguiente argumentación: “En principio hay que afirmar que la incongruencia procesal no es aplicable a sentencias absolutorias o desestimatorias de la demanda; pero esto que es un principio avalado por reiterada y constante doctrina jurisprudencial, tiene excepciones, y una de ellas, aplicable al caso controvertido, es cuando la *ratio decidendi* de la sentencia absolutoria se basa en una alteración de la causa de pedir o la respuesta judicial no guarda coherencia alguna con los temas suscitados (Sentencias de 5 de noviembre de 1981 y 17 de octubre de 1995, entre otras). Efectiva-

mente en la sentencia recurrida se trae a colación para fundamentar su fallo la doctrina de simulación de los negocios jurídicos con designios fraudulentos, en concreto una modificación de régimen económico matrimonial y una liquidación, como consecuencia, de una sociedad legal de gananciales con el fin de perjudicar los derechos de un presunto o futuro acreedor. Pues bien, dicha doctrina —que sería la causa de pedir—, no ha sido esgrimida ni siquiera colateralmente, por la parte demandada, por lo que supone claramente, se vuelve a repetir, estimar la existencia de un negocio jurídico disimulado —incluso con fines fraudulentos— si el demandado bien por vía de reconvencción, bien como excepción no lo plantea, hace que el fallo derivado de la tal estimación ha incurrido en el vicio de la incongruencia”.

Declarada la incongruencia y entrando en el fondo del asunto, señala el Tribunal Supre-

mo que no puede prosperar la pretensión de la tercería de dominio planteada, ya que como reiteradamente tiene declarado la Sala, el principio de seguridad jurídica y el principio de *potior in tempore*, hacen que al ser anterior la traba a la inscripción registral, debe

prevalecer aquélla, puesto que no produce efectos a tercero la disolución de la sociedad patrimonial de gananciales hasta que la misma no tenga plasmación en el Registro de la Propiedad y el Registro Civil. Circunstancia que no se da en el presente caso.

2. LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

2.1. *Valoración de bienes e improcedencia de la venta en pública subasta.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de marzo de 1999.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Menéndez Hernández.

Improcedencia de la venta en pública subasta de los bienes gananciales solicitada por uno de los cónyuges cuando los bienes son divisibles y no desmerecen su valor por la misma.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Eugenio formuló demanda de menor cuantía contra D.ª María solicitando que se dicte sentencia por la que se proceda a la liquidación de la Sociedad de Gananciales habida entre ambos, liquidando y adjudicando los bienes en la forma que se propone en la demanda y de esta forma ejecutar la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de esta capital.
- D.ª María contestó a la demanda solicitando su desestimación por apoyar la liquidación que se solicita en un inventario que no se ajusta a la realidad, pretendiendo perjudicar los derechos de los hijos comunes y obviar las obligaciones que ambas partes tienen para con ellos, aseguradas en el plano económico por los bienes gananciales. Alternativamente, solicitó que se formase un riguroso inventario de los bienes y obligaciones de la sociedad de gananciales, y una vez hecho esto, “se realice el sobrante, adjudicándolo por mitad a ambas partes”.
- El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de los de Madrid dictó sentencia el 10 de septiembre de 1992, estimando parcialmente la demanda declarando que del patrimonio de la sociedad de gananciales corresponde a don Eugenio la cantidad de 12.722.050 ptas. más el 50% del saldo que será determinado en ejecución de sentencia, de la cuenta corriente abierta en el Banco

C., adjudicándole en pago de dicho haber la vivienda sita en la Avda. de Betanzos, más el citado saldo, debiendo abonar en compensación a doña María la suma de 995.900 ptas. De su patrimonio corresponde a doña María la cantidad de 12.722.050 ptas. más el 50% de la cuenta corriente anteriormente citada a la fecha señalada, adjudicándole en pago de dicho haber la otra vivienda propiedad de la sociedad de gananciales sita en el mismo edificio, más el 50% de la cuenta corriente citada, más el ajuar familiar a que hace referencia el fundamento segundo y cuarto de esta sentencia, más 995.900 ptas. que deberá abonarle el actor.

- En grado de apelación, la Sec. 8.^a de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia el 14 de julio de 1994 desestimando el recurso interpuesto por D.^a María.
- D.^a María interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En la sentencia se analizan dos cuestiones relacionadas con la liquidación de la sociedad de gananciales: por un lado, la valoración del ajuar familiar y las mejoras realizadas en un bien ganancial y, por otro, la petición de uno de los cónyuges de que los bienes gananciales se saquen a pública subasta.

1. Valoración del ajuar familiar y de las mejoras llevadas a cabo en un bien ganancial con dinero ganancial.

La prueba pericial practicada oportunamente patentizó que los dos pisos (adjudicado uno a cada cónyuge) existentes en el acervo conyugal tenían el mismo valor, por ser de idénticas características, superficie y ubicación dentro del mismo edificio. La única diferencia entre ellos radica en la mejora realizada en el perteneciente al marido. Y para neutralizar esta ventaja es por lo que se dispuso por el Juzgado de Primera Instancia que el marido abonase a la mujer, por vía de compensación, una cifra equivalente al montante económico de la mejora. Esta decisión no se cuestionó ni por la Audiencia

Provincial ni por los Letrados de las partes en ninguna de las instancias. Y sin embargo no es procedente en derecho la magnitud compensatoria establecida. La compensación sí era preceptiva, pero no con la amplitud acordada. Porque la mejora, al ser realizada con dinero ganancial, constituía necesariamente un bien ganancial y debió ser imputada a medias a los cónyuges. Es decir que el marido ostentaba, por atribución ganancial, un derecho a la mitad de la mejora y sólo debió abonar a su esposa el equivalente monetario de la mitad que retenía. Por ello, al entregar a su ex cónyuge (extrayendo el dinero de sus bienes privativos) la totalidad del valor de la mejora, está enriqueciéndole con un 50% de ese dinero, procedente de sus bienes privativos. Por un error, está dando más de aquello a lo que legalmente venía obligado. Se ha generado un enriquecimiento sin causa de la esposa. Sin embargo, esta Sala no puede matizar la sentencia recurrida en el sentido indicado, porque la rectificación no ha sido solicitada por las partes, ya que, de otro modo, se provocaría una incongruencia entre el fallo y el *petitum* por lo que exponemos esta consideración jurídica, con alcance, exclusivamente de *obiter dictum*.

El ajuar doméstico también tiene la consideración de bien ganancial. Por ello también se produjo un error al restar su estimación económica total del valor de la mejora del piso adjudicado al marido, cuando en realidad sólo debió computarse en el juego de la compensación el 50% del valor del ajuar, por cuanto el otro 50% era atribuible en propiedad a la mujer adjudicataria, como consecuencia de la liquidación de la sociedad de gananciales. Aunque se ha solicitado la rectificación de esta irregularidad atributiva, por motivos de necesaria congruencia con la compensación de la mejora, que también debió atribuirse por mitades a los cónyuges, esta petición no trascenderá al fallo estrictamente considerado.

2. Venta en pública subasta de los bienes gananciales.

La recurrente solicita la venta en pública subasta del inmueble mejorado para, posteriormente, repartir el precio entre los consortes separados, pero entiende el Tribunal Supremo que esta pretensión no es admisible. La venta de los bienes comunes para convertirlos en dinero, viabilizando de esta forma el más fácil y equilibrador reparto del numerario, no es una facultad omnimoda de los copropietarios, ejercitable en todos los casos de extinción del condominio, sino que está restringida por el art. 1062 CC. Este

precepto marca perfectamente las fronteras de los supuestos en los que se puede pedir la venta en pública subasta en estos términos literales: “Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división podrá adjudicarse a uno a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero”, “Pero bastará que uno sólo... pida su venta en pública subasta y con admisión de licitadores extraños para que así se haga”. No se dan en el caso que nos ocupa los presupuestos para reclamar con éxito la venta del piso mejorado, porque los apartamentos equivalentes de un mismo edificio no son indivisibles (sobre todo si se ha adjudicado a cada uno de los consocios un piso equivalente) ni desmerecen por una división, que en ningún momento se ha intentado, sino que, por el contrario, se ha obviado mediante la adjudicación a cada uno de los consortes de una cosa distinta. Bien es cierto que el art. 1062 se refiere específicamente a la partición entre herederos. Pero también es verdad que a esta norma se refiere, por invocación expresa, el art. 1410 CC, según el cual “en todo lo no previsto... sobre ventas de bienes, división del caudal... y demás que no se halle expresamente determinado, se observará (como vemos es norma imperativa, que no permite condescendencias interpretativas) lo establecido para la partición y liquidación de la herencia”.

2.2. Calificación de bienes tras la separación de hecho.

**Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 24 de abril de 1999.
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.**

Validez del arrendamiento de bienes gananciales realizado por un cónyuge que se hallaba separado de hecho y carácter ganancial de las rentas percibidas, sin perjuicio de incluir en el pasivo de la sociedad los gastos de todo tipo originados por estos bienes.

ANÁLISIS DEL CASO

- En el año 1961, los cónyuges D. José y D.^a Araceli, casados bajo el régimen legal de gananciales, compraron una casa y un huerto, sitios en el término municipal del Bordils. En el año 1964 se separaron de hecho, en cuya situación aún continúan.
- En el año 1976, mediante escritura pública de fecha 14 de diciembre de dicho año, D.^a Araceli compró el usufructo vitalicio de un piso sito en el término municipal de Salt. En el año 1983, mediante escritura pública de fecha 26 de agosto de dicho año, D.^a Araceli compró también la nuda propiedad del piso anteriormente dicho.
- En el año 1981, D.^a Araceli arrendó a los cónyuges D. José María y D.^a Marta la casa y el huerto sitios en el término municipal de Bordils.
- D. José interpuso demanda de menor cuantía contra su esposa D.^a Araceli y contra los consortes D.^a Marta y don José María F. R., solicitando que se declare (en base a la separación de hecho) la disolución de la sociedad de gananciales existente entre el actor y la demandada doña Araceli con efectos desde la presentación de esta demanda; se concrete como hecho inalterable el inventario de los bienes gananciales; se condene a doña Araceli a hacer la liquidación, partición y adjudicados del caudal social, atribuyéndose a cada uno de los cónyuges la titularidad dominical plena sobre los bienes que le sean adjudicados, en ejecución de sentencia por los trámites del juicio de testamentaria, dando plazo para ello, y supliendo el Juez la inactividad de la parte condenada, y a su costa; y se acuerde la nulidad del acto de gestión o arriendo unilateral sobre bienes gananciales.
- D.^a Araceli se personó en autos y contestó a la demanda solicitando su desestimación. El resto de demandados fueron declarados en rebeldía.
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 4 de Gerona dictó sentencia el 26 de octubre de 1993 estimando parcialmente la demanda y declarando disuelto el régimen económico de Sociedad de Gananciales que regía su matrimonio, concretándose como únicos bienes gananciales la casa sita en el término Municipal de Bordils, y huerto en el mismo municipio, acordando que la liquidación se efectúe en fase de ejecución de sentencia. Igualmente señala que no ha lugar a declarar la nulidad del arrendamiento convenido ente la esposa y los codemandados D.^a Marta y José María.
- En grado de apelación, la Sec. 2.^a de la AP de Gerona dictó sentencia el 1 de julio de 1994 desestimando el recurso interpuesto por D. José.
- D. José interpuso recurso de casación que fue estimado parcialmente por el Tribunal Supremo en el sentido de adicionar al inventario el importe de todas las rentas devengadas por el arrendamiento de los bienes gananciales desde la fecha de celebración del contrato hasta que quede practicada la

liquidación de la sociedad de gananciales y, como pasivo, el crédito que ostente doña Araceli contra la sociedad de gananciales por los gastos justificados de todo tipo que, con dinero privativo suyo, haya hecho en los dos referidos bienes gananciales.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Tres son las cuestiones que se suscitan en el presente recurso, en primer lugar la calificación jurídica de ganancial o privativo del inmueble adquirido por la esposa cuando se encontraba separada de hecho; en segundo lugar, la procedencia o no de declarar la nulidad del contrato de arrendamiento suscrito por ésta respecto a un bien ganancial en el mismo periodo en el que existía una separación de hecho entre los cónyuges; por último, el carácter ganancial o privativo de los frutos y rentas que generen los bienes gananciales durante la separación de hecho.

1. Carácter ganancial o privativo del inmueble adquirido por uno de los cónyuges durante la separación de hecho.

La sentencia de la Audiencia Provincial atribuye carácter privativo a dicho inmueble utilizando el siguiente razonamiento: "...Es por ello evidente que aunque el apelante cite como infringidas una serie de normas legales, ello no es así pues tales previsiones legales de orden económico están pensadas para la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales en la normalidad del matrimonio, esto es, en consideración a la vida en común de los esposos, y no en cambio para una situación como la de autos en que hay una separación de hecho desde el año 1964, y el bien, que se pretende ganancial, adquirido por la esposa varios años después de la separación de hecho, con su propio esfuerzo y trabajo, sin que el ahora apelante contribuyera en lo más mínimo, no ya económicamente, sino ni tan siquiera con la convivencia en la que la presunción que se establece en el artículo 1361 del Código Ci-

vil, encuentra su auténtico fundamento y razón de ser" (...) "En consecuencia la conceptualización de dicha finca como bien privativo de la esposa y no ganancial, deriva de la libre separación de hecho, desde el año 1964, que excluye la convivencia que es esencial en la sociedad de gananciales, exclusión que permite enervar la presunción de ganancialidad para el inmueble adquirido constante matrimonio pero años después de la ruptura convivencial, y que tiene apoyo legal en los preceptos sobre la buena fe y el abuso de derecho a que se refiere el artículo 7 del Código Civil, y en la necesidad de interpretar las normas con arreglo a la realidad social del tiempo que hayan de aplicarse (art. 3 del mismo Cuerpo Legal), pues no cabe olvidar que la unión de hecho también en la actualidad produce efectos jurídicos, en ocasiones análogos a la sociedad de gananciales, y podría darse el caso, si el actor convive de hecho con otra mujer, que pudiese participar en la liquidación simultánea de dos sociedades gananciales que no deben interferirse, esto es, la derivada de la convivencia matrimonial con la apelada debe computarse, a efectos de inventario, hasta el cese de la referida convivencia matrimonial".

Alega el recurrente que se ha infringido el art. 1393.3.º CC puesto que la sentencia recurrida declara que la sociedad de gananciales concluye por la no convivencia desde el año 1964 y que el inventario debe realizarse con los bienes adquiridos hasta tal fecha de cese de la convivencia, con apoyo en Sentencias de 13 de junio de 1986 y 17 de junio de 1988 y el principio general del abuso de derecho. Sostiene igualmente que las dos expresadas sentencias no son aplicables

a este supuesto litigioso, y además que en el caso de separación de hecho por mutuo acuerdo o por abandono del hogar, para que se produzca la disolución de la sociedad de gananciales se requiere decisión judicial a petición de uno de los cónyuges, mientras tal decisión judicial no se produzca, ha de considerarse subsistente tal sociedad y, por tanto, ha de atribuirse naturaleza ganancial a los bienes adquiridos a título oneroso por cualquiera de los cónyuges, no obstante la existencia de dicha separación de hecho.

El Tribunal Supremo desestima este motivo, ya que es reiterada doctrina (contenida no sólo en las dos sentencias anteriormente referidas, sino también en otras más recientes, como las de 23 de diciembre de 1992 y 27 de enero de 1998), que aquí se ratifica, la de que la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia mantenida hasta el momento de la muerte de uno de los cónyuges, pues entenderlo de otro modo significaría un acto contrario a la buena fe con manifiesto abuso de derecho que no puede ser acogido por los Tribunales en una interpretación acorde con la realidad social (artículo 3.1 del Código Civil), y que rota la convivencia conyugal, no cabe que se reclamen, por un cónyuge, derechos sobre unos bienes a cuya adquisición no contribuyó, pues tal conducta es contraria a la buena fe y conforma uno de los requisitos del abuso del derecho, al ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites éticos.

2. Eficacia del contrato de arrendamiento de un bien ganancial suscrito exclusivamente por uno de los cónyuges durante la separación de hecho.

La eficacia de este contrato lo razona la sentencia de la Audiencia Provincial de la siguiente forma: “No mejor suerte debe correr el segundo motivo del recurso por tratarse de un acto de administración el arrendamiento concertado con la esposa, pero es

que va contra sus propios actos quien, como el apelante, después de largos años de no preocuparse de la administración del bien ganancial, pretende ahora impugnar lo que tácitamente consintió con su pasividad y abandono en aquel aspecto”.

En el recurso, el esposo viene a sostener, en esencia, que para el arrendamiento de bienes gananciales, aunque se trate de un acto de administración, se requiere el consentimiento de ambos cónyuges, por lo que en el presente caso, al haber sido concertado el arrendamiento litigioso solamente por la esposa, debe ser declarado nulo.

Respecto a esta cuestión, señala el Tribunal Supremo que ha de tenerse en cuenta que son válidos los actos de administración de bienes gananciales realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren (artículo 1384 del Código Civil). Por otro lado, no puede desconocerse que los arrendamientos de bienes inmuebles, por tiempo que no exceda de seis años y que no sean inscribibles, tienen carácter de actos de administración, según reiterada doctrina de esta Sala (Sentencias de 5 de marzo de 1982, 8 de octubre de 1985, 30 de marzo de 1987 y 7 de marzo de 1996, por citar algunas). La situación litigiosa objeto del proceso a que este recurso se refiere se halla comprendida dentro de los parámetros que establecen el citado artículo 1384 del Código Civil y la mencionada doctrina jurisprudencial, pues la sentencia de primera instancia (cuyos razonamientos acepta íntegramente la aquí recurrida) considera probado, por una parte, que los dos aludidos bienes gananciales se hallaban en poder de la esposa, pues el marido (que residía en Francia) los tenía totalmente abandonados y no se ocupaba en absoluto de ellos, y, por otra, que el arrendamiento de dichos bienes, que no se halla sujeto a la prórroga forzosa, lo concertó la esposa por tiempo inferior a seis años, ya que se trata de un arrendamiento renovable, por voluntad coincidente de ambas partes, cada dos años.

3. Carácter de las rentas generadas por un bien ganancial durante la separación de hecho.

La sentencia de la Audiencia Provincial no se pronunció sobre esta cuestión, pero al confirmar íntegramente la dictada por el juzgado de 1.ª Instancia, se hace preciso conocer el fundamento jurídico que utilizó el Juez para calificar estas rentas como privativas y que no es otro que, como la esposa, durante el largo período de separación de hecho, ha tenido que pagar los gastos de todo tipo generados por los dos aludidos bienes gananciales, a ella deben corresponderle privativamente las rentas procedentes del arrendamiento de los mismos.

Señala el Tribunal Supremo que los frutos, rentas o intereses que produzcan los bie-

nes gananciales (y los privativos) tienen una indudable naturaleza ganancial (número 3.º del artículo 1347 del Código Civil), sin que pueda hacerles perder dicha condición ni el hecho de que el arrendamiento lo haya concertado uno solo de los cónyuges (en este caso, la esposa), ni la circunstancia de que la esposa haya venido atendiendo, con su dinero privativo, al pago de los gastos de todo tipo originados por dichos bienes gananciales, ello sin perjuicio del crédito que, en este último caso, corresponda a la esposa contra la sociedad de gananciales por los gastos que haya pagado en dicha forma, cuyo crédito habrá de incluirse, como pasivo, en el inventario, al practicar la liquidación de la expresada sociedad de gananciales.

2.3. *Uso de la vivienda familiar tras la liquidación de la sociedad de gananciales.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 3 de mayo de 1999.
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.**

Improcedencia de acordar la venta en pública subasta de la vivienda familiar tras la liquidación de la sociedad de gananciales al haberse adjudicado a la esposa la misma en el convenio regulador pactado.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por sentencia de 27 de enero de 1990 fue decretada la separación matrimonial de los esposos don José Luis y doña María Pilar, aprobándose el Convenio regulador, de 15 de enero de 1990, pactado por los esposos, que en su estipulación quinta señalaba: “Respecto de la liquidación de la sociedad de gananciales, los cónyuges convienen expresamente lo siguiente: A) La vivienda familiar seguirá perteneciendo pro-indiviso a ambos, aunque del uso y disfrute de la misma gozará la esposa así como disponen lo mismo para el

mobiliario y ajuar familiar. B) El vehículo marca Ford, será de la exclusiva propiedad de la esposa, que tendrá el dominio, disfrute y disposición de dicho bien. C) El metálico existente en los dos Bancos, será repartido por mitad entre ambos cónyuges”. Por sentencia de 30 de diciembre de 1992 fue decretado el divorcio aprobándose el mismo convenio regulador.

- En ejecución de la sentencia firme de separación matrimonial, a petición de uno de los cónyuges, se procedió a la liquidación de la sociedad de gananciales, sustanciándose por los trámites del juicio de testamentaria. Al no estar de acuerdo las partes con la liquidación y partición llevadas a cabo por el Contador Partidor dirimente, el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de Salamanca dictó Auto de fecha 7 de diciembre de 1992, por el que reservó a las partes su derecho a acudir al juicio declarativo ordinario correspondiente.
- D. José Luis formuló demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra su esposa D.ª María del Pilar solicitando que se dictase sentencia que contenga los siguientes pronunciamientos: a) Declarar disuelta la Sociedad de Gananciales, constituida por el actor y la demandada, por virtud del Convenio Regulador de fecha 15 de enero de 1990, aprobado tanto por la sentencia de separación matrimonial, como de divorcio, dictadas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Salamanca y Audiencia Provincial de Salamanca, en recurso de apelación. b) Declarar igualmente que el inventario de los bienes gananciales, realizado por el Contador Partidor dirimente, en la ejecución de sentencia antes referida por mencionado Juzgado, como el practicado por esta parte en el hecho cuarto de este escrito, es ajustado a derecho. c) Declarar, asimismo que, la adjudicación realizada por el actor de los bienes inventariados y valorados, practicada en el hecho cuarto de la demanda, en la forma y en el orden contenido en la misma, es igualmente ajustado a derecho y aprobada con las modificaciones o variaciones que corresponda, en especial, en lo relativo a la venta de la vivienda en pública subasta con admisión de licitadores extraños. d) Se condene a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones. e) Se condene a la demandada al pago de las costas procesales por su temeridad.
- La esposa se personó en autos y contestó a la demanda planteando las siguientes excepciones: a) Inadecuación de procedimiento; b) Falta de litisconsorcio pasivo necesario; c) Defecto legal en la forma de proponer la demanda; d) Falta de acción y fraude de ley; y terminó suplicando en su día se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, bien por las excepciones procesales alegadas, bien por entrar en el fondo del asunto, absuelva a su representada de todos los pedimentos contra ella formulados e imponiendo al actor las costas del procedimiento.
- El Juzgado de Primera Instancia Número Tres de Salamanca dictó sentencia el 28 de junio de 1994 estimando en parte la demanda, declarando disuelta

la sociedad de gananciales, fijando el inventario de los bienes gananciales realizado por el contador partididor dirimente, declarando ajustadas a derecho las adjudicaciones, si bien modificando la cuestión relativa a la venta de la vivienda en pública subasta con admisión de licitadores extraños que deberá realizarse con la carga de uso y disfrute a favor de la esposa durante un período de tres años a contar desde la firmeza de esta resolución.

- En grado de apelación, la Audiencia Provincial de Salamanca dictó sentencia el 6 de octubre de 1994 estimando el recurso interpuesto por D. José Luis declarando: 1.º Que el inventario de bienes gananciales realizado por el perito dirimente obrante en autos es ajustado a derecho en general; 2.º Que asimismo se ajusta a derecho la adjudicación del haber partible a los litigantes en los términos que resultan de dicho inventario y avalúo, aprobándolo; 3.º Que en función de lo anterior, la liquidación definitiva de la sociedad de gananciales litigiosa se acomodará a dichas especificaciones, con venta en pública subasta, y admisión de licitadores extraños, de la vivienda que *pro indiviso* se adjudica a los interesados, repartiendo por igual su importe; todo ello sin hacer declaración expresa en las costas de uno y otro recurso.
- D.^a M.^a del Pilar interpuso recurso de casación que fue estimado parcialmente por el Tribunal Supremo, en el sentido de que no procedía sacar a pública subasta la vivienda familiar.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La esposa combate el pronunciamiento de la sentencia recurrida en el que se acuerda la venta en pública subasta, con admisión de licitadores extraños, de la vivienda familiar, cuando el uso de la misma lo tiene atribuido por el Convenio regulador de fecha 15 de enero de 1990.

Respecto a esta cuestión señala el Tribunal Supremo que, partiendo del supuesto de que el referido Convenio regulador, pactado de mutuo acuerdo entre ambos cónyuges, fue aprobado íntegramente, no sólo por la sentencia de separación matrimonial, sino también, posteriormente, por la que decretó el divorcio de ambos cónyuges, y teniendo en cuenta, por otro lado, que dicho Convenio regulador, en el que se atribuye a la esposa el uso de la vivienda familiar, continúa plenamente vigente, pues no ha sido modifi-

cado por mutuo acuerdo entre los cónyuges (hoy divorciados), ni por resolución judicial firme, que inexcusablemente ha de ser dictada en el proceso en que se decretó el divorcio, careciendo de idoneidad procesal para ello el proceso al que este recurso se refiere (que únicamente tiene por objeto la liquidación de la sociedad de gananciales), es evidente que el pronunciamiento de la sentencia aquí recurrida, en el que acuerda la venta en pública subasta, con admisión de licitadores extraños, de la referida vivienda familiar, no es ajustado a Derecho. Por tanto —continúa señalando el Tribunal Supremo— del “fallo” de la sentencia recurrida ha de suprimirse el pronunciamiento que acuerda la venta de la vivienda familiar en pública subasta con admisión de licitadores extraños.

III. SEPARACIÓN Y DIVORCIO

1. *Intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 8 de mayo de 1999.
Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.

Inexistencia de lesión en el derecho a la intimidad de las personas por divulgación en un medio periodístico de un rumor sobre crisis matrimonial de personalidades relevantes del mundo de las finanzas que terminó siendo cierta. En cambio sí se vulneró dicho derecho por el rumor de que la crisis matrimonial estaba motivada por la existencia de un hijo extramatrimonial.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Alberto interpuso demanda de protección al honor e intimidad de la persona contra D.ª Rocío, D. Jaime —en su calidad de Director de la Revista—, y contra la Entidad Mercantil D., solicitando que se dictase sentencia que contuviese los siguientes pronunciamientos: 1.º Declarar que don Alberto ha sufrido una intromisión ilegítima en sus derechos al honor y a la intimidad personal y familiar por la publicación de la crónica escrita por D.ª Rocío y aparecida en la revista E. núm. 227, y correspondiente al día 17 de julio de 1989. 2.º Declarar que la publicación de la referida crónica ha ocasionado graves daños morales y materiales cifrados en quinientos millones de pesetas a don Alberto, cuyos daños deben ser indemnizados solidariamente por los demandados. 3.º Condenar a los demandados a estar y pasar por tales declaraciones y a que publiquen en el número inmediato posterior a la fecha en que adquiera firmeza la sentencia que se dicte, su texto íntegro o la parte que el juzgador estime suficiente, en lugar preferente de la mencionada revista anunciándolo en su portada, y a su costa. 4.º Condenar a los demandados a que abone a don Alberto como indemnización por los daños causados, y con carácter solidario, la cantidad de quinientos millones de pesetas (500.000.000 de ptas.). 5.º Prevenir a los demandados para que en lo sucesivo se abstengan de realizar actos semejantes referidos a don Alberto. 6.º Condenar a los demandados con carácter solidario al pago de las costas del procedimiento.

- Los demandados se personaron en autos y se opusieron a la demanda solicitando su desestimación y formularon demanda reconvenzional, con la súplica de que se dictase sentencia por la que, estimando dicha demanda reconvenzional, se declarase que se ha producido una ilegítima violación del prestigio y la fama de los aquí demandantes, que les han hecho desmerecer en la consideración ajena, y de la que ha sido autor D. Alberto, al que deberá condenar a estar y pasar por tal declaración, y a indemnizar a los actores en la cuantía que se fije en el período de ejecución de sentencia, a publicar a su costa un extracto de la sentencia en los medios que se hicieron eco de la indicada rectificación, y con expresa imposición de costas a la parte demandada.
- El Juzgado de Primera Instancia núm. 47 de Madrid dictó sentencia el 7 de mayo de 1992 estimando parcialmente la demanda y condenando a los demandados a estar y pasar por las siguientes declaraciones: 1.º que el demandante don Alberto ha sufrido con la publicación de la crónica una intromisión ilegítima en sus derechos al honor y a la intimidad personal y familiar. 2.º Que la referida crónica ha ocasionado al demandante don Alberto, graves daños morales cifrados en la cantidad de 20.000.000 de pesetas, que deben ser indemnizados solidariamente por los demandados, condenando, igualmente, a dichos demandados a publicar a su costa en el número inmediato posterior a la fecha en la que adquiera firmeza la sentencia dictada en estas actuaciones el “fallo” de la referida sentencia, en lugar preferente de la mencionada revista anunciándolo en su portada, y a abonar solidariamente al demandante la cantidad de 20.000.000 de pesetas, como indemnización por daños morales; desestimando, íntegramente, la reconvección formulada *de contrario* e imponiendo a dichos codemandados el pago solidario de todas las costas procesales causadas.
- En grado de apelación, la Sec. 10.ª de la AP de Madrid dictó sentencia el día 29 de octubre de 1994 estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por los demandados y absolviéndolos de los pedimentos de la demanda, desestimando igualmente la demanda reconvenzional.
- D. Alberto interpuso recurso de casación que fue estimado en parte por el Tribunal Supremo confirmando la sentencia dictada por el juzgado de 1.ª Instancia, salvo en el particular referido al importe de la indemnización en que se condena a los demandados, que se fija en dos millones quinientas mil (2.500.000) pesetas.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Denuncia el recurrente la infracción del art. 20.1.d) de la Constitución —derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión— por no darse los requisitos necesarios para hacer primar tal derecho sobre el de honor e intimidad familiar del recurrente, atendiendo al contexto general del reportaje, al que hay que situar en el momento en que se ejercita la acción judicial. Entonces no existía la crisis matrimonial que publicaba la revista E., y si posteriormente ocurrió la separación del matrimonio, no puede ello servir de fundamento para proclamar la veracidad *a posteriori* de la información que se transmitió.

El motivo —señala el Tribunal Supremo— plantea el tema del conflicto entre derechos fundamentales que, por la generalidad con que constitucionalmente se reconocen, permite que subjetivamente se mantengan opiniones diversas. Por otra parte, la explicación por el recurrente de la queja contra la sentencia de la Audiencia no es en este punto lo clara que sería de desear, pues no se sabe exactamente a qué punto del reportaje litigioso se refiere: si a la publicación de unos rumores insistentes sobre crisis matrimonial entre don Alberto y su esposa, o a ello y a los pormenores o causas de esa crisis. Partiendo de este último punto de vista, creemos que hay que distinguir entre la publicación de unos rumores insistentes de crisis matrimonial y los aspectos internos de esa crisis, también publicados como rumor por los demandados, aunque en forma no muy clara, pues la lectura del reportaje sugiere que algún extremo se da como noticia.

La publicación del rumor de crisis matrimonial y de que el matrimonio estaba al borde de la ruptura poseía un evidente interés general por los cuantiosos intereses económicos afectados en caso de una división del patrimonio conyugal. Es un hecho público y notorio la relevante personalidad en el mundo de las finanzas del actor y de su es-

posa. El dar a conocer su crisis matrimonial es un dato que interesaba objetivamente de modo general. Por tanto, la publicación del rumor como tal, es decir, no como hecho, demostrándose como se ha demostrado que no era una invención de los que publicaron la noticia, sino algo objetivo y real que circulaba públicamente.

No puede decirse lo mismo de la publicación de causas de la crisis matrimonial (que el reportaje titulaba “Los rumores sobre un hijo secreto enturbian la relación matrimonial”, además de problemas médicos de una hija menor del matrimonio). Tales causas, verdaderas o falsas, no interesan en absoluto para la formación de una opinión pública sana ni a los intereses generales, forman parte de la intimidad y honor de las personas que en ningún modo puede ser aireada sin su consentimiento, lícitamente prestado, que en autos no parece que se haya dado, sino más bien lo contrario; la esposa lo negó, y don Alberto rectificó la infracción, negando su veracidad. En consecuencia, la publicación unilateral de los rumores ciertos como tales rumores sobre motivos o causas de la crisis matrimonial no está protegida por invadir el derecho a la intimidad personal o familiar y constituir un atentado al honor del recurrente, al atribuírsele la paternidad de un hijo extramatrimonial, lo que de suyo implica que es persona infiel a los compromisos contraídos con el matrimonio. Frente a ello no puede alegarse que lo publicado fueron rumores con tal característica. Ciertamente que no se dio como hecho, pero no lo es menos que se amplificó la posibilidad de su conocimiento por la considerable penetración en el mercado de la revista E.

En vista del anterior razonamiento, el Tribunal Supremo confirma la sentencia de primera instancia, excepto el fundamento jurídico IX, pues se ha fijado una indemnización al actor por daño moral “en equidad” y, para “prevenir posibles reiteraciones”, infringiéndose con ello el art. 9 de la Ley Or-

gánica 1/1982, de 5 de mayo, que establece los parámetros para aquella fijación, no la deja al arbitrio judicial, ni tampoco introduce nota sancionadora y ejemplarizante en la obligación de compensar el daño moral. En atención a los susodichos parámetros, dadas las circunstancias del caso (información que interesa al público, dentro de la que se enmarcan las que carecen en absoluto de él, aunque conectadas entre sí); y a la gravedad de la lesión (el daño que supone la atribu-

ción de un hijo extramatrimonial al actor había sido publicado ya por otra Revista de información de importancia similar a la de E. en el mercado); y, en fin, a la divulgación o difusión de la Revista E., esta Sala determina que los demandados deben solidariamente abonar al actor la suma de dos millones quinientas mil (2.500.000) pesetas como daño moral, al no haberse demostrado ninguna clase de perjuicio material que haya sufrido aquél.

IV. PATRIA POTESTAD

1. Atribución de la guarda y custodia de las hijas a favor de la madre.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de mayo de 1999.

Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

No cabe tachar de ilógico e irrazonable el argumento hecho valer en la Sentencia recurrida para atribuir la guarda y custodia de las hijas cuando, tratándose de dos niñas de ocho y quince años de edad, señala que lo normal es que en tales condiciones de sexo y edad se le encomiende a la madre, salvo que concurran circunstancias excepcionales que aconsejen entregarlas al cuidado paterno. Igualmente tampoco cabe tacharla de discriminatoria por razón del sexo.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Ana María y D. Alfredo convivieron maritalmente durante unos ocho años, y fruto de la relación nacieron dos hijas, el 30 de julio de 1985 y el 25 de enero de 1989.
- Las desavenencias entre los convivientes dieron lugar a un procedimiento de guarda y custodia que se tramitó en el Juzgado de Primera Instancia Número Tres de Betanzos, llegando las partes a un acuerdo y dictándose

auto el 2 de octubre de 1991 aprobando el convenio regulador. Posteriormente con fecha 19 de octubre de 1992, las partes llegan a un nuevo acuerdo por el que la guarda y custodia de las hijas se atribuye al padre fijándose un régimen de visitas a favor de la madre.

- D.^a Ana María interpuso juicio de menor cuantía contra D. Alfredo, sobre patria potestad, guarda y custodia y otros extremos, solicitando que se le atribuya la guarda y custodia de las dos hijas, el ejercicio exclusivo de la patria potestad y que se fije una pensión alimenticia de 30.000 pts. mensuales con sus correspondientes actualizaciones.
- El Juzgado de Primera Instancia Número Uno de Betanzos dictó sentencia el día 19 de julio de 1993 estimando parcialmente la demanda atribuyendo la guarda y custodia de las menores a la madre, la que deberá ir acompañada de un seguimiento psicológico de las menores por el Centro Institucional más próximo a su domicilio, sin que haya lugar a privar al demandado de la patria potestad, si bien reconociéndole el derecho para visitar y comunicarse con sus hijas en la siguiente forma y modo: los fines de semana alternos desde las veinte horas del viernes hasta las veintidós horas del domingo, recogiendo y reintegrando a las menores en el domicilio de su madre; igualmente podrá tener consigo a las menores durante la mitad de los periodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y Verano, comenzando su disfrute el padre los años pares y la madre los impares, debiendo de comunicarse recíprocamente los litigantes su período de disfrute dentro de los dos primeros meses de cada año. Durante los periodos vacacionales, el padre que tenga en su compañía a las menores deberá comunicar el lugar de disfrute de las vacaciones. No podrá negarse el derecho de visitas del padre, en términos razonables, en casos de enfermedad grave de las menores u otras circunstancias semejantes de carácter extraordinario.
- En grado de apelación, la Sec. 1.^a de la Audiencia Provincial de La Coruña dictó sentencia el 29 de junio de 1994 desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Alfredo.
- D. Alfredo interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el único motivo del recurso invoca el padre la infracción del artículo 159 del Código Civil, en relación con el artículo 154 del mismo y artículos 14 y 32 de la Constitución, al fundamentarse el fallo en una supuesta preferencia de la madre sobre el pa-

dre para ejercer la guarda y custodia, en cuanto que se razona en la sentencia que "...lo normal es que en tales condiciones de sexo y edad se le encomiende a la madre, salvo que concurren circunstancias excepcionales que aconsejen entregarlas al cuida-

do paterno”, señalando que el artículo 159 no establece distingo entre el padre y la madre puesto que únicamente señala que “...el Juez decidirá siempre, en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad”, al contrario de lo que sucedía con la redacción anterior que establecía una presunción *iuris tantum* respecto a la madre.

Ciertamente los preceptos constitucionales, especialmente el artículo 14, consagra el principio contrario a cualquier discriminación por razón de sexo, entre otras, el cual parece haber sido acogido en el artículo 159 del Código Civil respecto a la decisión judicial de a qué progenitor se le encomendará el cuidado de los hijos menores de edad, estableciendo como única cortapisa a la decisión la relativa “al beneficio de los hijos”, siendo incuestionable que el Juzgador conserva una libertad de criterio a tal fin, con lo que el control en casación de una decisión de semejante naturaleza es difícil de entender, a no ser que el resultado de la prueba

practicada viniera a aconsejar lo contrario a lo resuelto por el Juez.

En el caso concreto que nos ocupa, no cabe tachar de ilógico e irrazonable el argumento hecho valer en la Sentencia recurrida: “...y tratándose en el presente caso de decidir a cuál de los dos padres ha de encomendarse la guarda y custodia de dos niñas de ocho y quince años de edad (...) lo normal es que en tales condiciones de sexo y edad se le encomienda a la madre, salvo que concurren circunstancias excepcionales que aconsejen entregarlas al cuidado paterno”, ni tacharla, tampoco, de discriminatorio por razón del sexo, especialmente, cuando el Tribunal *a quo* no sólo no apreció ninguna situación extraña que hiciese necesario alterar el sentido normal de las cosas, sino que puso de relieve que los informes periciales ponían de manifiesto que la madre, por su personalidad y carácter, es más idónea y adecuada que el padre para ostentar la custodia de las menores. Las precedentes consideraciones son suficientes de por sí en orden a concluir que el referido Tribunal no incurrió en las infracciones denunciadas.

V. UNIONES DE HECHO

Tribunal Supremo, Sala 3.^a Sec. 6.^a, Sentencia de 1 de junio de 1999.
Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

En una interpretación analógica del artículo 2 del Real Decreto 336/1986 (indemnizaciones en caso de fallecimiento) hay que entender que en la referencia al cónyuge figura incluido por asimilación el conviviente de hecho si la unión se halla efectivamente consolidada.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a María y D. Manuel convivían desde el año 1980 sin que entre ellos existiera vínculo matrimonial. De esta unión no hubo descendencia.

- D. Manuel, funcionario policial, falleció en acto terrorista el 20 de mayo de 1986.
- El Gabinete Técnico de la Subsecretaría del Ministerio del Interior, en resolución de fecha 27 de noviembre de 1987, denegaba a D.^a María la petición de indemnización a su favor por el fallecimiento de D. Manuel.
- La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó sentencia el 28 de marzo de 1992 desestimando el recurso interpuesto por D.^a María sobre el reconocimiento de su derecho a la percepción de la suma de 5.583.474 pesetas más intereses. El fundamento de la sentencia es el siguiente: El artículo 2 del Real Decreto 336/1986, de 24 de enero, considera titulares del derecho indemnizatorio en caso de fallecimiento al cónyuge no separado legalmente, a los hijos y al progenitor sobreviviente y a los ascendientes en primer grado de la víctima, para el supuesto de que no existieran cónyuge ni hijos. La claridad de la norma impide interpretaciones distintas del sentido literal, pues, como afirma el Consejo de Estado en su dictamen de 15 de octubre de 1987, la situación del sobreviviente sólo puede legitimarse por existir descendencia, sin que pueda equipararse el matrimonio al vínculo no matrimonial por voluntad de los propios interesados que prefieren la creación de una asociación de perfiles diferentes a la sociedad conyugal. El tratamiento diferenciado que contempla el Real Decreto entre convivientes con vínculo matrimonial y sin él no constituye discriminación contraria al artículo 14 de la Constitución, como se desprende de la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 1990 (cuestión 1419/1988) que considera que el legislador dispone de un margen de configuración para la extensión o no de la pensión de viudedad en casos de uniones de hecho.
- D.^a María interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, aunque por no haber sido emplazada la madre del fallecido acordó que se procediera a efectuar el mismo para evitar la indefensión de esta.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión planteada es la de si la demandante tiene derecho a indemnización como consecuencia del fallecimiento en acto terrorista de D. Manuel el 20 de mayo de 1986, con el que convivía desde 1980, según certificación, o, en todo caso, desde 1981, según el recurso de reposición, y hasta el momento del fallecimiento, sin que entre ellos existiera vínculo matrimonial.

La recurrente alega que en la sentencia del Tribunal Constitucional 184/90, cuyo criterio ha sido mantenido en otras sentencias posteriores, se advierte la existencia de votos particulares, que afirman que la finalidad de la pensión es compensar frente a daños, y que la repercusión económica negativa se impone con independencia de que exista vínculo matrimonial o no, por lo que

existe vulneración del principio de igualdad. El Tribunal Constitucional muestra una evidente evolución en la sentencia del Tribunal Constitucional 222/92 en que resolvió cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos considerando discriminatorio que sólo el cónyuge pueda subrogarse en caso de fallecimiento del titular y no quien hubiere convivido de modo marital y estable. Ha evolucionado la conciencia social, y así lo ha recogido el legislador: artículo 391 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 101 del Código civil, artículos 13 y 18 del Código Penal, artículo 3.a) de la Ley Orgánica 6/84 *habeas corpus*, artículo 16.1.b) de la Ley 29/94 (nueva de la Ley de Arrendamientos Urbanos), progresiva implantación con la seguridad social de asistencia sanitaria al mero conviviente con el asegurado.

Igualmente señala que el artículo 2 del Real Decreto transgrede el artículo 14 de la Constitución. En el ramo de prueba quedó demostrado que la actora convivía con el fallecido de forma pacífica y continuada desde 1979, a expensas de sus ingresos, formando pareja estable, con patrimonio de titularidad común. Esta pareja estable debe formar unidad familiar a efectos del artículo 39 de la Constitución. Citó la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de junio de 1979 (caso Marckk) respecto al artículo 8 del Convenio, y la de 18 de diciembre de 1986 (caso Johnstons) y las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1992, 30 de diciembre de 1970 y 19 de mayo de 1969 (estas dos últimas, sobre indemnización por causa de muerte).

Por su parte, el Abogado del Estado se opuso al recurso sosteniendo que el cambio de corriente jurisprudencial de que habla la parte recurrente no se ha producido. La sentencia del Tribunal Constitucional 222/1992, que cita el recurrente, se refiere a relaciones *inter privatos*. Respecto de las pensiones de seguridad social el Tribunal Constitucional no ha cambiado de criterio (sentencia del Tribunal Constitucional

66/94, la cual reitera que no se reconocen derechos propios del matrimonio a quien no ha querido contraerlo).

Señala el Tribunal Supremo que el legislador dispone de un amplio margen de configuración legal para establecer distinciones entre unos y otros beneficiarios de prestaciones de carácter social como consecuencia de que la administración y distribución de este tipo de beneficios puede responder a diversos criterios, cuya aplicación no puede considerarse discriminatoria ni contraria a lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución por el mero hecho de que suponga incluir a unas personas y excluir a otras que puedan justificar necesidades o condiciones análogas para el acceso a las correspondientes prestaciones, puesto que el régimen establecido responde a la existencia de medios económicos limitados y reclama una selección de prioridades que puede llevar a efectuar distinciones entre unos y otros grupos por razón de su distinto régimen jurídico, aun cuando éste tenga una trascendencia limitada al plano jurídico-formal.

Esta es una de las razones por las que la sentencia del Tribunal Constitucional, reiteradamente citada en este proceso, de 15 de noviembre de 1990 (cuestión 1419/1988), considera no discriminatoria la no extensión de la pensión de viudedad en casos de uniones de hecho, pues, como se dice en su fundamento jurídico tercero, "El legislador dispone de un amplio margen de libertad en la configuración del sistema de Seguridad Social y en la apreciación de las circunstancias socioeconómicas de cada momento a la hora de administrar recursos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales —por todas, sentencias del Tribunal Constitucional 65/1987, fundamento jurídico 17; 134/1987, fundamento jurídico 5 y 97/1990, fundamento jurídico 3.º—. Y en tal sentido, la opción de requerir la existencia de previo vínculo matrimonial para tener derecho a una pensión de supervivencia no es la única constitucionalmente posible, por lo que es legítimo propugnar que la actual

pensión de viudedad se extienda por el legislador a las uniones estables de hecho. Pero que dicha extensión sea constitucionalmente admisible no implica que la opción contraria y en la actualidad vigente no lo sea”.

Sin embargo, el supuesto contemplado en el presente proceso no puede considerarse idéntico al que se produce en las situaciones a las que acaba de hacerse referencia, y a las que responde el pronunciamiento citado del Tribunal Constitucional en el que se funda de modo predominante la sentencia impugnada. Para abordar el examen de la cuestión no podemos prescindir de dos premisas:

a) En el caso controvertido en este proceso no se trata propiamente de la fijación de una prestación o ayuda de carácter social, sino que el propósito de la indemnización fijada es resarcitorio de los daños morales y perjuicios patrimoniales derivados del daño corporal originado por el acto terrorista, según se desprende del artículo 1 del Real Decreto 336/1986, el cual reza que “serán resarcibles por el Estado los daños corporales causados como consecuencia o con ocasión de las actividades delictivas comprendidas en la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, con el alcance y condiciones que establece el presente Real Decreto” y añade que “las indemnizaciones que resulten de aplicar el párrafo anterior, serán compatibles con cualesquiera otras a que tuvieran derecho la víctima o sus derechohabientes”. A su vez, la Ley Orgánica 9/1984, de la que arranca la habilitación para el establecimiento del sistema de resarcimiento desarrollado por el Real Decreto, establece en su artículo 24 que “serán resarcibles por el Estado los daños corporales causados como consecuencia o con ocasión de la comisión de actividades delictivas comprendidas en esta Ley, con el alcance y condiciones que establezcan las normas que la desarrollen”. Es cierto que la Ley 35/1995, sobre Asistencia a las víctimas de delitos dolosos y violentos (como recoge la sentencia de la Sala Segunda de este Tribunal de 19 de diciembre de 1997) declara en su exposición de

motivos lo siguiente: “el concepto legal de ayudas públicas a las víctimas debe distinguirse de figuras afines y señaladamente de la indemnización, porque el Estado no puede asumir sustitutoriamente las indemnizaciones debidas por el culpable ni abarcar del daño moral provocado por el delito. Por el contrario, esta Ley se construye sobre un concepto de ayudas públicas directamente inspirado por el principio de solidaridad”. Estas consideraciones podrían entenderse aplicables a las indemnizaciones a las víctimas del terrorismo, pues, como declaran varias sentencias (como las de 8 de mayo de 1986, 31 de julio de 1986, 18 de julio de 1987, 27 de marzo de 1988, 27 de diciembre de 1988) el resarcimiento por daños y perjuicios corporales derivados de acciones terroristas en virtud de disposiciones especiales no constituye propiamente un caso de responsabilidad extracontractual de la Administración, equiparable al contemplado por el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico vigente a la sazón, porque no se trata de una responsabilidad derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y por ello las indemnizaciones concedidas por dicho título resultan compatibles con el ejercicio de la acción para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración si concurren los presupuestos para ello.

Sin embargo, a juicio del Tribunal Supremo, aun reconociendo los matices diferenciales que han quedado destacados, tendentes a subrayar las diferencias de régimen jurídico entre las prestaciones indemnizatorias derivadas directamente del daño causado por el delito o por la actividad administrativa y las acordadas por el Estado en favor de las víctimas en función del principio de solidaridad y con el carácter de ayudas públicas, ambos tipos de prestaciones tienen su causa jurídica en un concepto criminológico común, el de víctima del delito, y en consecuencia deben ser contempladas, en sus aspectos sustanciales o de principio, desde la perspectiva del resarcimiento del daño que la presencia del concepto de vícti-

ma impone. El carácter resarcitorio de las medidas de indemnización en favor de las víctimas de actos terroristas no sólo se ha mantenido, sino que se ha subrayado incluso con mayor énfasis en la legislación posterior (vid. art. 93 y siguientes de la Ley 13/1996).

b) Los principios que formula la Ley Orgánica 9/1984 para que a ellos se ajusten las normas de desarrollo incluyen mínimos indemnizatorios en función del hecho del fallecimiento o la importancia invalidante de la lesión y ordenan la apreciación de las circunstancias personales, familiares y profesionales de la víctima y, en su caso, del grado de invalidez producido a efectos de su determinación, pero no contienen disposición alguna que pueda entenderse como la autorización de una especial distinción entre unos u otros sujetos como beneficiarios. En consecuencia, la distinción entre el cónyuge, en cuyo favor se reconoce siempre la indemnización, y el conviviente de hecho, a quien sólo se reconoce si ha generado descendencia común, no tiene su origen en la ley, sino en la norma de carácter reglamentario, con arreglo al tenor literal de su artículo segundo, que, a efectos de mejor comprensión, conviene reproducir: "Artículo 2. Titulares del derecho de resarcimiento. Serán titulares del derecho de resarcimiento reconocido en el presente Real Decreto:

1. En el caso de lesiones, la persona o personas que las hubieran padecido.

2. En el caso de muerte, y con referencia siempre a la fecha de ésta, el cónyuge no separado legalmente, los hijos de la víctima, cualquiera que fuere su filiación, menores de edad, o que, siendo mayores, se hallaren legalmente incapacitados o fueran notoriamente incapaces de procurar su sustento, y el progenitor superviviente, si lo hubiere, de algún hijo del difunto con derecho a indemnización, siempre que lo tuviera en su custodia [...] Cuando concurrieren el cónyuge, los hijos del difunto, y el progenitor superviviente de alguno de éstos, la indemnización se repartirá por mitades. Una corresponderá

al cónyuge no separado legalmente, y la otra se distribuirá por parte iguales entre los hijos de la víctima con la participación de su respectivo progenitor superviviente, sea o no cónyuge del fallecido, en el 50% de la cantidad que corresponda a cada uno de sus hijos [...] No existiendo unos y otros, el resarcimiento a que hubiere lugar corresponderá a los ascendientes de la víctima en primer grado".

Partiendo de la primera de las premisas que acabamos de sentar [la recogida en la letra a) del fundamento cuarto], debemos llegar a la conclusión de que, mientras la distinción entre el cónyuge y el conviviente de hecho puede tener una justificación cuando se trata del asignación de prestaciones sometidas a un régimen de regulación fundado en la necesidad de atender a necesidades sociales respetando limitaciones presupuestarias y estableciendo las correspondientes prioridades, dado que el matrimonio supone con evidencia una situación que desde el punto de vista jurídico-formal no es equiparable a las uniones de hecho, sin embargo no puede considerarse justificada la distinción cuando se trata de atender, en el orden material, al resarcimiento de los daños morales y perjuicios pecuniarios dimanantes del fallecimiento de una persona —que éstos son los conceptos que, por definición, deben considerarse incluidos en los daños corporales que la ley aplicable declara resarcibles—. Los daños morales originados por un acontecimiento de esta naturaleza no consisten sino en el dolor y el sufrimiento que origina la muerte de una persona próxima con la que se convive y a la que se permanece ligada por razones de afecto sólo valorables en el ámbito de la relación humana, y para determinar si aquéllas existen no puede utilizarse como criterio discriminador sin incurrir en iniquidad la existencia o no de un vínculo matrimonial formalizado con arreglo al derecho, puesto que las situaciones consolidadas de convivencia en condiciones de afectividad análogas al matrimonio en nada desmerecen, frente a los supues-

tos caracterizados por la existencia de un vínculo conyugal, en lo que hace al dolor que origina la pérdida de la persona querida.

Análogamente, el perjuicio patrimonial dimanante del fallecimiento de una persona radica en el daño emergente consistente en los gastos y desembolsos que los allegados se ven obligados a efectuar como consecuencia de su muerte, y en el lucro cesante integrado por las pérdidas dinerarias que sufren quienes, en sociedad económica con el fallecido, se beneficiaban de los ingresos pecuniarios generados por éste que dejan de percibir cuando termina su existencia, y este efecto se produce de forma idéntica cuando se da dicha comunidad de patrimonio, dimane ésta de una situación conyugal o de una unión de hecho consolidada.

En las medidas de protección articuladas por el ordenamiento jurídico como de protección a la familia, el Tribunal Constitucional considera que “configurado por la ley un determinado mecanismo o expediente para la protección familiar, su articulación concreta deberá llevarse a cabo en el respeto a las determinaciones de la Constitución y, muy específicamente, a lo que impone el principio de igualdad (art. 14)”. La sentencia del Tribunal Constitucional, reiteradamente citada por las partes, la número 222/1992, en la que se contiene esta declaración, desarrolla este principio afirmando que “el mandato de protección a la familia no entraña, sin más, un deber para los poderes públicos de dispensar tal amparo, indiferenciadamente y sin matices a todo género de unidades familiares, siendo evidente que puede el legislador diferenciar entre unas y otras en atención, por ejemplo, a criterios de necesidad relativa o a otros que resulten igualmente racionales”. Partiendo de que “nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio” el Tribunal Constitucional, para responder a la cuestión, idéntica a la que palpita en el fondo del problema planteado en este proceso, acerca de “si el matrimonio, más allá de esta regulación civil que le es propia, puede consti-

tuirse en supuesto de hecho de otras normas jurídicas que, en sectores distintos del ordenamiento, atribuyan derechos o, en general, situaciones de ventaja”, afirma que “la Constitución [...] no da una respuesta unívoca o general para este tipo de problemas, aunque sí impone que las diferenciaciones normativas que tomen como criterio la existencia de una unión matrimonial se atemperen, según su diverso significado y alcance, al contenido dispositivo de la propia Norma fundamental”. Es así como llega a la conclusión de que “la vida en común [...] es [...] un requisito que permite [...] reconocer la existencia de vínculos de dependencia y de afectividad entre el fallecido y su cónyuge, vínculos que prestan fundamento sustantivo [...] al ejercicio de determinada facultad legal por el supérstite”.

En la sentencia citada estas apreciaciones del Tribunal Constitucional se aplican para concluir sobre la prohibición de distinguir entre los cónyuges y los convivientes de hecho en la vivienda a efectos de obtener la subrogación en el arrendamiento en caso de fallecimiento de uno de ellos. Por una transposición lógica, fundada en que en el derecho de daños importan de modo determinante para el reconocimiento de la existencia del perjuicio derivado del daño corporal análogos vínculos de afectividad y auxilio económico, debe considerarse contraria al principio de igualdad consagrado por el artículo 14 de la Constitución la distinción entre la situación del cónyuge y del conviviente de hecho, cuando de la reparación de los daños y perjuicios dimanantes del fallecimiento de la persona allegada se trata, cuya finalidad resarcitoria hemos considerado prevalente. Por consiguiente, es discriminatoria la distinción que hace el Real Decreto 336/1986 entre el cónyuge, a quien se reconoce el derecho a obtener la reparación de los daños y perjuicios originados por el fallecimiento de su allegado en todo caso, y la del conviviente de hecho, el cual sólo tendrá acceso a la pertinente indemnización en el supuesto de que haya generado descendencia común. En relación con esta última par-

ticularidad distintiva, debe además recordarse que el Tribunal Constitucional, en la sentencia que venimos citando, se refiere también a “la acepción normalizada y arraigada, en nuestra cultura, de la voz ‘familia’, en cuyo concepto entra [...] también la relación matrimonial del hombre y mujer sin descendencia”.

Desde la segunda de las perspectivas consideradas —que, debemos recordar, apunta a que la distinción a que acaba de hacerse referencia no tiene su origen en la ley, sino en una norma de carácter reglamentario— debemos recordar que, con arreglo a la jurisprudencia, en virtud del principio de subordinación de los reglamentos a la ley, aquéllos no pueden introducir distinciones no autorizadas por la norma legal habilitante. Se impone así la conclusión de que la distinción entre el cónyuge y el conviviente de hecho, al no estar prevista en la norma legal, como ha quedado justificado, ni poderse deducir de otros principios generales del derecho de orden superior a los productos normativos de la Administración, carece de la pertinente habilitación legal. En consecuencia, debe realizarse una interpretación analógica del artículo 2 del Real Decreto 336/1986, entendiendo que en la referencia al cónyuge figura incluido por asimilación el conviviente de hecho si la unión se halla efectivamente consolidada. Para sustentar esta interpretación acudimos en lo que sea menester a la potestad de inaplicar los reglamentos ilegales que, enraizando en una tradición del Estado liberal, nos concede el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Las conclusiones obtenidas en los anteriores fundamentos de derecho resultan reforzadas por el hecho de que el camino iniciado por la jurisprudencia, en el sentido de considerar asimilado al conviviente de hecho con el cónyuge a efectos del resarcimiento por el fallecimiento de la víctima como consecuencia de una actividad negligente o delictiva (v. gr., sentencia de la Sala Segunda de este Tribunal de 4 de octubre de 1994, número 1757/1994, recurso número

1424/1993), que resulta obligado seguir a tenor de lo expresado en el artículo 14 de la Constitución, ha sido secundado por el legislador en disposiciones tales como el anexo de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro de Vehículos de Motor, de aplicación en el anchuroso campo de la responsabilidad civil dimanante de los daños corporales causados como consecuencia del uso de vehículos de motor, en el cual, tras fijarse en la tabla I la indemnización que, con el carácter de básica, incluidos daños morales, corresponde al cónyuge en caso de fallecimiento del otro cónyuge, se añade en nota al pie de la misma lo siguiente: “Las uniones conyugales de hecho consolidadas se asimilarán a las situaciones de derecho”. No es, pues, de extrañar que en el vigente Reglamento de Ayudas y resarcimiento a las víctimas de delitos de terrorismo, aprobado por Real Decreto 1211/1997, de 18 de junio, se transforme en precepto expreso la asimilación analógica que estamos considerando, pues en su artículo 7 se consideran titulares del derecho de resarcimiento por daños corporales “En caso de muerte, y siempre con referencia a la fecha de ésta, las personas que reúnan las condiciones que se indican a continuación: [...] a) El cónyuge de la persona fallecida, si no estuviera separado legalmente, o la persona que hubiera venido conviviendo con ella de forma permanente con análoga relación de afectividad a la del cónyuge, cualquiera que sea su orientación sexual, durante al menos los dos años anteriores al momento del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia; y los hijos de la persona fallecida, o de la persona conviviente, siempre que dependieran económicamente de ella, con independencia de su filiación y edad, o de su condición de póstumos”. Basta la lectura de este precepto para advertir la profunda sima discriminatoria en la que existiría el riesgo de precipitarse, de acuerdo con las convicciones sociales actuales, si se mantuviese la interpretación literal del Real Decreto 336/1986 que hemos rechazado.

En base a todo lo anterior entiende el Tribunal Supremo que procede casar la sentencia recurrida, que infringe esta doctrina, y con ello el artículo 14 de la Constitución, y resolver lo que corresponda en los términos en que aparece planteado el debate. No obstante, se observa que, si bien el otorgamiento de la indemnización por el fallecimiento del funcionario policial D. Manuel en favor de la recurrente D.^a María en calidad de conviviente de hecho pudiera resultar excluyente de la indemnización reconocida en la resolución administrativa recurrida en favor de la madre de D. Manuel, esta última no aparece emplazada personalmente en la instancia, a pesar del indudable interés que ostenta en la resolución de la cuestión planteada. Por ello, acuerda el Tribunal Supremo ordenar la reposición de las actuaciones de instancia al momento inmediatamente anterior a la sentencia, con el fin de que sea emplazada personalmente la demandada D.^a M.^a Elvira (madre de D. Manuel) y se le ofrezca la oportunidad de alegar y proponer y practicar prueba, a cuyo efecto la sala sentenciadora hará uso, si procede, de la facultad de acordar la práctica de pruebas concedida por el artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción, y, verificado, se dicte nueva sentencia.

El Magistrado Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate formuló un voto particular al que se adhirieron los Magistrados Excmos. Sres. D. Francisco José Hernando Santiago y D. Pedro Antonio Mateos García. A su parecer, no cabe equiparar la obligación de resarcimiento del responsable de un hecho, aunque lo sea con carácter objetivo o por el resultado, a la ayuda de quien, sin responsabilidad alguna, asume reparar el daño o perjuicio con las limitaciones que señale. De aquí que, en contra de lo afirmado en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida, consideramos que las indemnizaciones contempladas en favor de las víctimas del terrorismo por la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, y por el Real Decreto 336/1986, de 24 de enero, constituyen auténticas prestaciones o ayudas de carácter social, a las que es aplicable

la doctrina del Tribunal Constitucional, recogida por la Sala de instancia en la sentencia recurrida, según la cual el legislador dispone de un amplio margen de libertad en la apreciación de las circunstancias socioeconómicas de cada momento a la hora de administrar recursos limitados para atender a las necesidades sociales, de manera que el no haber incluido en el artículo segundo del mencionado Real Decreto al conviviente de hecho con la víctima no lesiona el principio de igualdad, como tampoco lo lesiona el Real Decreto 1211/97, de 18 de junio, que aprueba el vigente Reglamento de Ayudas y resarcimiento a las víctimas de delitos de terrorismo, cuando lo equipara en determinadas circunstancias al cónyuge no separado legalmente.

La discriminación, aun equiparado el conviviente *more uxorio* al cónyuge, subsistiría si las ayudas o prestaciones en cuestión tuviesen significado resarcitorio, como opina la mayoría, en cuyo caso no podría excluirse a ningún perjudicado por el delito de terrorismo, de manera que la indemnización debería cubrir todos los perjuicios causados sin fijar límites cuantitativos o personales de ningún tipo, pues cualquier sistema regulador de la indemnizabilidad de daños y perjuicios, derivada del principio de responsabilidad, excluyente de algún sujeto que los hubiera padecido, sería contrario al principio de igualdad ante la Ley, recogido en el artículo 14 de la Constitución, mientras que no se conculca este principio si se diversifica el tratamiento de los beneficiarios en un sistema de prestaciones asistenciales inspirado en el principio de solidaridad.

En definitiva, si, como se reconoce en la propia sentencia, “el legislador dispone de un amplio margen de configuración legal para establecer distinciones entre unos y otros beneficiarios de prestaciones de carácter social como consecuencia de que la administración y distribución de este tipo de beneficios puede responder a diversos criterios, cuya aplicación no puede considerarse discriminatoria ni contraria a lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución por el mero

hecho de que suponga incluir a unas personas y excluir a otras que puedan justificar necesidades o condiciones análogas para el acceso a las correspondientes prestaciones, puesto que el régimen establecido responde a la existencia de medios económicos limitados y reclama una selección de prioridades que puede llevar a efectuar distinciones entre unos y otros grupos por razón de su distinto régimen jurídico”, no existe discriminación alguna en el Real Decreto 336/1986, de 24 de enero, para el convivien-

te de hecho por no haber sido equiparado al cónyuge no separado legalmente y reconocerle sólo derecho a la ayuda económica cuando hubiese tenido hijos con la víctima, por lo que el motivo de casación invocado debe desestimarse con las subsiguientes declaración de no haber lugar al recurso interpuesto e imposición a la recurrente de las costas procesales causadas según establece el artículo 102.3 de la Ley de esta Jurisdicción en su redacción por Ley 10/1992, de 30 de abril.

VI. CONTRATOS ENTRE PADRES E HIJOS

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 1 de julio de 1999.

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

Declaración de nulidad por simulación de la compraventa celebrada entre una madre y su hijo menor de edad ante la existencia de importantes deudas de la vendedora, ya vencidas, así como la inexistencia en su patrimonio de otros bienes para hacer frente al pago de las mismas.

ANÁLISIS DEL CASO

- El Banco de C. interpuso demanda de menor cuantía contra D.ª Ángela y su hijo D. Antonio solicitando se declarase la nulidad del contrato de compraventa formalizado en la escritura pública de 14 de agosto de 1992 por la primera demandada a favor del segundo.
- Admitida a trámite la demanda los demandados contestaron alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimaron oportunos, alegaron la excepción procesal de falta de legitimación activa de la entidad actora del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y terminaron suplicando al Juzgado se dictara sentencia estimando la excepción o en su defecto se desestimara la demanda con imposición de costas a la entidad actora.
- El Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Salamanca dictó sentencia con fecha 7 de julio de 1994 estimando la demanda y declarando inexistente la

compraventa de fecha 14 de agosto de 1992, otorgada por D.^a Ángela a favor de su hijo el codemandado D. Antonio, por tratarse de un negocio simulado, en fraude de acreedores, decretando la cancelación en el registro de la propiedad correspondiente de cuantas inscripciones y anotaciones se hayan producido a causa de dicho contrato de compraventa, debiendo satisfacer la demandada las costas causadas.

- En grado de apelación, la Audiencia Provincial de Salamanca dictó sentencia el 27 de septiembre de 1994 desestimando el recurso de apelación interpuesto por los demandados.
- D.^a Ángela y D. Antonio interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Pretenden los recurrentes construir su peculiar historia de los hechos, apartándose sustancialmente de las declaraciones fácticas contenidas en la sentencia impugnada que, desde luego, no combate por medios adecuados. Señala el Tribunal Supremo que los datos acreditados en autos revelan que la supuesta compraventa carecía de causa y era, por tanto, simulada, son los siguientes: 1.º) la relación de parentesco directo, de primer grado, existente entre la vendedora, la demandada D.^a Ángela, y el comprador D. Antonio, al ser aquélla madre de éste, a lo que ha de añadirse además la convivencia conjunta, así como que el hijo comprador, aparte de ser menor de edad, carecía de bienes o ingresos propios para hacer frente al pago de su importe; 2.º) el precio convenido, que en la escritura pública se establece en la cantidad de cinco millones de pesetas, que es igual al importe de la hipoteca que

grava la vivienda supuestamente vendida; alegan los demandados a este respecto que en realidad el precio convenido fue de ocho millones de pesetas, de los que tres fueron entregados a la vendedora por el abuelo del comprador, y, aunque éste efectivamente así lo afirma en la prueba testifical, lo cierto es que no existe la más mínima constancia bancaria de tal transferencia dineraria, como hubiera sido normal si, en realidad, hubiera tenido lugar; 3.º) la realización de actos inherentes al dominio de la vivienda por parte de la vendedora con posterioridad a la celebración del contrato de compraventa, como pago de los plazos de la hipoteca, pago del impuesto de bienes inmuebles y pago del recibo del teléfono instalado en la misma; y 4.º) la existencia de importantes deudas de la vendedora, ya vencidas, así como la inexistencia en su patrimonio de otros bienes para hacer frente al pago de las mismas.

VII. PENSIONES DE VIUDEDAD

Tribunal Supremo, Sala 4.^a, Sentencia de 17 de mayo de 1999.
Ponente: Excmo. Sr. D. Bartolomé Ríos Salmerón.

Desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por una viuda separada judicialmente que pretendía que se le asignase la totalidad de la pensión, ya que en la sentencia de contraste (TSJ de Galicia de 22 de febrero de 1996), en la que sí se concedía la totalidad de la pensión la situación era distinta.

ANÁLISIS DEL CASO

- El día 18 de febrero de 1988 contrajeron matrimonio D. José y D.^a M.^a Flor.
- El día 25 de mayo de 1990 se dictó sentencia declarando la separación de los cónyuges.
- D. José falleció el 16 de marzo de 1997. Solicitada pensión de viudedad le fue reconocida a D.^a M.^a Flor (con sujeción al criterio de reducción de la cuantía por razón del tiempo convivido) en cuantía de 19.379 pts. resultado de aplicar a la base reguladora de 172.395 pts. el porcentaje del 45 por 100 y al resultado el porcentaje del 24,98 por 100 correspondiente al tiempo de convivencia con el causante desde el 18 de febrero de 1988 al 25 de mayo de 1990.
- Agotada la reclamación previa, D.^a M.^a Flor interpuso demanda el 3 de noviembre de 1997, solicitando la atribución íntegra de la pensión. Con fecha 10 de diciembre de 1997, el Juzgado de lo Social n.º 2 de Oviedo dictó sentencia estimando la demanda y declarando el derecho de la actora a ser beneficiaria de la totalidad de la pensión de viudedad causada por su fallecido esposo D. José.
- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el INSS y la TGSS, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, la cual dictó sentencia en fecha 30 de abril de 1998, estimando el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social revocando dicha resolución y dejando la pensión en la cuantía inicialmente fijada.
- D.^a María Flor preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencias de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 22 de febrero de 1996. El

motivo de casación denunciaba aplicación indebida del artículo 174.2 de LGSS.

- El Tribunal Supremo inadmitió el recurso puesto que no se da la identidad de situación con la sentencia que se proponía de contraste.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El tema que se discute en la sentencia se refiere al importe de la pensión de viudedad que corresponde a cónyuge separado. Habiéndose desestimado la petición de la viuda de que se le asignase la totalidad de la pensión, la viuda interpone recurso para la unificación de doctrina y como sentencia de contraste propuso la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, en 22 de febrero de 1996. En ella se contempla el caso de matrimonio contraído en 23 de febrero de 1975; disolución del vínculo por divorcio mediante sentencia de 27 de abril de 1983; convivencia extramatrimonial con otra mujer desde 1979 y nacimiento de dos hijos comunes: no existía cónyuge concurrente. La sentencia del Juzgado había conferido pensión de viudedad en cuantía proporcional al tiempo de convivencia. Mientras que el Tribunal Superior de Justicia, en suplicación, estima el recurso de la accionante y asigna pensión en cuantía íntegra, sin deducción alguna por razón de convivencia.

Según el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, la existencia de contradicción se condiciona a que hayan aparecido pronunciamientos distintos “respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación” y “en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales”.

a) No hay coincidencia en cuanto a la situación jurídica en que se encuentran los sujetos. En la sentencia recurrida, quien demanda es cónyuge separada, mientras que en la sentencia de contraste accionó cónyuge divorciada. Se trata de estados muy diferentes. La separación solamente produce la

suspensión de la vida en común (CC, artículo 83), y no permite contracción de ulterior matrimonio por razón de un impedimento insalvable (artículo 46.2.º). El divorcio, por contra, “disuelve” el matrimonio (artículo 85).

b) Respecto de los hechos, aparece en la sentencia de contraste un conviviente extramatrimonial del que han quedado dos hijos. En el presente estado de la cuestión, estos convivientes no acceden a la pensión de viudedad, lo que no impide, sin embargo, una diferenciación fáctica, susceptible eventualmente de un tratamiento legal o jurisprudencial apropiado en el futuro.

c) En cuanto a los fundamentos, elemento también retenido en el precepto procesal, se trata de los que asumen carácter jurídico, puesto que los fácticos se mencionan aparte. La fundamentación jurídica no es elemento necesario de la demanda laboral (Ley de Procedimiento Laboral, artículo 80). Pero sí es ingrediente susceptible de impedir la comparación de fallos judiciales, a los fines del recurso unificador. Así sucede en el caso presente: la sentencia de contraste, para un hecho causante ocurrido en 1988, hubo de aplicar la Ley 30/1981, de 7 de julio, que modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y determina el procedimiento a seguir en causas de nulidad, separación y divorcio; introducía un cambio sustancial en la concepción del vínculo matrimonial, pues calificado durante años de indisoluble, se somete a la nueva previsión contenida en el artículo 85 citado: “El matrimonio se disuelve (...) por el divorcio”; en consonancia con ello, incluyó una disposición adicional 10.ª, integrada por cinco nor-

mas que, “con carácter provisional”, afrontaban la problemática sobrevenida y hasta tenían en cuenta situaciones intermedias sometidas a un derecho intertemporal adecuado. La sentencia recurrida, en cambio, también por la fecha del fallecimiento, en 1997, utiliza una norma posterior, que es el artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio; la operación refundidora no se constriñó a la “mera formulación de un texto único” sino que alcanzaba a “regularizar, aclarar y armonizar los textos legales refundidos” (Constitución, artículo 82.5); así se desprende de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, disposición final primera, cuyo número uno extiende la refundición a la Ley General de la Se-

guridad Social aprobada por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, y cuyo número dos cabalmente alude a la Ley 30/1981, de 7 de julio, modificadora del Código Civil; autorización que se reiteró en la Ley 22/1992, de 30 de julio, disposición final 2.^a y en la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, disposición adicional 14.^a; fruto de tal delegación legislativa ha sido el citado artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, donde se regulariza, aclara y armoniza el derecho anterior; en términos tales que la resultante normativa presenta ciertas diferencias respecto del texto de 1981. Esto acarrea, como se decía, una desigualdad adicional, por razón de la norma aplicada en uno u otro caso, que impide la dispensa de una auténtica unificación jurisprudencial.

VIII. RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS A MENORES

1. *Inexistencia de responsabilidad civil por el fallecimiento de un menor.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 18 de mayo de 1999.

Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.

Inexistencia de responsabilidad extracontractual del propietario de una piscina en la que murió por ahogamiento una menor, ya que la culpa o negligencia requiere la presencia de una nota de previsibilidad y en el caso enjuiciado se trataba de un suceso imprevisible al estar la piscina dentro de un recinto vallado al que está prohibido su acceso.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Juan promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de cantidad contra D. Fernando en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho, suplicó al Juzgado que se dictase sentencia por la que se declarase la responsabilidad civil extracontractual del deman-

dado por la muerte por ahogamiento de una hija de D. Juan de tres años de edad en la piscina situada en un recinto vallado propiedad del demandado, y se le condene al pago de 8.000.000 de pesetas.

- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 2 de San Vicente de Raspeig dictó sentencia el 21 de septiembre de 1992 desestimando la demanda al apreciar la prescripción extintiva de la acción alegada por el demandado.
- En grado de apelación la Sec. 4.^a de la AP de Alicante dictó sentencia el 25 de octubre de 1994, estimando parcialmente el recurso y revocando dicha resolución en el sentido de desestimar la prescripción apreciada y entrando en el fondo desestimó la demanda, absolviendo al demandado de los pedidos de la misma.
- D. Juan interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El primer motivo de impugnación de la sentencia se basa en que la sentencia de la Audiencia no ha tenido en cuenta la concurrencia en el demandado de una omisión ilícita civil representada por la falta de la diligencia exigible según las circunstancias del caso, pues al ceder en precario D. Fernando a D. Juan la vivienda de los caseros a cambio de determinadas labores en el jardín y en la finca, era evidente que al ocupar éste y su familia el inmueble en cuestión, por tener varias hijas de corta edad, existía un cierto riesgo respecto a la piscina, que debía haberse prevenido para evitar el fatal acontecimiento. El Tribunal Supremo desestima el motivo al entender que no existe la omisión denunciada por la recurrente, pues la apreciación de la culpa o negligencia requiere la presencia de la nota de previsibilidad, y aquellas figuras no se producen si la consecuencia fue imprevisible, atendidos los parámetros correspondientes y socialmente aceptados, como ha sucedido en el suceso del debate, toda vez que es ilógico pensar que, al estar la piscina dentro de un recinto vallado en que está prohibido su acceso, así como protegido con cerramientos adecuados, una niña de tres años —dejada, con el resto de la prole menor de edad del deman-

dante, al cuidado de la hermana mayor de trece años de edad— pueda entrar en el mismo a escondidas y caer en la piscina, de manera que corresponde sentar que, al haber tomado D. Fernando las precauciones referidas, el hecho de que se haya producido un siniestro en la piscina se presenta como imprevisible.

En el segundo motivo denuncia que la decisión de la Audiencia no ha estimado la incidencia en el recurrido de una omisión ilícita civil (*culpa in vigilando*), representada por el descuido de dejar abierta, sin cadena ni candado, la puerta de acceso al jardín y la piscina, imputable al mismo, bien por acción u omisión propia o de las personas por las que deba responder. Este motivo vuelve a ser desestimado porque el recurrente, amén de no concretar la identidad de la persona a que se refiere, al exponer en su escrito de interposición del recurso que “no puede eximirse de responsabilidad el recurrido, D. Fernando, alegando haber prohibido la entrada a las hijas del recurrente, D. Juan, a la zona de la piscina, ya que aquel debió vigilar el incumplimiento de sus órdenes e incluso poner medios para evitar accidentes para el supuesto de incumplimiento de las

órdenes, habida cuenta de la corta edad de las hijas de D. Juan y lo previsible del acceso de las mismas a la zona de la piscina”, parece suponer que, al considerarse empleado de D. Fernando, éste debe responder por la negligencia de aquél, y olvida que ha dejado a su hija de tres años con el resto de la prole bajo la vigilancia de otra de trece años, acto, en verdad, inadecuado, así como que la institución de la patria potestad, donde se engloba el cuidado de los descendientes menores de edad, constituye una obligación personal, no extrapolable, por la existencia de una relación de precario entre el progenitor y un tercero, a este último.

En el último motivo el recurrente vuelve a insistir en que la resolución de la Audiencia no ha apreciado en D. Fernando la omisión de la adopción de las medidas preventivas necesarias para evitar el riesgo no ya de ahogamiento, sino también de simple caída en la piscina, puesto que, en caso de la existencia de daños y perjuicios, la ilicitud civil viene establecida por presunción legal que solo desaparece si resulta acreditada la actuación del agente con el cuidado y la diligencia que hubieran requerido las circunstancias del caso. El motivo vuelve a desesti-

marse porque la resolución recurrida, tras analizar los datos demostrativos obrados en el juicio, ha concluido con la precisión de que no alcanza a advertir qué conducta podría haberse adoptado para impedir el suceso y de cuyo incumplimiento pudieran imputarse a D. Fernando sus desgraciadas consecuencias, y esta Sala ha manifestado en numerosas sentencias, de ociosa cita, que el recurso de casación tiene un ámbito limitado y una fisonomía en cierta medida formalista, que veda realizar al Tribunal Supremo una nueva y completa valoración del pleito, y, en verdad, la recurrente trata de convencer al Tribunal del error en la apreciación de la prueba sufrido por el de apelación y no tiene en cuenta que, según se ha declarado reiteradamente en esta sede, aparte de otras, en sentencias de 18 de abril de 1992, 17 de noviembre de 1997, 15 de abril de 1998 y 8 de abril de 1999, el último citado posee, en principio, soberanía para dicha estimación, salvo que ésta resulte ilógica, opuesta a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica, que son supuestos de exclusión no concurrentes en este caso, pues lo contrario transformaría el recurso de casación en una tercera instancia.

2. *Inexistencia de responsabilidad civil del Colegio Público por las lesiones causadas por un menor a otro.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 4 de junio de 1999.
Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

Inexistencia de responsabilidad del Colegio Público por las lesiones causadas a un menor por otro cuando los hechos se produjeron antes de la entrada principal del edificio en que se encuentran las aulas, y por tanto cuando el personal del centro aún no había asumido las funciones de vigilancia de los alumnos a ellos encomendadas.

ANÁLISIS DEL CASO

- El día 24 de abril de 1991, cuando Estefanía jugaba en el Colegio Público de Educación General Básica núm. 2 de Chantada dentro del recinto escolar e inmediatamente antes de entrar a las clases de la tarde, fue empujada por un compañero teniendo que asirse a la cancilla existente en el Centro, momento en el cual, otro compañero de Colegio cerró aquélla, aprisionándole los dedos y produciéndole diversas heridas por aplastamiento de la mano derecha.
- D. José y su esposa D.^a María (padres de Estefanía) formularon demanda de menor cuantía contra el Ayuntamiento de Chantada y la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia solicitando se dictase sentencia por la que se declare la obligación conjunta y solidaria de los demandados (subsidiariamente, individual) de responder de los daños y perjuicios causados a los actores y a sus hijas menores de edad, condenándoles a indemnizar conjunta y solidariamente (subsidiariamente de forma individual) en la cantidad de 26.214.425 ptas. más los intereses legales desde la fecha de la reclamación previa; o subsidiariamente, en la cantidad, mayor o menor, que prudentemente estime el juzgador en vista del resultado probatorio.
- Admitida a trámite la demanda y emplazados los demandados, se personó en autos el Ayuntamiento de Chantada, quien contestó a la misma y tras invocar los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por pertinentes, terminó suplicando al Juzgado dictara sentencia acogiendo las excepciones alegadas de falta de jurisdicción y falta de legitimación pasiva, y, en todo caso, desestime la demanda y absuelva de la misma al Ayuntamiento de Chantada, con imposición de costas a la parte actora.
- El Juzgado de 1.^a Instancia de Chantada dictó sentencia el 25 de enero de 1993 estimando la excepción de incompetencia de la jurisdicción civil.
- En grado de apelación la Audiencia Provincial de Lugo dictó sentencia el 6 de mayo de 1993 confirmando la sentencia apelada en el sentido de rechazar por motivos procesales la demanda en lo que concierne a la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria y, en cambio, por consideraciones materiales, con relación al Ayuntamiento de Chantada.
- D. José y D.^a María interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La responsabilidad de las personas y entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior que establezca el artículo 1903, en su apartado quinto, por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad, se halla condicionada temporalmente en el sentido de que tales daños y perjuicios han de ser causados “durante los periodos de tiempo en que los mismos (los alumnos menores de edad) se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias”, lo que encuentra su razón de ser en que, tratándose de una responsabilidad por culpa *in vigilando*, las funciones de guarda y custodia sobre aquellos alumnos sólo se transfieren a los profesores o cuidadores del Centro desde el momento de la entrada en el mismo de los alumnos hasta su salida de él finalizada la jornada escolar (en este sentido, SSTs de 10 de noviembre de 1990, 3 de diciembre de 1991, 15 de diciembre de 1994 y 10 de diciembre de 1996). Por ello era requisito necesario para la prosperabilidad de la acción indemnizatoria ejercitada la prueba de que las lesiones sufridas por la menor hija de los actores se produjeron

durante ese lapso de tiempo en que los alumnos quedaban sujetos a la vigilancia del personal del Centro, lo que no se ha conseguido en autos ya que los hechos ocurrieron al acceder la menor al recinto exterior del colegio por una cancilla situada a unos veinte metros de la entrada principal del edificio en que se encuentran las aulas, cancilla que separa ese espacio exterior del colegio de la vía pública, por lo que no puede afirmarse que los hechos se produjeron cuando el personal del centro había asumido ya las funciones de vigilancia de los alumnos a ellos encomendados; faltando este presupuesto necesario para la exigencia de la responsabilidad demandada procede desestimar la demanda en cuanto al fondo en relación con la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia y desestimar el motivo quinto del recurso en que, alegando infracción del artículo 1902 del Código Civil, del artículo 25.2 letra n) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, y de la disposición adicional segunda núm. 1 de la Ley Orgánica núm. 8/1985, de 3 de julio, se ataca la sentencia recurrida en cuanto absuelve al Ayuntamiento de Chantada de la demanda formulada.

IX. PENAL

1. *Indemnización por accidente de circulación a favor de la esposa separada y de la conviviente de hecho del causante.*

Tribunal Supremo, Sala 2.^a, Sentencia de 5 de julio de 1999.

Ponente: Excmo. Sr. D. Gregorio García Ancos.

Concesión de una indemnización a la esposa del causante aun cuando se hubiese dictado sentencia de separación si la firmeza se alcanzó con posterioridad a dicho fallecimiento. Indemnización a la conviviente de hecho en la misma cuantía que a la esposa del fallecido.

ANÁLISIS DEL CASO

- El día 12 de junio de 1996 se produjo un accidente de tráfico tras la salida de la calzada del vehículo conducido por D. Ricardo, en el que fallecieron los ocupantes D. Jorge (nacido el 3-5-1963) y Adolfo (nacido el 24-11-1966).
- D. Jorge había contraído matrimonio el 23-12-1989 con D.^a María Luz, con un hija común Wendy nacida el 14 julio 1991, si bien la esposa presentó demanda de separación matrimonial, con medidas provisionales, fechada el 3 de diciembre de 1993. Resolviéndose las medidas por auto de 7 de junio de 1994, decretándose la separación provisional de los cónyuges, atribuyéndose a la madre la guarda y custodia de la hija, así como el disfrute del domicilio conyugal, fijándose como contribución a las cargas del matrimonio 30.000 pts. La sentencia de separación dictada por el Juzgado recayó el 16-1-95, y en apelación el 11-11-96 —ya fallecido Jorge—, rebajándose la contribución a 20.000 pts. M.^a Luz cobra también pensión de viudedad y orfandad.
- El fallecido convivía con Ana desde hacía unos 2 años aproximadamente, en un domicilio común y como pareja, constando que abonó gastos del entierro y funeral por importe de 327.951 pts.
- El Juzgado de Instrucción número 4 de La Coruña instruyó sumario y, una vez concluso, lo elevó a la Audiencia Provincial de la misma Capital, que con fecha veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y siete dictó sentencia condenando al conductor del vehículo (D. Ricardo) como autor de dos delitos de homicidio culposos sin la concurrencia de circunstancias modificativas a la pena de un año de prisión por cada delito, con la accesoria de suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y privación del permiso de conducir por un año, igualmente por cada delito, debiendo indemnizar con responsabilidad solidaria y directa de la entidad de seguros, entre otras, a D.^a María Luz en seis millones de pts., a la menor Wendy en 14 millones de pts. y a D.^a Ana en la cantidad de 3 millones de ptas. y 327.951 pts. por gastos de funeral.
- D.^a Ana interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo y en virtud del cual se le concedieron seis millones de pesetas de indemnización.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El inicial motivo de esta recurrente se alega con sede procesal del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración. El segundo, también por infracción de ley, por haberse conculcado el Anexo de la Ley 30 de 8 de noviembre de 1995 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. El tercero por vulneración de los artículos 14, 24 y 39.1 de la Constitución Española.

Sostiene la recurrente a estos efectos que el baremo de la Ley de 8 de noviembre de 1995 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados no puede ser obligatorio en su aplicación por contradecir los artículos 109, 110, 113 y 115 del Código Penal y de serlo, habida cuenta que existe entre uniones conyugales de hecho y de derecho, o bien a esta última no le correspondería indemnización alguna por ser cónyuge separada legalmente o bien y en todo caso a la recurrente se le debería haber asegurado la mitad de la cantidad que señala el referido baremo, es decir, seis millones de pesetas por tratarse de una unión de hecho consolidada al tiempo de fallecer su compañero, y ello por concurrir dos perjudicadas.

Los problemas concretos que plantea la recurrente son dos: si a la mujer del fallecido no le corresponde indemnización de clase alguna por hallarse separada legalmente en el momento del óbito y, en todo caso, si dicha recurrente, en su calidad de pareja de hecho estable, tiene derecho a percibir la

mitad de la cuantía que establece el baremo, es decir, seis millones de pesetas, en vez de los tres concedidos. La solución que entendemos adecuada es la siguiente:

a) Respecto a lo primero, podría ser razonable lo propugnado en el recurso, ya que la propia Sala reconoce que se había dictado sentencia de separación por el Juzgado, aunque no fuera firme hasta después del fallecimiento del causante. Sin embargo no poseemos los datos suficientes para afirmar la falta de derechos indemnizatorios a favor del cónyuge y contradecir así lo acordado por el Tribunal *a quo*, cuya solución hemos de respetar.

b) No sucede lo mismo con el segundo problema, pues si demostrado ha sido que la recurrente formaba pareja de hecho estable con la víctima y si la norma equipara esta situación a la producida por la unión matrimonial, no comprendemos cómo dicha Sala, sin hacer además ningún tipo de motivación en este punto, concede únicamente la cantidad de tres millones de pesetas, cuando al concurrir con el indicado cónyuge, y tener como mínimo los mismos derechos que éste, se le debe indemnizar, en pura lógica, en la mitad de lo establecido en el Anexo, es decir, en seis millones de pesetas que resulta de dividir doce entre dos, cantidad idéntica a la acordada para la esposa. Insistimos, es difícil comprender las razones que condujeron a la Sala sentenciadora a conceder la suma reducida de esos tres millones.

X. SUCESIONES

1. *División de cosa común entre herederos.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 11 de mayo de 1999.

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

Improcedencia de la división material de una finca cuando las obras a realizar suponen un gasto considerable entre los condóminos, por lo que para la extinción de la comunidad se acuerda la venta en pública subasta.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. José Tomás y D.ª María de los Ángeles interpusieron demanda de menor cuantía contra D.ª Benita, D. Sergio Lorenzo, D.ª María Sonsoles, D. Enrique Mateo, D. Jesús, D. Luis Lorenzo, D. Antonio, D. José María y don Francisco Javier (estos últimos como hijos y sucesores de D.ª Teresa), en la que solicitaron que: “En su día dicte sentencia en la que, estimando íntegramente la demanda, se disponga lo siguiente: a) La disolución de la comunidad que tiene por objeto la finca descrita en el hecho primero de la demanda. b) La venta en pública subasta de la finca, con reparto del precio a cada comunero en atención a sus cuotas. c) Alternativamente, y para el supuesto de no aceptarse la petición del apartado b) precedente, se disponga la división material de la finca, con formación de lotes, con arreglo a las cuotas de cada comunero, teniendo en cuenta que uno de dichos lotes ha de representar el 60% de la finca, equivalente a la cuota de los actores, sentando las bases necesarias que resulten del proceso, para la concreción de los lotes en ejecución de sentencia. d) Se impongan las costas a la parte demandada”.
- Los demandados se personaron en autos y se opusieron a la demanda solicitando que se dictase sentencia declarando el derecho del demandante a salir de la comunidad adjudicándole las piezas, viviendas o elementos del edificio que le correspondan.
- El Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Ávila dictó sentencia el 30 de diciembre de 1993 estimando parcialmente la demanda y acordando la disolución de la Comunidad existente entre las partes en el edificio de la

calle Reyes Católicos de Ávila, y la división material de la finca, con formación de lotes con arreglo a las cuotas de cada comunero, siendo de aplicación las reglas establecidas para la división de la herencia, sin que haya lugar a la venta en pública subasta de la mencionada casa.

- En grado de apelación, la Audiencia Provincial de Ávila dictó sentencia el 10 de mayo de 1994 estimando el recurso de apelación interpuesto por los actores y disponiendo que para la disolución de la comunidad se proceda a la venta en pública subasta de la finca, con reparto del precio a cada comunero en atención a sus cuotas.
- Los demandados interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los recurrentes combaten la decisión del Tribunal de apelación que decretó que procedía, respecto al inmueble del que son copropietarios con los actores del pleito, su venta en pública subasta, mostrando conformidad a que se realizase la división de la comunidad, mediante la adjudicación por lotes, que serían dos, uno que comprendería el 60% del edificio, en relación a la participación dominical de los demandantes, y el otro, el 40%, de los demandados, relacionados por vínculos familiares, la mayoría de los cuales han promovido esta casación. Sostienen que la sentencia de la Audiencia provincial ha infringido los arts. 400 y 401 del CC, ya que la división resulta procedente, en cuanto no hay pacto común de indivisión y la casa del pleito no resulta inservible para el uso a que se destina, de practicarse la distribución de la misma entre los copropietarios según sus cuotas.

Señala el Tribunal Supremo que la regla general que rige las comunidades de bienes es que éstas no permanezcan en tal situación en forma indefinida, conforme a nuestro Derecho tradicional —Las Partidas decían que las cosas se gobiernan mejor cuando son de uno solo que cuando son de varios (SS. de 5-11-1924 y 28-11-1957)—, por eso el Código autoriza a los condóminos a pedir el cese de tal estado, que tiene las siguientes

limitaciones: a) Cuando hay pacto vinculante entre los partícipes para continuar la situación indivisoria por el tiempo autorizado por la ley o resulta impuesta por el donante o testador, que no es caso que nos ocupa; b) Si la cosa resultase inservible, según su uso y destino, por consecuencia de la división a practicar (artículo 401) y c) Si fuese esencialmente indivisible o desmereciese mucho por la división, sin que medie acuerdo para su adjudicación a alguno o algunos de los copartícipes (artículo 404 del Código Civil), en cuyo caso el Legislador optó por la solución de proceder a la venta pública con reparto del precio obtenido.

A tales limitaciones cabe añadir la situación particular que para los edificios establece el párrafo segundo del artículo 401, en cuanto autoriza su división, siempre y cuando sus propias características permitan la adjudicación de pisos o locales independientes con sus elementos comunes, instaurándose entonces régimen de propiedad horizontal, con lo cual lo que se produce es transformación de la situación originaria de comunidad de bienes en la alcanzada de propiedad horizontal, que responde más bien a una división formal y autónoma material. La declaración del precepto resulta abierta, pues no sólo permite incluir como supuestos de indivisión los que, atendiendo

a las características estructurales o arquitectónicas, no hacen posible la división en aprovechamientos individualizados e independientes del total edificado, con salidas que se practiquen a elementos comunes o a la vía pública, sino también todos aquellos en los que el mal estado del bien impone la realización de obras importantes y caras, cuyo abono se les impondrá a todos los copartícipes.

La sentencia recurrida no decretó que la casa fuera indivisible físicamente, como tampoco que de practicarse su división resultara inservible conforme a su destino, sino que atendió a las características y circunstancias concurrentes, sentando como hecho probado, dotado de firmeza casacional, que el edificio necesitaba, como actividad previa y necesaria a su adjudicación por lotes entre los condueños y para permitir su correcta utilización, llevar a cabo obra material de rehabilitación, que alcanzaría elevado coste y no resulta posible obligar a todos los comuneros (algunos no se personaron en el pleito) a pechar con las referidas obras subsanadoras del estado de abandono que afecta a parte del edificio.

Así las cosas nos encontramos ante supuesto de indivisibilidad jurídica, en la que subyacen criterios económicos. La jurisprudencia

de esta Sala la ha aplicado a casos como el que nos ocupa, cuando la división a practicar origina necesariamente unos gastos considerables entre los partícipes (SS. de 25-11-1932, 11-6-1976, 7-3-1985, 26-6-1990, 25-1-1993, 3-4-1995 y 13-7-1996).

Por otro lado sostienen los recurrentes que, teniendo en cuenta que sus cuotas y subcuotas integran el 40% con la venta pública se obtendría un precio menor y serían los demandantes los que se quedarán con la casa en su integridad. A ello responde el Tribunal Supremo indicando que “el artículo 401 no excluye, pues ni lo refiere y menos lo prohíbe expresamente, la extinción de la comunidad por la venta pública de su objeto común y no se genera desequilibrio alguno o situación abusiva para los interesados, pues las partes ante la misma mantienen posturas de igualdad jurídica (Sentencia de 27-12-1994), ya que todos ceden su posición de condueños plurales que pasa por entero al adjudicatario vencedor en la subasta, lo que no está preordenado lo sea a favor de uno de ellos, ya que puede alcanzar estado de adjudicatario tanto un tercero como cualquiera de los integrantes de la comunidad que, de esta forma, se extingue, y lo que en realidad se divide entonces es el precio obtenido de la venta.

2. *Nulidad de partición hereditaria.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 8 de junio de 1999.

Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.

Declaración de nulidad de las operaciones particionales llevadas a cabo sin la previa liquidación de la sociedad de gananciales y declaración de nulidad de la cláusula testamentaria por la que el testador sanciona con la legítima estricta al heredero que promueva contienda judicial sobre la partición.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. José Antonio promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía, sobre nulidad de disposiciones testamentarias y otros extremos, contra sus hermanos D.^a María Emilia, D.^a María Lourdes y D. Juan José, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado: “Que se dicte sentencia, por la que, estimando la demanda, se proceda a: 1) Declarar la nulidad de la partición hecha por don José o alternativamente: Declarar la nulidad de las cláusulas primera, cuarta y novena —atañente al deseo del testador de impedir la intervención judicial en las cuestiones de su testamentaría, bajo sanción al heredero que de alguna forma la promoviera de quedar reducido a percibir estrictamente su cuota legitimaria mínima— del testamento de don José; o, alternativamente, declarar la ineficacia de las adjudicaciones hechas en el mismo testamento, respecto de la parte o derecho no perteneciente al testador, así como la reducción de las disposiciones testamentarias que infrinjan la legítima de don José Antonio, como heredero forzoso de don José. 2) Declarar la nulidad de todas las operaciones posteriores hechas según dicho testamento, en particular, la nulidad del contrato de compraventa de la oficina de farmacia. 3) La liquidación de la sociedad de gananciales formada por D. José y D.^a María Lourdes y posterior división y adjudicación de los bienes de la herencia de D.^a María Lourdes, de acuerdo con sus disposiciones testamentarias. 4) La división y adjudicación de los bienes de la herencia de don José. 5) La imposición de las costas de este procedimiento a los demandados”.
- El Juzgado de Primera Instancia Número Uno de Vigo dictó sentencia el 18 de enero de 1994 desestimado íntegramente la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 1.^a de la AP de Pontevedra dictó sentencia estimando parcialmente el recurso interpuesto por don José Antonio y con desestimación del que dedujo por adhesión doña Emilia y doña Lourdes V. S. revocó en parte la sentencia de instancia declarando la nulidad de la cláusula novena del testamento otorgado por don José, así como de las operaciones posteriores de partición llevada a cabo por contador-partidor; de igual modo declara que ha de procederse a la liquidación de la sociedad de gananciales formada por D. José y D.^a María Lourdes, como presupuesto previo para la posterior división y adjudicación de los bienes de las respectivas herencias de los mismos.
- D.^a María Emilia, D.^a María Lourdes y D. Juan José interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los tres hermanos recurrentes en casa-ción entienden que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial ha aplicado indebidamente el art. 6.3 del Código Civil, toda vez que, según denuncian, la sentencia de instancia no ha valorado que la cláusula novena del testamento otorgado por D. José, relativa a su deseo de impedir la intervención judicial en la testamentaria y la sanción, al heredero que la promoviera, de percibir únicamente la cuota legitimaria mínima, tiene una gran tradición y aceptación entre las disposiciones testamentarias de nuestra vida jurídica; y otro, por infracción del artículo 675, párrafo segundo, del Código Civil, ya que, según manifiesta, aquella resolución ha entendido que la indicada cláusula participa de la naturaleza de acto ilícito, cuando no posee tal carácter. Dicho motivo es desestimado por el Tribunal Supremo en base a la tesis de que la decisión de la Audiencia ha seguido la reiterada línea jurisprudencial en esta materia, amén de que, como la voluntad del causante constituye la regla principal en la sucesión testamentaria, la cuestión relativa a la prohibición de la intervención judicial en los espacios de la partición y distribución de bienes hereditarios, cuando dichos actos son efectuados por el testador o se atribuyen al contador-partidor, se admite, en general, como válida en la doctrina científica, pero si la partición adoleciera de algún vicio de nulidad o lesionase derechos de los legitimarios, puede ser impugnada, pues lo contrario conculcaría el ordenamiento sucesorio, como ocurre en este caso, donde obra acreditado la falta de la liquidación de la sociedad de gananciales habida entre D. José y D.^a María Lourdes y, sin embargo, los bienes de la misma se han incorporado a la partición efectuada.

En otro orden de cosas, sostienen los recurrentes que la sentencia recurrida entiende que el cuaderno particional confeccionado por el contador-partidor D. Bernabé, pro-

tolizado ante notario el 6 de febrero de 1989, omite la operación fundamental de la liquidación de la sociedad de gananciales y lo declara nulo, pese a que la misma aparece practicada en el referido cuaderno; y por otro, que se ha infringido el artículo 1404 del Código Civil, puesto que, según expresan, la sentencia recurrida entiende que en el cuaderno particional no se ha procedido a la previa liquidación de dichos bienes gananciales, pero, por el contrario, consta en el mismo la determinación de su haber y su división por mitad entre los herederos de los causahabientes. El Tribunal Supremo vuelve a desestimar estos motivos señalando lo siguiente:

“De una parte, el artículo 1392 del Código Civil se refiere a las situaciones de la conclusión de pleno derecho de la sociedad de gananciales, y, de otra, la cuestión atañente a la liquidación del régimen económico conyugal hace mención a aquellos estados de comunidad de bienes o de ganancias en que, durante la vigencia del matrimonio, se ha formado un caudal común, que corresponde distribuir entre sus cotitulares una vez desaparecido el motivo legal de su existencia, lo que afecta principalmente a los sistemas de sociedad de gananciales y de participación, detallados en el Código Civil y a los similares regulados en los derechos de las comunidades autonómicas, si bien también en los casos en que el matrimonio se ha regido por el sistema de separación de bienes puede haber lugar, recaída sentencia firme de nulidad, separación o divorcio, a liquidar determinadas consecuencias de dicho régimen económico, como ocurre en el supuesto previsto en el artículo 1439 del Código Civil en que uno de los cónyuges ha de rendir cuentas de los frutos percibidos y producidos por los bienes del otro esposo, administrados por aquél.

Cuando los cónyuges, o sus herederos, no realicen voluntariamente la liquidación del régimen que disciplinaba sus relaciones pa-

trimoniales, o no se hayan sometido al arbitraje de un tercero, permitido por el artículo 2.1.a) de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, cualquiera de ellos está facultado a acudir a la vía judicial con el objeto de obtener dicha liquidación, e idéntica facultad cabe establecer respecto a los causahabientes de aquéllos.

La liquidación no supone sólo distribuir y adjudicar bienes, sino que debe dejar resuelto el destino de las obligaciones pendientes de ejecución y, sobre todo, ha de determinar la ganancia partible, habida cuenta de que solo a través de ella cabe establecer el haber líquido sometido a partición, lo cual supone la formación de los inventarios, el avalúo y la tasación de los bienes, la determinación del pasivo de la sociedad y el establecimiento de las operaciones precisas para su pago, la fijación del remanente líquido y su distribución, así como la adjudicación de bienes para su pago.

En la coyuntura del debate, en 4 de abril de 1984, fecha en que don José V.P. otorgó testamento, los bienes gananciales pertenecientes a la referida sociedad conyugal pendían de liquidación, sin que los cónyuges hubieran establecido las reglas sobre el acti-

vo y el pasivo de la sociedad, el pago de las deudas existentes, en su caso, respecto a ella, el orden de prelación para su abono, la efectividad de las indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge y la liquidación del remanente, de manera que tal patrimonio correspondía a la comunidad formada por D. José y sus cuatro hijos, como causahabientes de su madre, no teniendo aquél facultad de disposición sobre los propios bienes gananciales, sino una titularidad parciaria sobre el conjunto de los mismos.

En definitiva, era obligada la liquidación de la sociedad de gananciales como presupuesto previo a la práctica de las operaciones particionales, cuya omisión, valorada debidamente por la resolución de instancia, provoca el percimiento de estos motivos.

Cuestiones distintas son que no se ha conformado en este caso un legado de cosa ajena, donde el heredero está obligado a adquirirla para entregarla al legatario y, no siéndole posible, a dar a éste su justa estimación; como, también, que es preciso respetar la voluntad del testador sobre su propia herencia; cuyos razonamientos se incluyen *obiter dicta*, o a mayor abundamiento”.

3. *Ineficacia de donación efectuada en documento privado.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 19 de junio de 1999.
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.

La donación de bienes inmuebles hecha en documento privado carece en absoluto de validez, al ser requisito esencial de la misma (ad solemnitatem) que se haya originariamente instrumentado en escritura pública (artículo 633 del Código Civil).

ANÁLISIS DEL CASO

- Mediante sendas escrituras públicas de fecha 18 de abril de 1977, D.ª Antonia de una parte, y la entidad mercantil E., de otra, celebraron sendos con-

tratos de permuta mediante los cuales la primera transmitía a la referida entidad mercantil la propiedad de las dos parcelas de terreno o solares edificables a cambio de lo cual la aludida entidad mercantil se obligaba a entregar a D.^a Antonia diversos locales comerciales del edificio o edificios a construir en los referidos solares edificables.

- Con fecha 12 de febrero de 1979, D.^a Antonia y sus hijos D. Fausto y D. Gabriel, y, de otra, la entidad E., extendieron un documento privado y un anexo en el que las mismas partes hicieron constar que en el día de la fecha se reconoce que ambas permutas han sido entregadas a entera satisfacción de D.^a Antonia. Que se acuerda que las permutas núms. 643 y 644 corresponden en propiedad a partir de la fecha de hoy a su hijo D. Gabriel, con todos sus derechos y obligaciones, siendo por su cuenta todos los pagos de contribución, arbitrios, plusvalías y demás que pudieran surgir por razón de la posesión de dicho local, aunque no vinieran los recibos a su nombre. Y que en el momento en que se precise podrá hacerse un documento o acta notarial que refleje estos apartados. En virtud de lo estipulado en las referidas escrituras públicas números 643 y 644, a D.^a Antonia le correspondieron tres locales comerciales, que figuran inscritos a su nombre en el Registro de la Propiedad de Villafranca del Penedés, como fincas registrales números 14062, 14114 y 14116.5.^o
- D.^a María Isabel (viuda de D. Gabriel que falleció el 29 de marzo de 1981), en su propio nombre y en representación, como titular de la patria potestad de su hija menor Meritxell, contra su suegra D.^a Antonia, sobre anotación preventiva de derechos hereditarios, solicitando que se dicte sentencia que contenga los siguientes pronunciamientos: “a) Que se declare que las fincas descritas en el hecho primero de esta demanda fueron cedidas, en virtud de contrato privado de fecha 12 de febrero de 1979 por D.^a Antonia, al difunto esposo de mi representada, D. Gabriel; siendo la meritada cesión absolutamente válida y eficaz y como únicos herederos del contratante mis patrocinados D.^a María Isabel y D.^a Meritxell. b) Que se condene a D.^a Antonia, a la entrega y/o al reconocimiento de la entrega de aquellas fincas ya poseídas por mi patrocinada, formalizando asimismo la oportuna escritura pública de cesión a favor de las legítimas herederas. c) Que se condene a D.^a Antonia T.B. a estar y pasar por tales pronunciamientos y al abono de las costas de este litigio”.
- D.^a Antonia contestó a la demanda planteando la excepción de falta de interposición de demanda, previa o simultáneamente, de nulidad de las inscripciones de las fincas registrales objeto del litigio de titularidad registral a favor de la demandada que reclama la actora, falta de requisitos necesarios para que proceda la reivindicación y declaración de dominio a favor de la actora de las fincas reclamadas. Alegó los hechos y fundamentos de dere-

cho que constan en autos formulando a su vez reconvencción, en la que postuló “se declare que las fincas descritas en el hecho primero de la demanda principal son de pleno dominio de mi poderdante, condenando a la reconvenida a estar y pasar por dicha declaración respetando la pertenencia y propiedad sobre dichas fincas a favor de mi representada, así como la vivienda sita en el Passatge Regull de esta villa, cesando en la administración y cobro de alquileres con revocación de todo tácito encargo que pudiera atribuirse tácitamente de mi mandante, a los efectos legales procedentes, con costas.

- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 2 de Villafranca del Penedés dictó sentencia el 23 de marzo de 1994 desestimando la demanda interpuesta y estimando la reconvencción planteada por D.^a Antonia, declara la plena propiedad de D.^a Antonia sobre los locales objeto del litigio y sobre la vivienda del Pasaje Regull, con revocación de todo acuerdo tácito que D.^a M.^a Isabel pudiera tener para administrar estas fincas, y con imposición de costas a la parte actora.
- En grado de apelación, la Sec. 1.^a de la AP de Barcelona dictó sentencia el 14 de septiembre de 1994 desestimando el recurso interpuesto por D.^a María Isabel.
- D.^a M.^a Isabel interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La viuda e hija reclaman la propiedad de unos locales comerciales que entiendo pertenecían a su esposo, a lo que se opone su suegra. Sin embargo, tanto la sentencia del Juzgado como la de la Audiencia Provincial, interpretando la estipulación letra H) del documento privado de fecha 12 de febrero de 1979, llegan a la conclusión de que la transmisión de la propiedad de locales comerciales que se dice hacer, mediante dicha estipulación, constituye, en realidad, una donación de bienes inmuebles que, al no haber sido instrumentada en escritura pública, carece de toda validez y eficacia. Concretamente se señala que “En definitiva aparece de lo actuado que la demandada tenía ‘intención de ceder’ al hijo fallecido unos locales pendientes de construir y aunque posteriormente toleró su ocupación y uso en nin-

gún momento perfeccionó la donación mediante escritura pública, requisito *ad solemnitatem* que hace ineficaz cualquier expectativa de transmisión gratuita de lo reivindicado y no puede, por otra parte, considerarse probado que la cesión correspondiera a un contrato oneroso, mediante precio”.

La recurrente denuncia la infracción del artículo 1282 del Código Civil —para juzgar la intención de los contratantes deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato— e impugna la interpretación que tanto el juzgado como la Audiencia hacen de lo establecido en la estipulación H) del documento privado de fecha 12 de febrero de 1979, viniendo a sostener que no se trata de una do-

nación sino de una cesión a título oneroso, cuya calificación pretende obtenerla del acto coetáneo de que D.^a Antonia entregó a su hijo D. Gabriel la posesión de los locales comerciales y del acto posterior de que, mediante escritura pública de fecha 29 de enero de 1983, D.^a Antonia hizo a su otro hijo, D. Fausto, una cesión de varios derechos, relacionados con la permuta originaria, por el precio de trescientas cuarenta mil pesetas.

El motivo de impugnación es desestimado por el Tribunal Supremo señalando éste que es reiterada doctrina de la Sala, cuya notoriedad excusa una cita pormenorizada de la misma, la de que la interpretación de los contratos es función propia de los juzgadores de la instancia, cuyo resultado exegético ha de ser mantenido invariable en casación, a no ser que el mismo sea absurdo, ilógico o conculcador de alguna de las normas de la hermenéutica contractual, nada de lo cual es predicable de la correcta calificación que la sentencia recurrida (en plena coincidencia con la de primer grado) ha hecho de la estipulación H) del documento privado de fecha 12 de febrero de 1979, calificándola como una donación de inmuebles hecha en documento privado, ya que en dicha estipulación no se pacta, ni siquiera se insinúa, ninguna contraprestación en favor de D.^a Antonia, sin que el hecho, aquí aducido por la recurrente, de que ésta entregara a su hijo D. Gabriel la posesión de los locales comerciales litigiosos pueda tener virtualidad alguna para transformar en contrato oneroso la expresada donación (al no haberse pactado, repetimos, contraprestación al-

guna en favor de D.^a Antonia) y sin que, por otra parte, pueda tampoco tener la más mínima trascendencia, al objeto impugnatorio aquí pretendido por la recurrente, el hecho de que D.^a Antonia hiciera, mediante escritura pública de fecha 29 de enero de 1983, a su otro hijo, D. Fausto, una cesión de varios derechos por el precio de trescientas cuarenta mil pesetas, ya que esto no guarda en absoluto relación alguna con el tema litigioso objeto del proceso al que se refiere el presente recurso.

En el motivo segundo, se denuncia infracción del artículo 1279 del Código Civil y en su alegato viene a sostener, en esencia, la recurrente que, conforme a dicho precepto, las partes pueden compelerse recíprocamente a elevar a escritura pública un contrato celebrado mediante documento privado. A tal efecto señala el Tribunal Supremo que el expresado e insólito motivo también ha de ser desestimado, ya que el precepto que aquí invoca la recurrente como supuestamente infringido carece en absoluto de aplicación al caso aquí debatido, ya que dicho precepto presupone para su aplicación que se trate de un contrato válidamente celebrado, lo que no concurre en el presente supuesto litigioso, ya que una donación de bienes inmuebles hecha por documento privado (que es el caso aquí contemplado) carece en absoluto de validez, al ser requisito esencial de la misma (*ad solemnitatem*) que se haya originariamente instrumentado en escritura pública (artículo 633 del Código Civil), lo que aquí no ha ocurrido.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

I. PENSIONES DE VIUEDAD

1. *No recuperación de la pensión de viudedad extinguida.*

TSJ Cataluña, Sentencia de 27 de abril de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Adolfo Matías Colino Rey.

No recuperación de la pensión de viudedad que quedó extinguida por contraer segundas nupcias la beneficiaria aun cuando este segundo matrimonio fuese declarado nulo con posterioridad.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a M.^a Dolores fue titular de una pensión de viudedad del Régimen General de la Seguridad Social causada por D. Fernando, fallecido el 14-11-67, que se extinguió en 30-6-69 por contraer segundas nupcias con D. Carlos.
- Por sentencia del Tribunal Eclesiástico de Barcelona de fecha 12-4-96, confirmada por el Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica del Vaticano en Madrid, se declaró la nulidad de dicho segundo matrimonio, por grave defecto de discreción en el varón, sin constar expresamente mala fe de ninguno de los contrayentes. Su eficacia en el ámbito civil se declaró mediante auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 45 de los de Barcelona de fecha 13-2-98.
- El 5 de mayo de 1997 D.^a M.^a Dolores solicitó la rehabilitación de la extinguida pensión de viudedad, lo que se desestimó mediante resolución de la DP del INSS de fecha 16-9-97.

- El Juzgado de lo Social dictó sentencia desestimando la demanda interpuesta por D.^a M.^a Dolores.
- D.^a M.^a Dolores interpuso recurso ante el TSJ de Cataluña que fue desestimado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia de instancia argumenta que no puede rehabilitarse una pensión ya extinguida como consecuencia de haber contraído la beneficiaria nuevas nupcias, pues del mismo modo que, en tales casos, no puede excluirse la condición de beneficiaria a la futura pensión de viudedad, al igual que si se tratara de un matrimonio disuelto por divorcio, tampoco cabe otorgar un estatuto privilegiado para el cónyuge del matrimonio declarado nulo a los efectos de poder rehabilitar una anterior pensión de viudedad.

Entiende la recurrente que la resolución que impugna ha infringido el artículo 174.1 de la Ley General de la Seguridad Social, que reconoce el derecho de el/la viudo/a a ser beneficiario/a de la pensión de viudedad, como consecuencia del fallecimiento del causante, salvo que concurra causa de extinción; ahora bien, lo que solicita la demandante no es el reconocimiento originario del derecho —en su día ya fue beneficiaria de la pensión—, sino su recuperación, al haberse extinguido aquella como consecuencia de haber contraído nuevas nupcias y haberse declarado la nulidad de este matrimonio.

Argumenta la parte recurrente que la declaración de nulidad del matrimonio provoca que dicho acto no produzca efectos de ninguna clase, lo que debe conducir al restablecimiento de la situación anterior a la celebración del mismo y, entre ellos, al reconocimiento de la pensión de viudedad, argumentación que no puede ser compartida, pues, como se razona en la sentencia de instancia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1994 reconoció la condición de beneficiario de la pensión de viudedad en el caso de declaración de nulidad de matrimo-

nio existente con el causante, equiparándolo a los supuestos de divorcio, lo que debe tener trascendencia desde la perspectiva que ahora se analiza que no es otra que la de recuperar la pensión de la que en su día fue beneficiaria la demandante.

La declaración actual de nulidad matrimonial viene precedida de una anterior disolución, por divorcio, del matrimonio existente entre la demandante y su segundo esposo, siendo compartidos por la Sala los argumentos de la sentencia de instancia ya que tal declaración de nulidad, otorgada con posterioridad al divorcio, implicaría una situación privilegiada, en la medida en que, de acuerdo con los criterios actuales, únicos valorables, la demandante conservaría, de aceptarse su tesis, un doble derecho a ser beneficiaria a la pensión de viudedad; por un lado, como consecuencia del fallecimiento del primer esposo, al poder recuperar la pensión de viudedad de la que en su día fue beneficiaria, que quedó extinguida por contraer nuevo matrimonio y, por otro lado, un derecho expectante, como consecuencia del segundo matrimonio celebrado. En tal sentido, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 79 del Código Civil, en cuanto a los efectos para el cónyuge de buena fe, los cuales subsisten a pesar de la declaración de nulidad del matrimonio, siendo dicho supuesto distinto del que se deriva de la declaración de nulidad de un acto jurídico, el cual no produce ningún efecto en el ámbito jurídico, por lo que no puede aplicarse el mismo criterio que respecto a éstos sobre la reposición al estado de todas las situaciones jurídicas anteriores a la celebración del acto nulo; en este, la declaración de

nulidad del acto provoca que quede sin causa justificativa el otro acto jurídico paralelo que se realiza, volviendo al estado de cosas inicial, antes de que se declare aquella nulidad, mientras que la declaración de nulidad del matrimonio no implica, necesariamente, la de aquellos otros actos realizados en conexión con aquel, porque expresamente el Código Civil atribuye la subsistencia de determinados efectos para el cónyuge de buena fe y la doctrina unificada ya citada viene reconociendo el derecho a la pensión de viudedad en los casos de declaración de nuli-

dad del matrimonio, criterio posteriormente recogido en la Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 3 de abril de 1995 (BOE del 10 de abril), en la que se acuerda aplicar las previsiones del artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social —relativo al reconocimiento del derecho de la pensión de viudedad en cuantía proporcional al tiempo convivido con el causante, en los supuestos de separación o divorcio— a los casos de matrimonios declarados nulos.

2. Fechas para computar la cuantía de la pensión de viudedad.

TSJ Castilla-La Mancha, Sentencia de 31 de mayo de 1999.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Concepción Santos Martín.

A los efectos de fijar el porcentaje de la pensión de viudedad hay que tener en cuenta el tiempo de convivencia efectiva, siendo indiferente la fecha de la sentencia de divorcio.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a María contrajo matrimonio con D. Daniel el 4 de junio de 1977 naciendo de dicho matrimonio dos hijos, Eva, nacida el 11 de diciembre de 1977, y Daniel, nacido el 9 de octubre de 1979.
- Por Sentencia de 26 de febrero de 1986 dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Tres de Pamplona se declaró la disolución del matrimonio aprobando el Convenio Regulador suscrito por ambos y ratificado por separado teniendo por disuelto el Régimen Económico Matrimonial. La demanda de divorcio se formuló de mutuo acuerdo por ambos cónyuges, constando que en dicho procedimiento se practicó prueba testifical tendente a acreditar la cesación de la convivencia matrimonial desde primeros de 1980, obrando en autos el interrogatorio de preguntas a las que fueron sometidos los testigos, y el testimonio de la prueba testifical practicada tendente a acreditar dicho extremo, dándose por reproducida dicha documen-

tal, fijándose en la Sentencia de divorcio que los cónyuges habían cesado en la convivencia efectiva desde primeros de 1980.

- El 8 de abril de 1995 D. Daniel contrajo nuevo matrimonio con D.^a Zelia, matrimonio del cual nació un hijo. El día 6 de Junio de 1998 falleció D. Daniel, estando casado legalmente en aquella fecha con D.^a Zelia.
- Solicitadas del Instituto Nacional de la Seguridad Social las correspondientes pensiones de viudedad por D.^a María y por D.^a Zelia, la Entidad Gestora demandada dictó resolución el 30 de junio de 1998 acordando conceder a la ahora demandante una pensión de viudedad de 18.140 pts. mensuales con efectos de 7 de junio de 1998.
- D.^a María formuló reclamación previa en solicitud de reconocimiento de una mayor pensión de viudedad, como consecuencia de aplicar un mayor porcentaje del baremo, fundamentando que hasta la fecha del divorcio estuvieron casados (sic) y que debía ser la fecha efectiva del divorcio la determinante de la aplicación del porcentaje de la pensión correspondiente, invocando una resolución de 23 de junio de 1989 en la que se aplicaba el criterio de no exigir el requisito de convivencia bajo el mismo techo.
- Por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 30 de septiembre de 1998 se desestimó la reclamación previa ratificando la resolución inicial, señalando que se habían computado 941 días desde la fecha de matrimonio de D.^a María con D. Daniel y el cese de la convivencia matrimonial según la Sentencia de divorcio de 26 de febrero de 1986, determinante de un porcentaje de pensión a su favor del 12,26%, de donde resultaba 18.140 pts. mensuales partiendo para ello de una base reguladora de la pensión de 328.814 pts., resultando la pensión inicial de 147.967 Pts. (45%) y con un periodo transcurrido desde el primer matrimonio hasta la fecha del fallecimiento de D. Daniel de 7.672 pts. diarias.
- El Juzgado de lo Social n.º 1 de los de Navarra desestimó la demanda formulada por D.^a María contra el INSS.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

De acuerdo con los padrones de habitantes del Ayuntamiento de Pamplona, D. Daniel y D.^a María han figurado inscritos desde el 1 de marzo de 1981 hasta el 1 de Abril de 1986 en el domicilio de la Calle E., núm. A de Pamplona. Las comunicaciones del Colegio en el que cursaban estudios los hijos del matrimonio G. y P. se efectuaron desde el curso 80-81 y hasta el curso 86-87 en el domicilio de la Calle E., comunicaciones diri-

gidas al matrimonio. En la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente a D. Daniel del ejercicio 1983, presentada en junio de 1984, se hizo constar que la unidad familiar además del cónyuge, D.^a María, la componían los hijos, Eva y Daniel, y la madre política de D. Daniel figurando en la misma como domicilio el de la Calle E., núm. A.

Peticiona la actora en su demanda le sea incrementado el porcentaje de su pensión de viudedad en un 41,51% como resultado de computar el período de convivencia con el cónyuge fallecido desde la fecha de celebración del matrimonio (4 de junio de 1977) hasta la de la Sentencia de divorcio (26 de febrero de 1986). Para ello sostiene que la sentencia recurrida ha efectuado una interpretación errónea de lo dispuesto en el art. 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social y doctrina del Tribunal Supremo sobre reparto de la pensión de viudedad en el supuesto regulado en la norma citada; e interpretación errónea del principio general de Derecho sobre los actos propios. Todo ello en el razonamiento de que hasta primeros del año 1986 (fecha de la Sentencia de divorcio) la convivencia marital perduró, conclusión que obtiene tras una nueva valoración de la prueba practicada y consistente en la certificación del Ayuntamiento de Pamplona, la declaración jurada de la profesora del Colegio de los hijos del matrimonio, así como en la declaración del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas correspondiente al ejercicio 1983.

La doctrina constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional 44/1989, de 20 de febrero) tiene señalado, por ser facultad que pertenece a la potestad jurisdiccional, que corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales ponderar los distintos elementos de prueba y valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia. Y esta libertad del Órgano Judicial para la libre valoración de la prueba implica, como también señala la misma doctrina (Sentencia del Tribunal Constitucional 175/1985, de 15 de febrero) que pueda realizar inferencias lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo, siempre que no sean arbitrarias, irracionales o absurdas. Ahora bien, el Juez o Tribunal de instancia es soberano para la apreciación de la prueba, con tal de que su libre apreciación sea razonada, exigencia que ha puesto de manifiesto la propia doctrina constitucional (Sentencia

del Tribunal Constitucional 24/1990, de 15 febrero), lo cual quiere decir que la resolución judicial ha de contener el razonamiento sobre las conclusiones de hecho, a fin de que las partes puedan conocer el proceso de deducción lógica del juicio fáctico seguido por el Órgano Judicial. La vigente Ley de Procedimiento Laboral ha recogido expresamente esta doctrina en su artículo 97.2 al disponer que la sentencia, apreciando los elementos de convicción, habrá de declarar expresamente los hechos que estime probados, haciendo referencia en los fundamentos de derecho “a los razonamientos que le han llevado a esta conclusión”.

En el caso enjuiciado, la Magistrada de instancia ha sentado las afirmaciones de la narración histórica a partir del conjunto de la prueba practicada llegando a la convicción de que la misma no acredita la realidad de la convivencia marital invocada por la parte actora, toda vez que no se ofrece contraste documental alguno que evidencie tal aserto sino meros documentos privados que ya han sido valorados libremente por la Juzgadora *a quo*, llegando esta Sala —teniendo en cuenta los mismos— a idéntica conclusión que aquélla.

Olvida la parte recurrente que en aras a la resolución del pleito resulta determinante la Sentencia de divorcio planteada de mutuo acuerdo entre los cónyuges en la que se fija el fin de la convivencia matrimonial entre la actora y D. Daniel en enero de 1980, por lo que hacer una manifestación contraria en este procedimiento supone quebrantamiento del principio general de derecho de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, lo que significa, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, encontrando su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y

la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento, la cual limita, por ello, el ejercicio de los derechos subjetivos (Sentencias del Tribunal Constitucional 67/1984, de 7 de junio, 73/1988, de 21 de abril y 98/1988, de 24 de octubre). Precisándose por el Tribunal Supremo (Sentencias de 10 de mayo de 1990 y 23 de marzo 1994, entre otras muchas) que tal principio solo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que hubieran creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallara obligado a respetarla.

Por lo que mal puede la parte actora alte-

rar aquella manifestación del fin de su convivencia conyugal con el causante cuando la Sentencia de divorcio se basó en la propia demanda formulada y en las declaraciones testificales practicadas. Luego, como de conformidad con la tesis consagrada por el Tribunal Constitucional (así, Sentencia de 26 de noviembre de 1985 citada por la Juzgadora de instancia) unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado pues tal situación entraña una vulneración de la seguridad jurídica y, por ende, del derecho a la tutela judicial efectiva, nos lleva a reconocer en este caso la vinculación con lo probado en aquella Sentencia firme de divorcio.

II. FISCAL

1. *Fiscalidad de la aportación de bienes a la sociedad de gananciales.*

TSJ Galicia, Sec. 3.^a, Sentencia de 30 de julio de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Vesteiro Pérez.

Las transmisiones onerosas de bienes efectuadas por los cónyuges a la sociedad conyugal, constituyen transmisiones sujetas al Impuesto, pero exentas de conformidad con el art. 48.1.3, núm. 3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

ANÁLISIS DEL CASO

- La Delegación en Pontevedra de la Consellería de Economía e Facenda sobre liquidación por Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dictó acuerdo declarando la exención de las aportaciones de bienes privativos a la sociedad conyugal.
- El Consello de la Xunta de Galicia interpuso recurso contencioso-administrativo que fue desestimado por el TSJ de Galicia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El art. 48.1.3, núm. 3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto 3050/80, declaró exentas: “Las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal, las adjudicaciones que a su favor y en pago de las mismas se verifiquen a su disolución y las transmisiones que por tal causa hagan los cónyuges en pago de su haber de gananciales”.

La cuestión controvertida se refiere al alcance del ámbito de aplicación de la exención establecida en dicho artículo.

A juicio de dicho Letrado recurrente, la exención allí prevista no es reconocible a toda aportación de bienes o derechos privativos de los cónyuges al patrimonio ganancial. Tras un estudio histórico y comparativo de la normativa reguladora del Impuesto y del régimen económico matrimonial del Código Civil, concluye que si bien era cierto que el referido Texto Refundido del Impuesto mantenía la exención para las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal, dicha exención sólo podía estar pensada para las aportaciones que en aquel momento (año 1980) eran posibles, es decir, la de los bienes propios del marido y los dotales y parafernales de la mujer (arts. 1336, 1381 y 396 CC), pero no resultaba aplicable a las aportaciones a la sociedad de gananciales de bienes propios de alguno de los cónyuges con el resultado de su conversión en bienes gananciales, ya que estas aportaciones eran de imposible realización en aquel momento normativo y antes de la entrada en vigor de la Ley de 13 de mayo de 1981 que modificara el régimen económico matrimonial. Que con la entrada en vigor de dicha Ley, desaparecieron las categorías de bienes dotales y parafernales, y al definir los bienes propios de los cónyuges se prescindiera de toda referencia a su aportación al matrimonio, de suerte que si bien era cierto que la utilización del término “aporta-

ciones” en aquel precepto fiscal resultaba lógica y coherente con el sistema civil hasta aquel momento vigente, tras el cambio legislativo que supuso la Ley de 1981, la indicada exención carecía de sentido, no siendo aplicable a los casos de aportaciones de bienes privativos para convertirlos en gananciales, pues tal operación sólo fue posible a partir de la indicada reforma.

A tal efecto señala el TSJ de Galicia que si bien es cierto que desde el punto de vista del Derecho Común, antes de la reforma introducida por la Ley 11/81 no era posible legalmente la aportación de bienes propios de los cónyuges a la sociedad de gananciales con la finalidad de que tales bienes se convirtiesen en bienes gananciales de la sociedad conyugal, también lo es que tal posibilidad venía reconocida por distintos Derechos Forales o Civiles propios de distintas regiones, en la actualidad, Comunidades Autónomas. En consecuencia, dada la generalidad de aquel precepto fiscal que estatúa dicha exención, ya se comprende que a su ámbito podían acogerse tanto las aportaciones de bienes que de conformidad con el Derecho Civil Común podían los cónyuges realizar a la sociedad conyugal antes de su constitución, como las aportaciones postmatrimoniales realizadas conforme a aquellos regímenes forales o de derecho civil propio o especial. Como quiera que tras la reforma introducida por la Ley 11/81, que posibilitó, en régimen de derecho común, la realización de las aportaciones constante matrimonio realizadas con aquella finalidad, ha de entenderse que las mismas resultan beneficiadas y favorecidas por tal exención, sin que por ello sea necesario forzar la interpretación del precepto, cuya literalidad resulta muy clara, o mucho menos resulte contradictorio su espíritu o finalidad, pues, justamente, por aplicación de los criterios interpretativos del art. 3.1 del Código Civil, a los que apela el propio Letrado de la Administración recurrente, en concreto, el referido a que toda

norma debe ser interpretada de acuerdo con la realidad social y jurídica del tiempo en que ha de ser aplicada y atendiendo a su finalidad, sin olvidar el principio constitucional de no discriminación en la aplicación de la norma debe llevar a la coherente conclusión de que las transmisiones onerosas de bienes efectuadas por los cónyuges a la sociedad

conyugal, como es el caso, constituyen transmisiones sujetas al Impuesto, pero exentas de conformidad con aquel precepto, al tratarse de “aportaciones a la sociedad de gananciales”, en la misma línea, por cierto, señalada por el vigente Texto Refundido del Impuesto, que reproduce los términos de tal exención.

2. *Fiscalidad de la cesión de bienes en pago de la pensión compensatoria.*

TSJ Cataluña, Sec. 4.ª, Sentencia de 11 de junio de 1999.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª del Carmen Villalobos Ortega.

No está exenta de tributación por el ITP la cesión de determinados inmuebles efectuada por un cónyuge a favor de su esposa en concepto de pensión compensatoria como consecuencia de la separación matrimonial siendo el régimen económico del matrimonio el de separación de bienes.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 2 de septiembre de 1992 los cónyuges firmaron un convenio regulador en cuya estipulación tercera se pactaba: “La cesión que en este acto se formaliza se otorga, de acuerdo con el artículo 99 del Código Civil, en sustitución de la pensión regulada por el artículo 97 del mismo cuerpo legal, en cumplimiento del convenio regulador de la separación, antes citado”; y en la Cuarta que: los otorgantes “solicitan la exención de los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, por tratarse de una cesión sustitutiva de la pensión para compensar el desequilibrio económico entre los cónyuges, producido como consecuencia de la separación y tener, por tanto, el carácter liquidatorio de las relaciones económicas existentes entre ambos”.
- En febrero de 1993 se notificaron al demandante dos liquidaciones complementarias, una por el concepto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas sobre una base imponible de 18.633.501 pts. (valor de un edificio industrial) al tipo del 6% con una deuda a ingresar incluidos honorarios e inter-

eses de demora de 1.178.755 pts., y otra por el concepto de Actos Jurídicos Documentados con una base de 6.152.809 pts., (valor de la mitad indivisa de la vivienda) y una deuda tributaria a ingresar de 32.440 pts.

- Contra la desestimación del recurso de reposición interpuesto contra ambas liquidaciones se interpuso reclamación económico-administrativa, por entender que la operación realizada está exenta del Impuesto conforme a lo establecido por el artículo 48.1.B), 3 del Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, siendo, asimismo, desestimada dicha reclamación por apreciar que no concurre ninguna de las causas de exención previstas en dicho artículo, dado que el régimen económico del matrimonio es el de separación de bienes.
- El demandante interpuso recurso contencioso administrativo contra resolución de 15-3-95 en reclamación 11401/94 por el concepto de Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados que fue desestimado por el TSJ de Cataluña.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Constituye el objeto del presente recurso determinar si está exenta de tributación por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados la cesión de determinados inmuebles de un cónyuge a favor de su esposa en concepto de pensión compensatoria como consecuencia de separación matrimonial siendo el régimen económico del matrimonio el de separación de bienes.

El recurrente alegaba que la escritura de cesión de bienes se liquidó como exenta, por tratarse de la adjudicación de bienes derivada de disolución de sociedad conyugal del régimen de gananciales prevista por el artículo 59.1.B), 3 del Real Decreto 3494/1981, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados citando, asimismo, como fundamento de la exención “el artículo 23 de la Compilación” que (aunque no lo diga expresamente la demandante) debe entenderse se refiere a la Compilació del Dret Civil de

Catalunya; en la demanda también se manifiesta para fundamentar la exención que “se ceden unos bienes en pago de la pensión compensatoria derivada del convenio regulador de separación”, considerando de aplicación los artículos “59.1.B) 3.ª de la Ley General Tributaria”, y el artículo 23 de la Compilación.

Tanto el Abogado del Estado como el Letrado de la Generalitat se opusieron por entender que se está en presencia de una transmisión de bienes privativos del esposo en régimen de separación de bienes sin que exista sociedad conyugal ni régimen de gananciales.

En el escrito de demanda de interposición de este recurso, la actora manifiesta que el objeto de la transmisión es la adjudicación de bienes en pago de su haber de gananciales verificada por los cónyuges por la disolución del régimen económico del matrimonio; que la exención deriva de ser cesión de bienes en concepto de pensión compensatoria; que se trata de bienes transmitidos para

paliar el desequilibrio producido por la separación matrimonial y que, asimismo, deben quedar exentos por tratarse de la pensión del artículo 23 de la Compilació del Dret Civil de Catalunya.

Como puede apreciarse —señala el TSJ de Cataluña—, la reclamante solicita se declare la exención, citando en apoyo de la misma, como si fueran homogéneas, causas de exención que por tener su fundamento en instituciones jurídicas distintas difieren sustancialmente entre sí tanto en su concepto como en su contenido y efectos, por lo que es necesario estudiarlas separadamente al objeto de decidir sobre su procedencia. Respecto de que se trata de disolución del régimen de gananciales resulta que, conforme a lo declarado expresamente por ambos esposos en la escritura de transmisión de los citados bienes, el régimen económico del matrimonio es el de separación de bienes, por lo que no puede apreciarse la exención con fundamento en que se trata de la “concreción del haber de cada cónyuge” que correspondería apreciar en la disolución de la sociedad conyugal, si su régimen hubiera sido el de gananciales. Aunque en el escrito de demanda y para fundamentar la exención, parece existir una confusa alusión a que se trata de disolución de una comunidad de bienes, la existencia de la misma no sólo no se alega con claridad ni se prueba, sino que debe concluirse que no existe dicha comunidad por cuanto en la escritura de transmisión los otorgantes declaran expresamente que los bienes transmitidos son propiedad del esposo.

Intenta asimismo la actora fundamentar la exención, en que se trata de transmisión en concepto de pensión compensatoria del artículo 97 del CC, y de la compensación económica del artículo 23 de la Compilació. A este respecto debe señalarse que la reclamante está confundiendo la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil que tiene como finalidad paliar el desequilibrio económico resultante de la separación o divorcio con la que se ha dado en llamar “compensación de participación” establecida por el ar-

tículo 23 de la Compilació catalana, en la modificación de la Ley 8/1993 de 30 de septiembre que, corrigiendo el régimen legal de separación de bienes propio de Cataluña, tiene como objeto evitar situaciones de desigualdad en el momento de la separación, nulidad o divorcio, estableciendo una compensación económica para el cónyuge que haya dedicado su trabajo a la casa, o haya trabajado para su cónyuge sin retribución —o ésta fuera insuficiente— si, como consecuencia de esta situación, se hubiera generado desigualdad entre su patrimonio y el de su cónyuge. Se trata de compensaciones distintas que, a falta de acuerdo, para su concesión requieren alegación y prueba de quien lo solicita para que sean concedidas y que para su exención, y a los efectos que aquí interesan, exigen se trate de liquidación del régimen de gananciales o de aportación a la comunidad de bienes aunque hubiera sido dicha aportación en concepto de contribución a las cargas del matrimonio por el trabajo y dedicación a la familia.

No pueden alegarse, tratarse y confundirse en una sola, como hace la actora, la pensión compensatoria del artículo 97 del CC y la del artículo 23 de la Compilación. Son compensaciones económicas independientes y, hasta tal punto distintas, que ambas pueden resultar compatibles (SAP de Tarragona de 20 de marzo de 1996 y SAP de Lérida de 29 de febrero de 1996), ya que la pensión compensatoria se funda en el desequilibrio por la ruptura, tiene naturaleza reparadora del daño objetivo que produce la separación o divorcio, e intenta restablecer el desequilibrio económico, que significa pérdida de nivel de vida en relación con el del otro cónyuge, empeoramiento que debe venir referido al momento del cese efectivo y definitivo de la convivencia conyugal sin que ello signifique que deba igualarse el patrimonio de los esposos, sino asegurar un nivel de vida similar al que se disfrutaba durante la etapa de normalidad matrimonial, mientras que la del artículo 23 de la Ley catalana trata de indemnizar al cónyuge que no

ha tenido ingresos —o han sido insuficientes—, como consecuencia de su dedicación al hogar o al trabajo para el otro cónyuge.

Sobre esta cuestión podría plantearse la duda de si, al haberse alegado el artículo 23 de la Compilación (no aplicable al supuesto de autos puesto que la transmisión de bienes a la actora se efectuó en 1992 y el artículo 23 en la modificación alegada entró en vigor en el año 1993), podría entenderse de aplicación el artículo 1438 del Código Civil que permite computar el trabajo para la casa durante el matrimonio como contribución a las cargas del matrimonio, dando lugar a una compensación económica al extinguirse el régimen de separación previsto por el Código Civil, sobre lo que debe concluirse que no es posible apreciar dicha aplicación, por cuanto es evidente la voluntad de los cónyuges expresamente manifestada en la escritura de transmisión, cuando declaran que la cesión de bienes a la esposa se efectúa en concepto de pensión compensatoria del desequilibrio producido por la separación.

En consecuencia, estando los cónyuges en régimen de separación de bienes, no existiendo comunidad de bienes, constando en la escritura que la cesión lo es en concepto de pensión compensatoria del artículo 97 del CC, no resultando procedente por no alegada ni probada la compensación del artículo 1438 del CC, debería concluirse que resulta improcedente la exención solicitada, no obstante, y dado que uno de los bienes que recibe la esposa es la mitad indivisa de la que parece ser la vivienda familiar, y que en los actos de liquidación recurridos dicha transmisión no se sujeta por el concepto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, sino únicamente al 0,5% por el concepto de Actos Jurídicos Documentados, de conformidad con lo apreciado tanto por el TEAR en su Resolución, como por el Abogado del Estado y el Letrado de la Generalitat en aplicación del principio que prohíbe la *reformatio in peius*, no procede rectificar el acto impugnado, ya que eso comportaría un resultado más gravoso para el interesado.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

I. CAUSAS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

1. SEPARACIÓN

1.1. *Aunque no se han probado las causas de separación alegadas en la demanda procede decretarla ya que ha quedado acreditada la falta de afecto marital.*

AP MURCIA, Sec. 1.ª, Sentencia de 21 de septiembre de 1999.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Cristina Plá Navarro.

Argumenta la letrada que, pese a la escasa actividad probatoria practicada en la instancia, obran en la causa elementos de juicio suficientes para apreciar la ausencia de *affectio maritalis* entre los cónyuges, por lo que debe estimarse la solicitud actora de que se declare la separación legal entre ambos.

Han de acogerse las razones expuestas en defensa del recurso, pues obran en la causa indicios del cese de la normal convivencia entre los cónyuges, situación evidenciada por la adopción de medidas provisionales (f. 14), y que, asimismo, admite el esposo pues, tras habersele declarado rebelde,

comparece a la prueba de confesión manifestando, posiciones quinta y sexta, que si bien su esposa le permitió volver al domicilio conyugal, lo hizo bajo la condición de que abonase los gastos de la vivienda, y de seguir con los trámites de la separación (f. 35 y 36). Por ello, que aunque no se hayan acreditado los hechos alegados en la demanda en cuanto a la conducta injuriosa, o al trato humillante o vejatorio, así como los malos tratos psíquicos o físicos e infidelidad que, según afirma la esposa, viene cometiendo su esposo, es doctrina reiterada por esta Sala, entre otras, en sentencias de 24 de

abril de 1996, de 23 de julio de 1997, y de 1 de marzo de 1999, que en nuestro sistema la separación se configura como remedio a una situación de desafecto y no como sanción, por lo que no se exige encontrar a un cónyuge culpable de la crisis familiar, debiendo

atenderse a la ausencia de *affectio maritalis* como dato esencial en la valoración de las situaciones descritas, de modo que toda quiebra importante de la normal convivencia conyugal se entiende comprendida dentro de las causas legales de separación.

1.2. *La desaparición del afecto marital viene siendo admitida por la jurisprudencia menor como causa bastante para acordar la separación.*

AP CÁDIZ, Sec. 2.^a, Sentencia de 27 de septiembre de 1999.
Ponente: Ilma. Sra. D.^a Margarita Álvarez-Ossorio Benítez.

Respecto a las causas de separación invocadas por la apelante, hemos de afirmar, respecto a la primera, la conducta injuriosa o vejatoria, entendidas como afrenta verbal o de trato, la primera, y por hechos generalmente físicos que tienen una repercusión más grave y evidente en la persona de la víctima, la segunda, que no existe prueba que avale la injuria y, respecto al vejamen, que el hecho de la agresión demostrada supone un hecho aislado, no de especial gravedad, que es la que se exige junto a la reiteración para constituir causa de separación. Respecto a la segunda de las causas, la violación grave y reiterada de los deberes respecto de los hijos, *clausula generalis* que permite acoger hechos no tipificados en la norma del artículo 82, tampoco se prueba, pues se desconocen los ingresos económicos del demandado, y las ayudas que prestan los testigos no se justifican, ni se da razón de ciencia bastante como para presumir la falta de ayuda voluntaria del padre al hijo. En cuanto a la toxicomanía, el Código Civil exige para estimarla como causa de separación que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia; de la documentación aportada solo

se conoce que en 1997 el demandado se sometió a terapia de control para deshabitación al consumo de opiáceos y cocaína, sin que conste si ha permanecido en ese estado progresivo de mejora o si ha vuelto a recaer y si su adicción imposibilita la convivencia, por lo que la causa debe ser rechazada. No obstante, hay que tener presente que en nuestro Ordenamiento, si bien es cierto que no basta la voluntad unilateral de uno de los cónyuges para acordar la separación, también lo es, por otro, que la desaparición de la *affectio conyugalis* que es esencial al matrimonio y debe ser recíproca, viene siendo admitida como causa de separación, al amparo de lo dispuesto en los artículos 67, 68 y 82.1.º del Código Civil (ya se pronunció así la Audiencia Territorial de Bilbao en Sentencias de 4 de febrero, 9 de junio y 11 de julio de 1988). Puede decirse que en nuestro Ordenamiento jurídico y aun cuando se ajuste a una concepción causal, la separación conyugal no se fundamenta de forma exclusiva en un sistema estrictamente culpabilístico, de forma que hay causa bastante para acordar la separación, conforme al artículo 82.1.º del Código Civil, si las relaciones entre los cónyuges han llegado a un ex-

tremo de ruptura que ha degenerado en una situación de difícil y hasta imposible convivencia, de total desafección y profunda discordia que implica por parte de uno y otro una efectiva y persistente vulneración de los mutuos deberes de respeto, ayuda mutua y socorro a que se refieren los artículos 67 y

68 del Código Sustantivo. La separación de hecho motiva su voluntad de apartamiento, lo que hace difícil que puedan cumplir con sus obligaciones expresadas anteriormente de socorro mutuo y convivencia propugnados, por lo que procede accederse a la separación suplicada.

2. DIVORCIO

2.1. *Concurre la causa de divorcio del art. 86.3.a) al haberse acreditado el cese efectivo de la convivencia durante dos años y que el mismo tuvo lugar por acuerdo de ambos cónyuges.*

AP MADRID, Sec. 22.ª, Sentencia de 6 de julio de 1999.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Mirian de la Fuente García.

El primer problema que se plantea en la presente alzada consiste en si concurre la causa de divorcio prevista en el apartado 3 a) del artículo 86 del CC, es decir, “cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho”, y así lo defiende el esposo frente a lo que se opone la esposa que entiende que no concurre causa de divorcio alguna y a lo sumo de separación. Pues bien, del conjunto examen de la totalidad de las probanzas obrantes en autos tanto en la pieza principal, como en la de medidas provisionales, y en especial del escrito rector del presente procedimiento y de su contestación y de la confesión de los hoy litigantes practicada, resulta acreditado que entre ellos surgieron desavenencias que llevaron al esposo a abandonar el domicilio conyugal en enero de 1995 optando por trasladarse al domicilio de su madre, incluso siendo la esposa “quien se lo dijo para que se tranquilizaran las cosas” (posición 12 de su confesión) reconociendo ésta en la posi-

ción 6.ª que tuvieron varios amagos de separación temporal, y “en el 95 hubo una separación” y “después se reanudó la convivencia” punto este último muy controvertido y así dice en la posición 7.ª que “no es cierto que él abandonara el domicilio conyugal” y “que siempre han intentado llegar a un acuerdo y no han llegado en el tema económico porque él no está dispuesto a colaborar en el 50% de los gastos”. Frente a ello, el esposo mantiene en su confesión que “vive en casa de su madre desde enero de 1995” y “desde entonces cuando su mujer está de vuelo va a ver a sus hijos y está en casa de sus hijos”.

De estas manifestaciones no se puede sino colegir que desde enero de 1995 se ha producido una interrupción de la vida conyugal incluso aconsejada por la esposa, y aun cuando el esposo volviera esporádicamente al hogar familiar para ver y estar con sus hijos cuando la madre estaba ausente (“de vuelo”, piénsese que ella es auxiliar de vuelo en la compañía IBERIA), no por ello

se interrumpe el plazo de los dos años previsto en el artículo 86.3.a) del CC habida cuenta que el artículo 67 de dicho cuerpo legal nos dice literalmente que “el cese efectivo de la convivencia conyugal, a que se refieren los artículos 82 y 86 de este Código, es compatible con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, cuando ello obedezca en uno o en ambos cónyuges a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos y así sea acreditado por cualquier medio admitido en derecho en el proceso de separación o de divorcio correspondiente”. En efecto, y habiendo quedado acreditado el

cese efectivo de la vida en común en enero de 1995 aunque se haya reanudado temporalmente la vida en el mismo domicilio (que no necesariamente vida en común de los esposos hoy litigantes) bien sea con visos a la reconciliación y en cualquier caso en interés de los hijos, no se puede sino colegir en idéntico sentido que el Juzgador *a quo*, estimando la concurrencia de la causa de divorcio alegada al amparo del apartado 3.a) del artículo 86 del CC, toda vez que la demanda de divorcio se presentó el 14 de mayo de 1997, cuando ya habían transcurrido 2 años desde el cese de la convivencia en enero de 1995.

3. NULIDAD

3.1. *Nulidad del matrimonio cuando se pactó su celebración para la obtención de unos fines ajenos al mismo: la demandante para la obtención de dinero y el demandado para eludir la legislación restrictiva de emigración.*

AP LA RIOJA, Sentencia de 8 de julio de 1999.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a M.^a del Carmen Araujo García.

Frente a la sentencia de instancia desestimatoria de la demanda, interpone la demandante recurso de apelación, solicitando la revocación, alegando haber sido ella misma condenada por tráfico de drogas, apreciándose en la sentencia, dictada por esta misma Audiencia, la circunstancia eximente incompleta de drogadicción; no haber residido el demandado, nunca en Haro, lugar de residencia de la esposa; haber obtenido el esposo la tarjeta de familiar de residente comunitario a los dos meses de celebrado el matrimonio con Isabel y, precisamente, en base a tal matrimonio; y concluye que, atendiendo a la prueba indiciaria aportada, resulta probado que la esposa se casó para obtener dinero, excluyendo la finalidad del matrimo-

nio, tratándose de un consentimiento viciado en ambos cónyuges, absolutamente simulado, siendo, por ello, el matrimonio, nulo radical de pleno derecho. El Ministerio Fiscal, en el mismo acto de la vista, inicia su exposición solicitando la confirmación de la sentencia de instancia, ya que no la apeló, alegando ser, en principio, válido el consentimiento porque convivieron juntos y se dedicaron al tráfico de drogas.

Que de las actuaciones practicadas, esencialmente de las diligencias probatorias verificadas en segunda instancia, resulta que, ninguna constancia existe de que el demandado haya residido en Haro, resultando negativos los informes emitidos por la Policía

Local y el Ayuntamiento de Haro; sí deviene probado que fue dos meses después de celebrado el matrimonio que el esposo solicitó la tarjeta de familiar de residente comunitario, alegando su matrimonio con la actora, como informa la Delegación del Gobierno. En cuanto a Isabel, conforme consta por la declaración de hechos probados de la sentencia dictada por esta misma Audiencia, de fecha 29 de junio de 1995, en causa penal. Rollo núm. 17/95 (folios 9 a 15), en julio de 1994 hacía varios meses que mantenía relaciones con otro hombre, sufriendo “dependencia a sustancias opiáceas, al menos en los nueve años anteriores a los hechos descritos, habiendo precisado sucesivos tratamientos médicos y teniendo sus facultades seriamente limitadas”, lo que determinó al Tribunal a aplicarle la circunstancia eximente incompleta de estado de drogadicción, por alteración importante de sus facultades.

Que la esposa siempre ha residido en Haro consta por las declaraciones testificales obrantes a los folios 56 y 57, y por el informe de la Policía Local de Haro (folios 59 y 60). La historia toxicológica de la esposa consta por informes obrantes a los folios 64 y 66.

De ningún modo consta relación sentimental, ni convivencia de actora y demandado. La misma sentencia de instancia, en su fundamento de derecho cuarto, expone que “entre las partes litigantes se pactó o acordó la celebración de un matrimonio de los que la actora denomina de complacencia, para la obtención de unos fines ajenos y que no son los propios del matrimonio”, la actora, la obtención de dinero, y el demandado eludir la legislación restrictiva de emigración, evidenciándose así por la prueba practicada, que denota una clara discordancia entre la voluntad interna y la declarada, no solo en uno, sino en ambos contratantes, realmente ajenos a la finalidad matrimonial, además de la merma de facultades constatadas en la actora por su grave drogadicción. En tal situación ha de rechazarse la existencia de consentimiento matrimonial válido, y, conforme a los artículos 45 y 73.1.º del Código Civil, declararse la nulidad del matrimonio, con revocación de la sentencia de instancia, estimando el recurso contra la misma interpuesto. Sobre idéntica cuestión, ya se pronunció este Tribunal, en sentencia núm. 367/1999, de 4 de junio, con el mismo criterio.

II. PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA, Y RÉGIMEN DE VISITAS

1. PATRIA POTESTAD

- 1.1. *No procede privar de la patria potestad al padre, a pesar de que éste no acredita haber abonado cantidad alguna en concepto de alimentos a favor de su hijo y que sólo le ha visitado en contadas ocasiones.*

AP BARCELONA, Sec. 18.ª, Sentencia de 15 de septiembre de 1999. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Ana M.ª García Esquius.

En cuanto al segundo motivo de apelación, la atribución en exclusiva de la patria potestad no puede ser acogida. El artículo

170 del Código Civil prevé la posibilidad de privar al padre o la madre, total o parcialmente, de su potestad, por sentencia funda-

da “en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma”, y dicho precepto como ha venido entendiendo la jurisprudencia dado su carácter sancionador, debe ser objeto de interpretación restrictiva, viniendo supeeditada su aplicación a la prueba de que el progenitor al que se pretende privar de la patria potestad ha dejado de cumplir de forma grave los deberes inherentes a la misma, los enunciados en el artículo 154 del mismo Código Civil.

El reconocimiento del derecho tanto del menor como de los propios padres a que el niño crezca y sea educado en el seno de la familia natural es sancionado en el ámbito incluso del Derecho Internacional que proclama el interés del niño a ser educado por sus padres naturales, así la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986, disponiéndose expresamente en el artículo 9 de la Convención sobre los derechos del niño adoptada por la Asamblea de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que “los Estados partes velarán por que el niño no se vea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”.

Y también el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño advierte de la necesidad de adoptar cuantas medidas sean precisas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido, o trato negligente. Y en el artículo 3 se señala que “En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas o de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

La Convención se está refiriendo a “ambos padres”, no a uno sólo de los progenitores, hasta tal punto que en el artículo 9.3 se especifica “Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o

de ambos padres de mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

En mayor medida, la decisión de privar al progenitor de la patria potestad debe ser sopesada y ha de restringirse a aquellos casos en que se evidencie una clara renuencia por parte del progenitor al cumplimiento de los deberes que su ejercicio comporta.

Es cierto que el padre no acredita haber abonado cantidad alguna en concepto de alimentos a favor de su hijo y que sólo le ha visitado en contadas ocasiones, pero no se ha acreditado tampoco que esta pasividad paterna se haya visto confrontada por una exigencia de la madre de tales alimentos y puesto que la privación de la patria potestad responde más a una necesidad de protección del menor y sus intereses, en el presente caso, no constando acreditado que el mantenimiento de la titularidad de la potestad sobre el menor por el padre le suponga al niño un perjuicio, no se estima conveniente la privación que se interesa.

En aras de procurar el interés del menor, la juzgadora *a quo* resolvió que no había lugar a la privación de la patria potestad del padre —estableciendo además un régimen de visitas adecuado a la situación de lejanía geográfica tendente a restablecer los lazos afectivos naturales entre padre e hijo. El hijo ha sido oído en el proceso, cumpliéndose así lo dispuesto en el artículo 159 del Código Civil, y el resultado de la exploración evidencia que el niño siente un gran cariño por el actual compañero de su madre, reconociéndole además como padre al tiempo que manifiesta no querer ver a su padre biológico. Los años transcurridos sin convivencia entre padre e hijo han dado como resultado un alejamiento total entre ambos, pero como se desprende del redactado de las leyes citadas, y de la abrumadora literatura psiquiátrica y psicosocial versada sobre esta materia, para una completa y armónica formación del individuo éste debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, de manera que le

prepare para una vida independiente en sociedad y no puede ni debe desconocerse la fuerza de la relación paterno-filial y quizás en el futuro las consecuencias de este alejamiento inicial sean muy graves pero ya no puedan ser resueltas. Es en la infancia cuando deben establecerse los vínculos paterno-filiales, máxime cuando ninguna razón objetiva existe para impedir la normalidad de la relación.

Así pues procede confirmar la secuencia de instancia, sin que pueda primarse como

determinante la opinión del menor que debe ser escuchada y valorada cuyo interés ha de ser el predominante aunque también deberán tenerse en cuenta los derechos y deberes de los padres, y el padre, que no se halla incurso en causa de privación de la patria potestad, tiene derecho a disfrutar de la compañía del hijo, de ver cómo crece y se convierte en adulto, de compartir sus inquietudes y sus alegrías y, desde luego, de la oportunidad de poder mantener vivo el vínculo del afecto.

2. GUARDA Y CUSTODIA

2.1. *Al ser uno de los hermanos mayor de edad, la atribución de la guarda y custodia del menor al padre no vulnera el criterio general de no separación de hermanos.*

AP VALLADOLID, Sec. 3.ª, Sentencia de 7 de julio de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Salinero Román.

El motivo de la discrepancia del recurrente frente a la sentencia se centró exclusivamente en el régimen de custodia del hijo menor que pretendió le fuese atribuido. La sentencia, con remisión al auto de medidas provisionales, que elevó a definitivas para atribuírselo a la madre, se fundamentó especialmente en el informe psicosocial que presentaba a la madre como mejor alternativa de custodia, y al criterio general de no separación de los hermanos del art. 92 del Código Civil. La Sala entiende que en el caso presente concurren otras circunstancias además de las indicadas que hacen aconsejable la estimación del recurso. De la lectura del informe psicosocial, salvo en el apartado de conclusiones en que se reseña la conveniencia, por entender más beneficioso para el menor, que esté bajo la custodia de la ma-

dre, no se aprecia nada relevante que impida o haga desaconsejable la estancia del menor con su padre. En el informe se destaca que el padre desarrolla de forma adecuada el rol paterno, y trata de mantener un buen rendimiento escolar del menor mediante la contratación de un profesor particular. De otro lado los certificados del instituto en el que cursa los estudios (folios 16 y 133) evidencian que desde que el menor empezó a vivir con su padre el día 1 de septiembre de 1997 ha experimentado una mejora de motivación y de comportamiento, tanto en las actividades escolares, como en su relación con compañeros y profesores. Este hecho lo reconoce la madre al absolver la posición 8.ª Es cierto que el informe psicosocial destaca que el menor se encuentra sometido a un conflicto de lealtades, al preguntársele su

predisposición a residir con uno u otro de los padres, pero no lo es menos que es un caso típico y frecuente en los procesos de crisis matrimonial, y no especial del caso analizado. También en el informe se resalta que el menor manifestó al equipo psicossocial no desear tomar una decisión respecto a vivir con uno u otro progenitor, pero no debemos olvidar tres circunstancias:

A) Que el menor por propia voluntad, o al menos no existe prueba de que su padre le presionase, se marchó a vivir con el padre.

B) Que el informe psicossocial se emitió en el mes de marzo de 1998.

C) Que el menor por dos veces, en octubre de 1997 y en diciembre de 1998 (nueve meses más tarde de la emisión del informe psicossocial) ha manifestado con claridad su deseo de querer vivir con su padre, como siempre ha dicho, por sentirse más cómodo y más comprendido que por su madre, encontrándose más a gusto, no respondiendo su decisión a un mero capricho. No cabe olvidar que el menor cuenta actualmente con la edad de 15 años, superior a la que el legislador establece para que pueda tomar la decisión de contraer matrimonio (14 años), o la señalada para que preste su consentimiento a la adopción (12 años), que se refieren a hechos tan

relevantes o trascendentes como el de decidir con quién de los padres desea vivir, por lo que debe otorgarse especial trascendencia a la opinión del menor, máxime cuando de las demás circunstancias concurrentes no se desprende, sino al contrario, que la convivencia con el padre pueda resultar perjudicial. También quiere destacar esta Sala que el recomendado criterio general de no separar a los hermanos no tiene igual relevancia, ni trascendencia según cual sea su edad, y en el caso presente no podemos olvidar que el otro hijo matrimonial es ya mayor de edad, y al que afecta la impugnación está próximo a llegar a la edad de la emancipación, por lo que la separación de ambos no es factor de especial incidencia negativa en su relación, y buena prueba de ello es que el informe psicossocial no hace especial hincapié en este particular para señalar que la separación de los hermanos constituya un hecho especialmente negativo que afecte al desarrollo del menor, y éste en su comparecencia de fecha 14 de diciembre de 1998 declara que con su hermano se lleva bien, que tuvieron una bronca, pero ya está superada. Todo lo argumentado lleva a la estimación del recurso y a atribuir al padre la guardia y custodia del menor con asignación a la madre del régimen de visitas que inicialmente tenía asignado el padre.

2.2. No procede el cambio de guarda y custodia a pesar de haberse acreditado que el progenitor custodio obstaculiza el régimen de visitas.

AP TOLEDO, Sec. 1.ª, Sentencia de 13 de septiembre de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Emilio Buceta Miller.

Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones (así SS. de 21 de junio de 1993, 11 de abril de 1996, 17 de septiembre de 1998 y 9 de junio de 1999, entre otras), en el sentido de que el principio

rector para la solución de los conflictos personales en materia de derecho de familia, y en especial para la adopción de medidas que afecten al cuidado y educación de los hijos, ha de ser el de *favor filii*, elevado a rango

constitucional (art. 39 CE) y consagrado en numerosos preceptos sustantivos (arts. 92, 103, 154 y 170 del CC), conforme al cual debe procurarse, ante todo, el beneficio o interés de los menores, en orden a su desarrollo personal y a la satisfacción de sus derechos legalmente sancionados, por encima de los legítimos intereses de los progenitores, constituyendo, este principio de protección integral y preferente de los hijos menores, un criterio teleológico de interpretación normativa que debe presidir la aplicación de la ley en esta materia.

En el caso presente, una vez apreciadas por la Sala las diversas circunstancias que concurren, no se puede sino disentir de la solución adoptada por la Juzgadora de instancia, por entender que la modificación del régimen de guarda y custodia, hasta ahora atribuido a la madre y que la sentencia estimatoria otorgó al padre, más que atender al beneficio de la hija del matrimonio, lo que ha venido es a sancionar a la madre demandada, hoy recurrente, por su reprochable conducta, impidiendo el régimen de visitas concedido al padre, obstaculizándolo, recurriendo a la mentira y al engaño para burlar la aplicación de una resolución judicial y no dudando la esposa en influir negativamente en el ánimo de la propia hija, con la intención de sembrar el temor y la animadversión de la misma para con su propio padre, como se pone de manifiesto en los diversos informes psicológicos obrantes en autos.

Ahora bien, aun siendo cierto, como así ha quedado probado por abundante prueba documental todo lo anterior y pudiéndose calificar dicha actuación materna de lamentable, el interés de la menor no justifica el cambio de régimen de guarda y custodia, pues ella misma en el propio acto de su comparecencia ante el Juez manifestó que prefiere continuar viviendo con su madre,

quedando igualmente de manifiesto que en caso contrario, es decir, si la guarda y custodia fuera atribuida al padre, en realidad por razones profesionales de éste, la mayor parte de los cuidados cotidianos que la misma pudiera necesitar le serían dispensados, no por el propio padre, sino por los abuelos paternos (alimentación, vestido, aseo, etc.).

Por ello, aun admitiendo que el demandante es persona perfectamente capacitada para el ejercicio de la guarda y custodia, entiendo preferible la Sala que la misma continúe atribuida a la madre, también capacitada para ello, sin perjuicio de la adopción de cuantas medidas sean necesarias para garantizar el cumplimiento del régimen de visitas establecido en sentencia, pues el derecho de comunicarse padres e hijos en situaciones de separación matrimonial, reconocido en el art. 94 en relación con el 160 del CC, debe ser concebido más que como una facultad en beneficio exclusivo de los padres, como una función o derecho-deber que ha de ser ejercitada atendiendo al interés prevalente de los hijos, persiguiendo como único fin proteger y fomentar la relación humana y afectiva entre padres e hijos que no vivan juntos, en cuanto instrumento absolutamente necesario para la formación y desarrollo integral de éstos, en evitación de que se agraven las secuelas que todo conflicto o ruptura de la convivencia conyugal proyecta sobre los hijos menores de edad. Esa y no otra es la conducta achacable en este supuesto a la esposa demandada, el intentar impedir o menoscabar esa relación a que padre e hija tienen perfecto derecho y esa situación ha de ser corregida con la adopción de cuantas medidas estén al alcance del Juzgador, de tipo penal y civil, que garanticen el cumplimiento efectivo de la sentencia y de las medidas que se adoptaron en la misma.

2.3. *Estando declarado en desamparo un menor, no es posible atribuir la guarda y custodia del mismo a ninguno de sus padres con ocasión de tramitarse un procedimiento matrimonial.*

AP MURCIA, Sec. 1.ª, Sentencia de 20 de septiembre de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco J. Carrillo Vinader.

La sentencia de la primera instancia, sin entrar a valorar las diferentes causas de separación invocadas por ambos esposos, accede a la misma, sin necesidad de pronunciarse sobre culpabilidad de uno u otro, partiendo de la evidencia de la ruptura de la convivencia matrimonial. Además, adopta otras medidas de carácter complementario o indirecto, tales como la atribución de la custodia de la hija menor a la madre y de la vivienda familiar al padre, señalando a cargo de éste una pensión de 11.000 ptas. al mes para atender al levantamiento de las cargas familiares y a los alimentos de la hija.

El padre plantea el presente recurso en el que pretende que se revoque parcialmente la sentencia en el sentido de que se deje sin efecto la atribución de la guarda y custodia de la hija menor a favor de la madre, pues el Issorm ha asumido su tutela, concediendo su acogimiento a la tía paterna, así como se deje sin efecto la pensión alimenticia establecida.

La apelada se opone al recurso y solicita la confirmación íntegra de la sentencia, invocando el art. 173.4 CC. Por su parte, el Ministerio Fiscal interesa la nulidad del pronunciamiento que contiene la sentencia relativo a la guarda y custodia de la menor, pues carece de competencia dicho juez para ello, en base a lo establecido en el art. 172 CC.

La sentencia de la primera instancia parte de una interpretación equivocada del art. 173.4.3 CC, pues en dicho precepto se establece como uno de los casos de cese del acogimiento familiar la petición de los padres

que tengan la patria potestad y reclamen la compañía del menor, pero en el presente caso no concurre ese presupuesto, pues la Administración, a través del organismo establecido para ello, el Issorm, ha asumido la tutela del menor, ante su situación de desamparo, lo cual implica, por ministerio de la Ley, que dicho organismo tiene la tutela del menor y que se suspende la patria potestad de los padres (art. 172.1, párrs. 1.º y 3.º), de ahí que la madre, tras la declaración de desamparo acordada por el organismo correspondiente y el acogimiento familiar acordado, carezca del ejercicio de la patria potestad que le autoriza a poner fin al acogimiento familiar. Lo que puede hacer dicha madre, si no está conforme con esa resolución administrativa, es recurrirla, de conformidad a lo establecido en el ap. 6 del comentado art. 172, ante la jurisdicción civil, de acuerdo a las normas contenidas en la LO 1/1996, de 15 de enero, pero no en este procedimiento de separación, donde no es parte la Administración ni es posible acumular acciones distintas a las propiamente matrimoniales (disposición adicional 5.ª e), de la L. 30/1981, de 7 de julio).

Por todo lo expuesto, hay que concluir, como hace el Ministerio Fiscal, que el pronunciamiento que contiene la sentencia de primera instancia por el que pone fin al acogimiento del menor decretado por el Issorm es nulo, porque lo ha sido con infracción de las normas esenciales del procedimiento, haciéndolo en uno distinto al previsto y sin intervención del organismo administrativo competente para la adopción de ese acuerdo (arts. 238.1 y 240.1 LOPJ).

3. RÉGIMEN DE VISITAS

3.1. *Fijación de un régimen de visitas restrictivo dada la corta edad de los hijos y el distanciamiento afectivo con la madre.*

AP BURGOS, Sec. 2.^a, Sentencia de 8 de septiembre de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Picón Palacio.

El régimen de visitas fijado en la sentencia de instancia es el régimen tipo que se suele establecer en los procesos de separación conyugal, desde el momento en que ofrece una amplia posibilidad de trato a los padres para con los hijos. En el caso de autos la situación ciertamente peculiar de distanciamiento afectivo entre madre e hijos, así como la edad de los hijos, aconseja que no se otorgue dicho régimen tipo de relación familiar, sino que el mismo sea restringido, sin que, no obstante, pueda accederse a lo pedido en el acto de la vista por el apelante de que se deje al arbitrio de los hijos.

Es consciente el Tribunal de que la edad de los hijos hace difícilmente coercible la fijación de un régimen de visitas, pero también es consciente de que la experiencia en-

seña que dejar de fijar el régimen trae mucha mayor inseguridad y conflictividad jurídica; por ello, y atendiendo a que, además en el caso de autos, hay unos abuelos que verán en alguna forma beneficiada su relación con los nietos —art. 160, párr. 2.º CC (Código Civil)— en una mayor medida que si no se estableciese un régimen fijo de visitas y considerando que el mismo, en parte, puede favorecer la relación entre madre e hijos, determina modificar el establecido en la sentencia de instancia en el sentido de concretar el período de relación entre madre e hijos un domingo de cada dos, desde las once a las veinte horas, así como la mitad de las vacaciones de verano, Navidad y Semana Santa, en la forma recogida en la sentencia recurrida.

3.2. *Fijación del régimen de visitas con pernocta a pesar de las limitaciones físicas del padre que le imponen la necesidad de ser asistido de otra persona en el cuidado personal del hijo.*

AP CANTABRIA, Sec. 1.^a, Sentencia de 16 de septiembre de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier de la Hoz de la Escalera.

Se combate también por el esposo el régimen de visitas establecido en la sentencia de instancia, pretendiendo su modificación, lo

que sí debe ser admitido al menos parcialmente. En efecto, nada en los autos justifica la razón de la distinción que se hace en la

recurrida en cuanto a las visitas del padre antes y después de los tres años de edad del menor; como tampoco las limitaciones impuestas a que pernocte con el padre y las, por el contrario, amplias visitas entre semana. Lo cierto es que en el presente caso y pese a la limitación física del padre, no se encuentra razón alguna para introducir modificaciones sobre el esquema normal de relación de los hijos y los padres en situaciones de crisis que la práctica judicial viene adoptando con base en la experiencia; ciertamente, las limitaciones físicas del padre le imponen la necesidad de ser asistido de otra persona en el cuidado personal del hijo, pero ello no debe suponer una limitación de las visitas que, no se olvide, no son solo un derecho del padre sino también su obligación para con el hijo; por el contrario, el hecho de que el padre disponga de mucho tiempo no permite ampliar más allá de lo razonable las visitas, pues es obvio que el menor precisa no solo relacionarse con sus padres, sino también una vida estable y ordenada, lo que es incompatible con dividir su tiempo por mitad como parece pretenderse. En definiti-

va, ninguna razón se ha acreditado que impida que el menor pernocte con su padre un fin de semana alterno, como es normal y habitual en estos casos, comprendiendo sábado y domingo y no como se pretende la noche del viernes; y esta Audiencia considera procedente y suficiente con que el padre tenga en su compañía al hijo además los miércoles desde las 16,00 hasta las 20,00 horas, en tanto el menor no comience su etapa de escolarización obligatoria, momento en que desaparecerá dicha visita entre semana, sin perjuicio de que, en razón a la evolución del menor en esa fecha, pueda instarse una modificación de este régimen.

Por último, en cuanto a las vacaciones de verano, procede acceder a lo que se solicita y concretar que en el año 2000 el padre ya tendrá en su compañía a su hijo el mes de agosto, pues realmente y en razón a la fecha del cumpleaños, lo dispuesto en la sentencia de instancia supone no solo una fuente segura de conflicto, sino seguramente dilatar hasta los cuatro años del menor la efectividad de la medida, lo que carece de fundamento.

3.3. *Suspensión del régimen de visitas ordinario por el plazo de un año durante el cual se fijará un régimen de visitas flexible de acercamiento entre padre e hija.*

AP SALAMANCA, Sentencia de 28 de septiembre de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ildefonso García del Pozo.

Por la representación procesal del esposo se recurre en apelación la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia número 3 de esta ciudad con fecha 7 de mayo de 1999, la cual declaró disuelto por causa de divorcio el matrimonio contraído por el recurrente y la demandante, ratificando los efectos y me-

didadas acordadas en la previa sentencia de separación matrimonial, a excepción del régimen de visitas, comunicaciones y estancias de la hija menor del matrimonio con el padre, respecto del cual acordó su suspensión durante el plazo de un año y su sustitución por un régimen más flexible de acerca-

miento entre ambos con contactos breves de dos veces por semana sin pernoctar, susceptible de ampliación, a determinar de manera concreta en ejecución. Y se interesa ahora por dicho recurrente en esta alzada la revocación parcial de la referida sentencia solicitando que se mantenga el régimen de visitas establecido en la sentencia de separación matrimonial.

Respecto del régimen de visitas y comunicación a favor del progenitor que no tenga consigo a los hijos del matrimonio, hay que señalar que el mismo, conforme al artículo 94 del Código Civil, constituye un verdadero y propio derecho, que únicamente podrá limitarse o suspenderse cuando se dieren graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren de modo grave y reiterado los deberes impuestos a dicho progenitor en relación con tales hijos. Por lo que, con carácter general, si bien el régimen de visitas en el amplio sentido de visitas propiamente dichas, comunicaciones y estancias, ha de fijarse de manera generosa a favor del cónyuge que no tenga encomendada la guarda y custodia de los hijos, a fin de mantener y fomentar las relaciones paterno-filiales, tampoco puede desconocerse la situación concreta de cada caso y las circunstancias particulares que en él puedan concurrir, por cuanto el artículo 92 del mencionado Código Civil dispone que las medidas sobre el cuidado y educación de los hijos serán siempre adoptadas en beneficio de ellos. Y entre tales circunstancias han de contemplarse, no sólo las propias de los progenitores, sino muy en especial las de los hijos, y entre ellas la edad de los mismos, por las particulares

atenciones y cuidados que requieren cuando aún tienen una corta edad.

Por lo que, si en el caso presente en el informe pericial, tras el análisis de las circunstancias concurrentes y las correspondientes entrevistas con el padre, la madre y la menor, se concluye que “dado el contexto de la negativa por parte de la niña a la comunicación y visitas con el progenitor, y a fin de propiciar un adecuado acercamiento entre ambas figuras, se aconseja un régimen flexible, sin obligación de pernoctar, con contactos breves y paulatinamente más frecuentes, con mediación de la madre o de los abuelos maternos, que propicien un clima de protección y seguridad para la niña”, el pronunciamiento de la sentencia impugnada que acuerda la suspensión temporal por el plazo de un año del régimen de comunicaciones y visitas establecido en la sentencia de separación matrimonial y su sustitución, en definitiva y de manera transitoria, por el indicado en el referido informe pericial, ha de ser mantenido, al no haberse demostrado que el mismo no resulte más beneficioso para la hija del matrimonio, que, como se ha señalado anteriormente, ha de ser el principio fundamental a tener en cuenta en la adopción de todo tipo de medidas relativas a los hijos, no sin advertir a ambos cónyuges, y muy en especial a aquél que tiene confiada la guarda y custodia de la hija, que hagan todo lo necesario que permita en el menor tiempo posible el establecimiento de unas relaciones normales del padre con la hija, lo que deberá vigilar el Juzgado, recabando la colaboración de los padres e incluso de peritos, si fuere necesario.

III. VIVIENDA FAMILIAR

1. *No extinción del derecho de uso de la vivienda a pesar de que en un procedimiento declarativo se acordó la división de la cosa común y la venta en pública subasta.*

AP BARCELONA, Sec. 12.ª, Sentencia de 1 de septiembre de 1999.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Marcial Subirás Roca.

En la demanda de modificación de efectos de la sentencia de divorcio se interesa se deje sin efecto la atribución a la demandada del que fuera domicilio familiar propiedad de ambos cónyuges, cuya atribución a su favor, que ya había sido concedida en sentencia de separación matrimonial, se mantuvo en el mismo sentido en la sentencia de divorcio dictada en fecha 16 de diciembre de 1996 que fue confirmada en apelación por sentencia de esta sección de fecha 3 de febrero de 1998, alegando como causas de la supresión de atribución de uso de la vivienda conyugal, como único hecho justificativo, el haber obtenido sentencia en juicio de menor cuantía acordando la división de dicha vivienda, único bien ganancial y decretando la venta en pública subasta.

En la sentencia objeto de recurso se estima resulta probado que existe sentencia definitiva, que declara que la sociedad de gananciales de las partes se encuentra concluida de pleno derecho, declarando disuelta la misma procediendo a su liquidación, acordándose la división por mitades del único bien ganancial, la vivienda cuyo uso viene atribuido a la demandada por mor de la sentencia de divorcio y su venta en pública subasta, lo que considerando tal hecho como una modificación sustancial de las circunstancias existentes, resuelve que aun manteniendo la atribución de uso del domicilio conyugal a la señora la limita al plazo de dos años.

Contra dicha resolución se alza tanto el actor en su íntegra petición de que se deje sin efecto la atribución de uso de la vivienda conyugal, como asimismo la demandada en su pretensión de que con desestimación de la demanda se mantenga su uso o con carácter subsidiario se establezca un período transitorio de 20 años.

No corresponde en tales procesos modificativos de efectos o medidas acordadas en sentencias de separación o divorcio acordar la forma que deberá adoptar la medida sobre la atribución de uso de la vivienda conyugal por aplicación del artículo 96 del Código Civil, sino que una vez establecida ésta y según prescribe el penúltimo apartado del artículo 90 del Código Civil, o el inciso final del art. 91 del Código Civil, aquellas medidas judicialmente acordadas en el pleito principal de separación o divorcio sólo podrán ser modificadas judicialmente cuando haya habido una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en consideración en su momento, lo que supone la ocurrencia de hechos acaecidos con posterioridad a su adopción que haga inadecuada la medida adoptada en su momento, y de carácter no previsible.

Con la sentencia de separación de fecha 20 de octubre de 1986 o con la propia sentencia de divorcio de 21 de enero de 1998, confirmada en apelación, ya se produjo *ope legis*, sin necesidad de declaración expresa, la disolución del régimen económico matri-

monial de gananciales por prescripción del art. 95 y 1392.1.º y 3.º del Código Civil, con cuya disolución aquellos bienes que eran comunes para el marido y la mujer ya quedaban atribuidos por mitad entre ellos al disolverse la sociedad de gananciales según dispone el artículo 1344 del Código Civil. Ninguna novedad constituye la sentencia obtenida en juicio de menor cuantía de liquidación del régimen económico conyugal que no fuera ya consecuencia de las sentencias de separación o divorcio, con la única excepción de que tratándose de bien indivisible se acuerda la venta en pública subasta de conformidad con el art. 1410 en relación con el 1062 del Código Civil.

Como sea que ello no supone alteración alguna en las circunstancias de hecho tenidas en consideración, y ello es un acto de carácter futuro, será de su resultado donde podrá apreciarse la concurrencia de circunstancias modificativas que en el presente momento no se dan, porque será el cambio de titularidad dominical que en su caso pueda producirse sobre la vivienda conyugal lo que podrá determinar un cambio de circunstancias que en la actualidad no concurre, y ello conlleva la desestimación de la apelación ejercitada por el actor y la estimación del recurso de la demandada con desestimación de la demanda ejercitada.

2. *Procede conceder el uso de la vivienda al esposo cuando la esposa, que tenía atribuido dicho uso, la abandonó para trasladarse a otra ciudad.*

AP MÁLAGA, Sec. 5.ª, Sentencia de 15 de septiembre de 1999.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando de la Torre Deza.

Alegó la parte apelante, en apoyo de su pretensión revocatoria, que la sentencia dictada en la instancia en cuanto que desestimando la demanda acuerda no haber lugar a modificar las medidas acordadas en su día en el pleito de separación matrimonial, y en concreto la relativa al uso y disfrute de la vivienda que fue conyugal, no es ajustada a derecho, y ello por cuanto que al resultar acreditado que la esposa ha cambiado su residencia, residiendo en la actualidad en la localidad de Hospitalet de Llobregat en Barcelona, el uso y disfrute de la vivienda que fue conyugal debe de conferírsele al hoy recurrente pues su domicilio en la localidad de Málaga así lo hace necesario; a todo ello se opuso el Ministerio Fiscal que, reproduciendo lo alegado en la instancia y haciendo suyos los razonamientos que constan en la

sentencia recurrida, interesó su expresa confirmación. Pues bien, la solución a alcanzar en el recurso debe de ser la favorable a la pretensión de la parte apelante pues constando acreditado por la prueba de confesión judicial de la demandada que ésta en la actualidad reside en la localidad de Hospitalet de Llobregat, y constandingo acreditado que el recurrente continúa residiendo en la localidad de Málaga, es claro que el interés necesitado de protección es el de éste último, pues no entenderlo así llevaría al absurdo de que ninguno de los cónyuges pudiese de hecho disfrutar de la vivienda, máxime cuando la esposa no ha hecho manifestación en el pleito contraria a la pretensión del recurrente y en base a la cual pudiese alcanzarse otra conclusión que la anunciada.

3. *Extinción de la atribución del uso de la vivienda cuando la esposa y los hijos no tienen la necesidad de ocuparla.*

AP SALAMANCA, Sentencia de 28 de septiembre de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ildefonso García del Pozo.

En cuanto a la pretensión del recurrente de que se deje sin efecto la atribución a la esposa e hija del matrimonio del uso y disfrute de la vivienda familiar, es cierto que en el artículo 96, párrafo primero, del Código Civil se establece que, en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario existentes en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Por lo que, al haberse confiado a la esposa la guarda y custodia de la hija del matrimonio, menor de edad, es obligada, en principio, la atribución a las mismas del uso y disfrute de la referida vivienda familiar. Ahora bien, tal previsión legal de atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos del matrimonio y al cónyuge en cuya compañía queden ha de tener como presupuesto imprescindible la necesidad que éstos tengan de establecer en la misma su residencia habitual, no procediendo efectuar tal atribución cuando tal necesidad no exista. Y en el caso presente, si bien en la sentencia de separación matrimonial, en cumplimien-

to de lo prevenido en el referido artículo 96 del Código Civil, se atribuyó a la esposa e hija del matrimonio el uso de la vivienda que había constituido el domicilio familiar, sin embargo de las diversas pruebas practicadas consta acreditado que la misma en este momento, y desde hace ya tiempo, no es utilizada por las mismas como lugar de residencia habitual (así resulta, entre otras pruebas, del certificado de Iberdrola, que revela un nulo o muy escaso consumo de energía eléctrica), al encontrarse viviendo de modo permanente en el domicilio de los padres de la demandada. Por lo que, al no existir la causa o motivo que hace obligada la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge en cuya compañía queden los hijos del matrimonio menores de edad, ha de ser dejada sin efecto la atribución que de tal uso se hizo a la esposa demandada en la previa sentencia de separación matrimonial, a fin de que los cónyuges puedan disponer libremente de la misma en la liquidación de la sociedad de gananciales, procediendo, pues, en este particular la estimación del recurso.

IV. PENSIÓN ALIMENTICIA Y CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

1. *Extinción de la pensión alimenticia por falta de aplicación al estudio.*

AP BADAJOZ, Sec. 1.ª, Sentencia de 7 de octubre de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Martínez de la Concha y Álvarez del Vayo.

La parte recurrente solicita la revocación de la sentencia y se dicte otra por la que se deniegue la concesión de la prestación de alimentos en favor del hijo alegando que la sentencia se fundamenta en razones de índole moral pero no legal, instando a su vez la aplicación del art. 152 del Código Civil; finalmente refiere que su fortuna se ha reducido así como que el hijo fue desheredado, tiene 30 años, y a pesar de llevar 10 años estudiando aún no ha terminado su carrera llevando dos años viviendo fuera del Colegio mayor.

Dados los términos del recurso la cuestión estriba en determinar si concurren en el caso de autos alguno de los supuestos que para la cesación de la obligación de alimentos se establecen en el art. 152 del Código Civil, y en concreto los descritos en los núms. 2, 3 y 4 del citado artículo, que son aquellos en los que se fundamenta la oposición a la demanda.

Pues bien, en relación con la contemplada en el núm. 2, reiterando los argumentos recogidos en la sentencia considera la Sala que si bien es cierto que ha quedado acreditada una reducción del patrimonio del demandado ésta no es de entidad suficiente como para no poder atender aquella obligación sin desatender sus propias necesidades y las de su familia.

Por lo que respecta a la causa del núm. 4 entiende la Sala que no obstante haber sido desheredado el hijo por su padre, el hoy recurrente, en base al art. 853.2.ª del Código

Civil (haberle maltratado de obra o enjuiciado gravemente de palabra) que efectivamente esa causa, a falta además de otra prueba acreditativa del alcance y extensión de aquel motivo de desheredación, no puede considerarse como suficiente a efectos de la cesación de la obligación de alimentos.

Discrepa sin embargo la Sala de la exégesis e interpretación práctica que de la causa 3.ª se recoge en el fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida. En efecto y no obstante los informes médicos aportados acreditativos de que D. Juan Ignacio padece una enfermedad mental cuyo diagnóstico es “trastorno psicótico agudo” si bien a 18 de junio de 1998 se certifica que se encuentra asintomático y sin tratamiento farmacológico, es lo cierto que al día de la fecha lleva unos diez años estudiando Ingeniería de Telecomunicaciones y aún no ha terminado, teniendo ya 30 años, y ya en la sentencia dictada por esta Audiencia (Sección Segunda) en los autos de separación matrimonial se confirmaba la resolución de la juzgadora de instancia de fijar como fecha límite para terminación de los estudios la del año 1998, por lo que esta Sala considera que su falta de aprovechamiento es la que ha determinado el que no haya acabado la carrera y así habría tenido posibilidades, por lo demás realmente importantes dada la carrera elegida, de acceder al mercado laboral; por consiguiente consideramos que es de aplicación la causa prevista en el art. 152.2.º del Código Civil.

2. *No procede disminuir la cuantía de la pensión alimenticia en base al nacimiento de un nuevo hijo, al no haberse acreditado que la madre de este último esté incapacitada para el trabajo y que los ingresos que perciben son insuficientes para atenderse los alimentos de todos los hijos.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 26 de octubre de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

Asentaba el demandado su pretensión aminoratoria de la prestación alimenticia en pro de los hijos comunes, en relación con la cuantía establecida en el convenio regulador de separación, en el próximo nacimiento de un hijo, fruto de las relaciones con su actual compañera, con los gastos lógicos que su atención habría de comportar, aportando, al efecto, un informe del Insalud en el que se refleja que la Sra. R.A. se encontraba en período de gestación de 24 semanas, y ello con referencia al 22 de enero de 1998. Sin embargo no ha acreditado dicho litigante, ni siquiera en esta segunda instancia y al amparo de lo prevenido en el n.º 3.º del artículo 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que la referida situación de gravidez haya llega-

do a feliz término. Aun en el supuesto de ser ello así, no podría ser amparada la pretensión deducida, pues ni se ha justificado debidamente que Sra. R.J. esté incapacitada para el trabajo, con la consiguiente repercusión económica en pro del presunto hijo, ni los recursos del padre, en cuantía de 136.072 ptas. líquidas mensuales, más las correspondientes pagas extraordinarias, justifican una aminoración de su aportación alimenticia respecto de la segunda hija común del matrimonio, máxime cuando, al menos temporalmente, aquel ha de quedar exonerado, según lo antecedentemente expuesto, del pago de pensión a favor del hijo mayor.

3. *No procede aumentar la cuantía de la pensión alimenticia de los hijos al tener el padre que sufragar los gastos de desplazamiento de los hijos de Barcelona a Bilbao para el cumplimiento del régimen de visitas.*

AP BARCELONA, Sec. 18.^a, Sentencia de 28 de octubre de 1999.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Ana M.^a García Esquiús.

La marcha de la madre y las niñas a Bilbao, a salvo su derecho a establecer libremente su residencia (art. 19 de la Constitución) no debe comportar colisión con el legítimo del derecho-deber del padre y el derecho de las hijas a disfrutar de su mutua

compañía, debiendo pues facilitarse y no obstaculizar el ejercicio de tal derecho, aun entendiéndose que la distancia geográfica ya constituye un serio obstáculo. Los gastos de desplazamiento que se derivan de esta situación de lejanía geográfica son importantes y

la sentencia condena al padre a asumirlos, opinión que la Sala comparte, pero si se aumentara el importe de la pensión alimenticia como pretende la madre podría llegarse a la situación de que el padre viera gravemente menoscabado su "derecho de visitas", que aparece regulado en el artículo 94 del Código Civil en concordancia con lo que dispone el artículo 154 del Código Civil, que no es un propio y verdadero derecho, sino un complejo de derecho-deber, cuyo adecuado cumplimiento no tiene por finalidad satisfacer los deseos o derechos de los progenitores, sino también cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos

en aras a un desarrollo armónico y equilibrado de los mismos. La realidad es que al pago de una pensión periódica ha de prorratearse el pago que los gastos de desplazamiento originen, teniendo en cuenta que el régimen de visitas fijado en la sentencia es de un fin de semana al mes, y vacaciones de Semana Santa y verano, más la mitad de las vacaciones de Navidad, de tal manera que el padre vendrá obligado a hacer frente no sólo a la cantidad de 60.000 pts., importe de la pensión, sino a todos aquellos otros gastos derivados del desplazamiento. Es por ello que la cantidad fijada como pensión alimenticia se considera correcta.

4. *No procede aumentar la cuantía de la pensión alimenticia del hijo, ya que lo que el art. 146 del CC tiene en cuenta no es rigurosamente el caudal de bienes de que pueda disponer el alimentante, sino simplemente las necesidades del alimentista puestas en relación con el patrimonio de quien haya de dar los alimentos.*

AP MADRID, Sec. 22.ª, Sentencia de 29 de octubre de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

La dirección Letrada de la parte apelante, asumiendo en el presente momento procesal todos los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia, impugna tan sólo el concerniente a la cuantificación de la pensión alimenticia en pro del hijo común, suplicando de la Sala su elevación a la cifra de 75.000 pts. al mes.

En los iniciales escritos alegatorios, de demanda y contestación a la presentada de contrario, la hoy recurrente hacía referencia, en cuanto apoyo de la aportación alimenticia reclamada al padre, y que hoy reproduce, a las diferencias de ingresos entre padre y madre, habiendo de tenerse "en cuenta los gastos de escolarización, alimento, vestido, etc."

Ante dicho planteamiento no resulta ocioso recordar que el Tribunal Supremo, interpretando el artículo 146 del Código Civil, declara que lo que el mismo tiene en cuenta no es rigurosamente el caudal de bienes de que pueda disponer el alimentante, sino simplemente las necesidades del alimentista puestas en relación con el patrimonio de quien haya de dar los alimentos (S. 16-11-1978).

Sobre dicha base es obvio que no puede ampararse el *petitum* de la antedicha litigante por el mero y solo hecho de que el hoy apelado disponga de unos ingresos netos mensuales del orden de las 300.000 pesetas, dado que no se han acreditado otros gastos específicos del hijo común que los dimanen-

tes del comedor escolar (11.500 pts. al mes), clases de natación (por importe de 39.225 pts. anuales), y material escolar (2.500 pts. al año); y sin perjuicio de haber de tenerse en cuenta otras necesidades, de difícil probanza puntual, pero de elemental previsión, ello no justifica, en modo alguno, la elevación de la pensión alimenticia a los niveles propugnados por la recurrente, salvo que se intente que, como al parecer se apunta en el informe realizado ante la Sala, el padre sufrague, al menos en parte, los gastos derivados de la adquisición de la vivienda en la que reside, al parecer, la madre junto con el hijo, y respecto de cuyo dato no consta, al menos en las actuaciones elevadas a la Sala, prueba alguna de su estricta necesidad, máxime cuando, a través de los referidos escritos alegatorios, se alegaba que la citada litigante vivía en casa de sus padres.

No puede tampoco dejar de valorarse que, en el convenio suscrito por las partes en

fecha 28 de abril de 1997, se pactó una aportación alimenticia a cargo del padre de 15.000 pesetas mensuales, haciéndose cargo además el mismo de los gastos de Colegio, sin que, a través de los autos de que ha conocido el Tribunal, se demuestre, en modo alguno, vicio invalidante del consentimiento entonces prestado, en los términos que recogen los artículos 1265 y ss. del Código Civil; idea esta apuntada, pero no desarrollada ni refrendada por prueba alguna, en el escrito de demanda de la madre.

En definitiva, no puede esta Sala llegar a la conclusión de que el pronunciamiento impugnado vulnera, por defecto, los parámetros de equidistancia y aportación proporcional sancionados en los artículos 145 y 146 del citado texto legal, habida cuenta que también la madre, y no sólo con su dedicación personal, viene obligada a contribuir pecuniariamente a la satisfacción de las necesidades del hijo común.

V. PENSIÓN COMPENSATORIA

1. *Reducción de la cuantía de la pensión compensatoria y limitación temporal a tres años cuando la esposa ha accedido a un trabajo en régimen de interinidad.*

AP ALBACETE, Sec. 1.ª, Sentencia de 12 de julio de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José García Bleda.

La cuestión a determinar es si el trabajo interino actual de la esposa como técnico de laboratorio en el Complejo Hospitalario de Albacete, lo que ha quedado acreditado en virtud de la certificación de la Subdirectora del referido Centro Hospitalario, constituye causa suficiente para suprimir la pensión compensatoria a favor de la esposa acordada

en el convenio. Ciertamente en el Convenio regulador —estipulación quinta— se indicaba expresamente como causa primordial del establecimiento de la pensión compensatoria, que en ese apartado se fijaba y se cuantifica en 50.000 pesetas, que en la actualidad la esposa no trabajaba, situación que indudablemente por sí sola era un factor

indicativo del previsible desequilibrio económico inmediato que para esta supondría la separación si no se paliaba con la posibilidad cierta de trabajar o, en su caso, se compensaba con una pensión a cargo del cónyuge que aportaba el total de los ingresos a la comunidad familiar; ahora bien, es obvio que el hecho de no haber hecho mención expresa a otros factores que también se citan en el art. 97 del Código Civil como aptos para configurar pensión por desequilibrio junto con el desempleo actual o la posibilidad del cónyuge de incorporarse al mercado laboral no altera el régimen legal y por consiguiente nada impide que sirvan en su conjunto para ponderar la cuantificación de estas en su justo equilibrio máxime si se da el caso, como ocurre en el supuesto de autos, de que la circunstancia desvirtuadora ahora alegada para suprimir la pensión establecida —trabajo en régimen de interinidad— carece, por ser coyuntural, de la entidad necesaria por sí solo para considerarlo causa suficiente para suprimir la pensión establecida en su cuantía total si de algún modo, aunque residualmente, concurren otros factores susceptibles de configurar tal pensión compensatoria. En el caso de autos es de ver que el convenio regulador se suscribió en el mes de septiembre del año 1995, fecha en la que la esposa ya poseía la titulación actual de técnico de laboratorio y en la que había venido desarrollando —véase folio 101 en el que se refleja el historial laboral con alta en la seguridad social— al menos desde el año 1991 trabajo temporal en régimen similar al actual, por lo que lo que se tuvo en cuenta a la fecha del convenio no fue ni la falta de titulación de la esposa para acceder a un puesto de similar categoría al que actual-

mente desempeña en régimen de interinidad ni la incapacidad de la esposa a incorporarse al mercado de trabajo, sino la evidente dificultad de desarrollar un trabajo laboral con su titulación en condiciones de cierta estabilidad laboral que pudiera despejar la incógnita de un futuro sin desequilibrio económico. No pasa desapercibido que en el año 1995 el hijo menor Diego todavía era menor de edad —16 años— y subsistía la necesidad de que la esposa se dedicase en mayor medida a la familia que en la actualidad, puesto que las dos hijas, por su edad, tienen capacidad para hacer vida independiente, y el hijo ya es mayor de edad aunque en el hogar materno es obvio la necesidad de dedicación de esta al cuidado del referido hijo. En definitiva, subsisten siquiera parcialmente las circunstancias que se tuvieron en cuenta para configurar el *quantum* de la pensión por desequilibrio, si bien de algún modo paliadoras con la menor necesidad de la esposa de dedicarse al cuidado de los hijos que en la fecha del convenio integran la unidad familiar y las perspectivas del desarrollo siquiera en régimen de interinidad de un trabajo acorde con su titulación, lo que permite aventurar su aptitud para acceder en un futuro al mercado laboral en condiciones de plena estabilidad, lo que exige, de una parte, reducir la pensión por desequilibrio al 50 por ciento de lo establecido inicialmente, es decir a 25.000 pesetas, y de otra parte limitarla a un periodo que se estima como razonable —3 años— desde la fecha de esta sentencia para que aquella consolide bien en el ámbito público o privado un puesto de trabajo en el mercado laboral. Razones que exigen estimar parcialmente el recurso.

2. *Limitación de la pensión compensatoria a cinco años al haberse acreditado un cambio de circunstancias en la beneficiaria de la misma.*

AP ÁLAVA, Sec. 1.ª, Sentencia de 14 de julio de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Picazo Blasco.

Como motivo discrepante en cuanto al fondo se impugna el mantenimiento que de la pensión compensatoria o por desequilibrio respecto de la esposa demandada-apelada realiza la Sentencia apelada, postulándose en consecuencia su supresión como motivo principal o, subsidiariamente, su reducción temporal. El Juzgador *a quo* vino básicamente a sustentar la inmodificabilidad de la misma en base a haber resultado revisados con anterioridad los criterios determinantes de su concesión por la Sentencia dictada por esta misma Audiencia Provincial en fecha 5 de diciembre de 1996 que estimaba el recurso de apelación interpuesto por la demandada frente a la Sentencia de fecha 19 de julio de 1996 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de esta localidad en un anterior Incidente de Modificación, el núm. 357/95, y que procedía a la supresión de la pensión dado que la esposa explotaba un negocio de óptica que le reportaba beneficios y que heredó de sus padres, restableciendo nuevamente la Sala el derecho a la pensión al concluir en el sentido de que aun siendo cierto lo anterior no podía llegar a afirmarse que la situación económica de la esposa tras la efectiva separación fuera igual o mejor que la existente con anterioridad a la ruptura pese a disponer de los ingresos producidos por el negocio en cuestión. En el presente recurso la dirección letrada del esposo invocó la concurrencia de causas objetivas justificadoras de esta nueva alzada tales como la introducción por parte de esta Sala del criterio de la temporalidad

de las pensiones por desequilibrio, la mejora experimentada en la situación de la esposa, quien en la actualidad cuenta con dos fuentes de ingreso, una en calidad de trabajadora en el negocio de óptica y otra como perceptora de sus beneficios, habiendo, además, adquirido la participación que en dicho negocio tenía su hermana, y el empeoramiento en la situación económica del recurrente, quien en la actualidad carece de bienes habiendo asimismo dejado de prestar sus servicios en los diversos igualatorios médicos a los que pertenecía.

Dicho lo anterior, cabe señalar cómo el contenido de la anterior Sentencia, esto es, la dictada por esta misma Sala en fecha 5 de diciembre de 1996, no puede tener como efecto permanente el de la inmodificabilidad del pronunciamiento afectante a la pensión compensatoria. Producida la ruptura conyugal con motivo de la declaración de divorcio por Sentencia de 17 de marzo de 1983 (doc. núm. 4 demanda, f. 19 y ss.) respecto del matrimonio contraído el día 5 de agosto de 1970, los trece años durante los que se prolongó dicho matrimonio han de ser necesariamente contrastados frente a los dieciséis transcurridos tras la ruptura del vínculo durante los cuales el esposo ha estado obligado al abono de pensión compensatoria —ello con independencia de que los impagos de la misma a los que se hizo referencia por la defensa de la apelada en su alegato impugnatorio de recurso puedan ser objeto de la oportuna reclamación— y ello a

los efectos de la circunstancia 6.^a ex art. 97 CC, habiendo transcurrido casi tres desde la última resolución. De otro lado, el hecho de que la esposa continúe prestando sus servicios en el negocio de óptica optométrica heredado de sus padres y del que, además, resulta en la actualidad titular habiendo proporcionado en el curso del año pasado unos ingresos aproximados de 1.500.000 pts. (vide respuestas posiciones 1.^a, 2.^a y 3.^a pliego actor f. 162), siendo, además, propietaria de la vivienda que habita (posición sexta) y copropietaria del local donde se ubica el nego-

cio (posición séptima), ello contestado al de estar dotada de una indudable preparación y conocimientos técnicos para regentar este tipo de negocios, hace que parezca cuanto menos razonable y ajustado a derecho acceder a la solicitud postulada subsidiariamente por el recurrente en el sentido de limitar temporalmente el derecho a percibir la pensión compensatoria a cinco años a partir de la fecha de la presente resolución, lo que en suma conlleva la sustancial estimación del recurso.

3. *Fijación de una pensión compensatoria consistente en el pago de los vencimientos mensuales del préstamo hipotecario.*

AP LA CORUÑA, Sec. 2.^a, Sentencia de 16 de julio de 1999.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a M.^a del Carmen Taboada Caseiro.

En cuanto a la pensión compensatoria en la sentencia se establece que “el padre satisfará a la madre, como pensión compensatoria, el abono del importe de la hipoteca que existe sobre el piso, y en tanto ésta no trabaje, durante los siguientes cinco años”; y tampoco en este punto se refieren los razonamientos en que se funda tal determinación de la pensión compensatoria.

Así es de tener en cuenta que actor y demandada contrajeron matrimonio el 31 de octubre de 1981, presentándose la demanda de separación el 25 de enero de 1996; por tanto, la relación matrimonial ha tenido una importante duración, unos 14 años, y que además consta que la esposa durante la misma vino dedicándose al cuidado de la familia, y no desempeñaba ningún otro tipo de trabajo. Asimismo si bien la esposa nació el 4-3-61 por lo que por razón de la edad podría acceder al mercado laboral, pero no consta que tenga ninguna cualificación pro-

fesional, y es además de valorar su estado de salud, referido anteriormente.

En consecuencia procede mantener la pensión compensatoria, si bien consistirá en el abono del importe de la hipoteca existente sobre el piso, y una vez satisfecha la misma, la pensión quedará reducida a la suma de 20.000 pts. mensuales, y esta última cantidad será revisada conforme al IPC, y se establece sin limitación temporal, ello teniendo en cuenta las circunstancias expuestas, y los ingresos que por nómina percibe el esposo así como su participación social en la empresa en la que trabaja.

También conviene precisar que la pensión pierde su eficacia cuando desaparece el desequilibrio económico o por contraer nuevas nupcias el cónyuge, por lo que en tales supuestos podrá demandarse su anulación o modificación conforme a lo previsto en el art. 100 CC.

4. *No procede fijar pensión compensatoria en el divorcio cuando en el convenio regulador de la separación se pactó una pensión compensatoria temporal y ya ha transcurrido el plazo previsto.*

AP ÁLAVA, Sec. 1.ª, Sentencia de 4 de septiembre de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz.

En el convenio regulador mencionado y aprobado judicialmente, apartado quinto (folio 19), los cónyuges acuerdan pensión compensatoria a cargo del marido y en favor de la mujer por un plazo de dos años y medio (treinta meses) por importe de veinte mil pesetas mensuales, lapso de tiempo que ya ha transcurrido. La hoy recurrente en la demanda de divorcio insta la fijación de pensión compensatoria ex artículo 97 CC, olvidando el acuerdo anterior. Como señala la STS de 21-12-98, recogiendo SS. de 25-6-87, 26-1-93 y 24-4 y 19-12-97, la Ley de 7 de julio de 1981, reformadora del Código Civil y que instaura en nuestro derecho la pensión compensatoria, ha supuesto un amplio reconocimiento de la autonomía privada de los cónyuges para regular los efectos de la separación y el divorcio, con la limitación que resulta de lo indisponible de algunas de las cuestiones afectadas por aquéllos, cuestiones entre las que no se encuentran las económicas o patrimoniales entre los cónyuges, de forma que los convenios así establecidos tienen un carácter contractualista por lo que en ellos han de concurrir los requisitos que, con carácter general, establece el Código Civil para toda clase de contratos en el artículo 1261, siendo la aprobación ju-

dicial que establece el artículo 90 del Código un requisito o *conditio iuris* de eficacia del convenio regulador, no de su validez, y atributiva de fuerza ejecutiva al quedar integrado en la sentencia. La demandante, asistida en el momento de otorgar el citado convenio (folio 185), no puede volver sobre lo pactado en su momento, cuando no se han aducido vicios del consentimiento o de la voluntad, ni se deducen, en el tiempo de su conclusión. Pero es que además se olvida la naturaleza y alcance de la pensión compensatoria según su regulación en los artículos 97, 99, 100 y 101, todos ellos CC. Se trata de un derecho personal del cónyuge acreedor, desligado del concepto de cargas a que se refiere el artículo 93 CC, teniendo una naturaleza indemnizatoria y no alimenticia, cuya referencia temporal es precisamente el momento del cese de la convivencia conyugal, constituyendo una cantidad fija, temporal, como se deduce de los artículos 100 y 101, y que no se puede ver afectada por circunstancias sobrevenidas en el sentido de su fijación con posterioridad a la cesación de la convivencia conyugal o pretender su modificación al alza por el aumento de la fortuna del deudor, puesto que ello no tendría ya su origen en la relación matrimonial.

5. *No procede fijar pensión compensatoria en el procedimiento de divorcio cuando no se pactó dicha pensión en el convenio regulador de la separación.*

AP ALICANTE, Sec. 3.^a, Sentencia de 17 de septiembre de 1999.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio José Úbeda de los Cobos.

Se impugna la negativa de la sentencia de instancia en orden a la fijación de una pensión compensatoria a favor de la esposa. Dicho motivo no debe prosperar debiendo dar por reproducidos los argumentos contenidos en la Sentencia de instancia, pudiendo puntualizar: 1) La pensión compensatoria no tiene naturaleza alimenticia, pretendiendo atajar el desequilibrio económico que puede producir en uno de los cónyuges la ruptura del vínculo conyugal; 2) Las circunstancias que deberán traerse a cuestión: serán las concurrentes en el momento de romperse la convivencia, entendiéndose como dato muy significativo el hecho de que en el convenio regulador unido a la demanda de separación no se fijó pensión compensatoria alguna para los cónyuges; 3) El empeoramiento de las circunstancias económicas de uno de los cónyuges basada en hechos posteriores a producirse la separación no puede funda-

mentar el establecimiento de una pensión compensatoria que, se reitera, no tiene carácter alimenticio. Esta posición es la reiterada por las distintas Audiencias Provinciales, pudiendo recordarse las Sentencias de las de Málaga de 14 de junio de 1994, Gerona de 19 de octubre de 1995, Badajoz de 2 de abril de 1996, Cantabria de 24 de septiembre de 1996, Zaragoza de 4 de octubre de 1996, Las Palmas de Gran Canaria de 8 de julio de 1996, Cáceres de 28 de febrero de 1997 y Barcelona de 16 de marzo de 1998. Esta es la posición también de la Sección de la Audiencia Provincial de Alicante, a la que apoyamos, manifestada en Sentencias de 15 de mayo y 13 de julio de 1997. Por tanto, no acreditadas en autos las circunstancias que justificarían la fijación de una pensión compensatoria, es improcedente su reconocimiento.

6. *No procede fijar una pensión compensatoria en un procedimiento de modificación de medidas.*

AP BURGOS, Sec. 2.^a, Sentencia de 22 de septiembre de 1999.
Ponente: Ilmo Sr. D. Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente.

Solicita la esposa demandante en el procedimiento del que dimana el presente rollo de apelación que se señale a su favor pensión por desequilibrio económico, a cargo

de su esposo, por importe de 125.000 pts. mensuales, por entender que se ha producido una modificación sustancial de las circunstancias tenidas en consideración en el

procedimiento de separación matrimonial seguido en el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Burgos, que finalizó por sentencia de fecha 24 de abril de 1997, la cual fue parcialmente revocada por otra dictada por esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Burgos, de fecha 1 de diciembre de 1997, en el sentido de declarar no haber lugar a fijar pensión compensatoria ni pensión alimenticia a favor de la esposa. La sentencia que ahora se recurre desestimó dicha pretensión, y frente a ella se alza en apelación la demandante.

El recurso debe ser desestimado, y, en consecuencia, procede confirmar la sentencia en su integridad, toda vez que, como muy bien se expone en su fundamentación jurídica, la situación de desequilibrio económico que pudiera justificar la fijación de la pensión a la que se refiere el artículo 97 del Código Civil debe ser una consecuencia directa e inmediata de la separación o el divorcio, y no de otros factores o circunstancias anteriores o posteriores, de tal forma que si, como ocurre en el presente supuesto, en la sentencia firme de separación conyugal no se señaló la pensión compensatoria que había sido solicitada por la esposa, fue precisamente porque llegó el Tribunal a la conclusión de que no había acreditado aquella que la separación produjese un desequilibrio económico en el matrimonio, que im-

plicase para ella un empeoramiento en su situación, y así se expresa en el fundamento jurídico segundo de la ejecutoria, de tal manera que si la separación no produjo desequilibrio económico (y se trata de un pronunciamiento afectado por la cosa juzgada material), el que ahora se pretende probar vendría en su caso, provocado por hechos posteriores y ajenos a la propia separación, que, por lo expuesto, no pueden tenerse en consideración en orden a justificar el establecimiento de pensión compensatoria; de hecho, las circunstancias que se alegan para justificar la pretensión de la actora-apelante son todas sobrevinidas con posterioridad al cese de la convivencia, y una vez que adquirió firmeza la sentencia de separación, cuales son la jubilación de la esposa, con una consecuente disminución de ingresos, y un empeoramiento en su estado de salud, de tal manera que serían tales circunstancias, y no ya la separación, las que, en todo caso, habrían provocado el desequilibrio económico, de haberse producido éste, siendo así que, por demás, la jubilación fue, en todo caso, voluntaria, al ser la esposa trabajadora autónoma y no haber acreditado que viniese motivada por un empeoramiento en su estado de salud, pues tampoco ha probado que entre la fecha de la separación y la de presentación de la demanda de modificación de medidas se haya producido tal empeoramiento.

7. *Fijación de una pensión compensatoria después de haber transcurrido una separación de hecho entre los cónyuges.*

AP ASTURIAS, Sec. 5.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 1999.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Paz Fernández-Rivera González.

Habiéndose aquietado los cónyuges litigantes con el pronunciamiento que decreta su separación conyugal, la única cuestión que la esposa recurrente trae a esta alzada se

circunscribe a determinar si debe merecer acogimiento la petición por la que aspira se fije a su favor y con cargo al apelado la pensión compensatoria del art. 97 del CC y, en

su caso, la fijación de su importe; pretensión a la que se opone el esposo que interesa la confirmación de la recurrida.

Así, centrados los términos del debate en orden a su resolución, debe comenzar señalándose que si bien es cierto que las resoluciones de las diferentes Secciones de esta Audiencia Provincial vienen estimando la no existencia de desequilibrio económico en aquellos supuestos de separación de hecho en los que, además de su carácter prologando, ninguno de los esposos hubiere solicitado auxilio económico del otro, también lo es que ello es con el carácter de presunción *iuris tantum* que, por ende, admite prueba en contrario y normalmente se verá destruida cuando se demuestre que a pesar de la realidad de la ausencia de reclamación de auxilio económico, existe sin embargo una indiscutible y manifiesta necesidad por parte del cónyuge que pida la cuestionada pensión, lo que cobrará mayor fuerza en aquellos supuestos en los que resulte indeterminado el tiempo durante el que se prolongó la separación de hecho o en los que aun constando no revista el carácter de dilatada en el tiempo. A lo que debe añadirse que la referida presunción deberá ser considerada de manera racional ya que tampoco puede olvidarse que una cosa es el no ejercicio del derecho y otra su existencia, por lo que solo será dable deducir de esa ausencia de ejercicio la presunción de abandono del mismo o una falta de desequilibrio cuando además concurren otras circunstancias que así lo pongan de manifiesto, ya que entenderlo de otro modo atentaría contra el instituto de la prescripción y vida que toda acción tiene para su ejercicio.

Examinada la cuestión litigiosa a la luz de lo expuesto, de lo actuado se colige que al tiempo de la interposición de la demanda, de la que esta alzada trae causa, los esposos

litigantes llevaban separados casi cuatro años (período de tiempo que precisamente no puede ser calificado de dilatado) durante los cuales, si bien es cierto que la hoy recurrente ningún auxilio económico pidió a su esposo, también lo es que vino subsistiendo merced a la ayuda que le prestaron sus hijos en cuya casa vive, lo que unido al hecho de que, durante su prolongada convivencia matrimonial, los cónyuges en cuestión vivieron a expensas de la actividad industrial del apelado, dedicándose ella a la casa y al cuidado y atención de su esposo e hijos, así como que aquél, al momento de la ruptura matrimonial, con independencia de la situación de la crisis de su empresa, siguió llevando un nivel de vida que halla difícil armonía con una carencia absoluta de ingresos, incierta por otra parte pues viene percibiendo unas prestaciones por desempleo del orden de las 134.000 pesetas (fol. 134), permite establecer que la recurrente, con independencia de que hubiere o no solicitado ayuda a su esposo, sufrió un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio con relación a la posición de su esposo, lo que la hace acreedora de una pensión compensatoria con cargo a él del orden de las 30.000 pesetas mensuales revisable con efectos al uno de enero de cada año conforme a las variaciones que experimenten los ingresos del obligado, que deberán ser abonadas por el esposo dentro de los diez primeros días de cada mes.

Sin que a ello sea óbice el que entre los esposos mediare el régimen económico matrimonial de absoluta separación de bienes una vez disolvieron su consorcio conyugal toda vez que la alegación de tal circunstancia por sí sola, que es lo que el apelado meramente efectúa, no excluye la existencia del desequilibrio que este Tribunal aprecia.

8. *No procede aumentar la cuantía de la pensión compensatoria en el procedimiento de divorcio cuando la misma se fijó en la separación.*

AP CÁDIZ, Sec. 1.ª, Sentencia de 6 de octubre de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Marcelino Rodríguez Rosales.

Con relación a la pensión compensatoria, como dice la sentencia de la Audiencia de Vizcaya de quince de mayo de 1990, no puede entenderse como una especie de pensión vitalicia derivada del matrimonio, sino como un derecho relativo condicional, circunstancial y limitado en el tiempo, salvo casos excepcionales, pues roto el vínculo matrimonial, los cónyuges deben procurarse dentro de sus respectivas posibilidades y atendidas las circunstancias, un medio autónomo de subsistencia.

Su razón de ser no es la situación de necesidad del cónyuge acreedor, sino el efectivo desequilibrio económico, que ha de producirse con motivo de la separación o divorcio, y que implique un empeoramiento en relación con la situación existente constante matrimonio.

La pensión que ahora se pide que se incrementemente fue concedida en noviembre de 1994. Han pasado casi cinco años y el carácter transitorio hace pensar que su extinción está próxima. La perceptora habrá de haber aprovechado este tiempo para lograrse un medio de vida propio, cosa que por cierto parece que ha hecho al concluir sus estudios

universitarios. Cuando concluya esta fase ya no tendrá derecho a exigir a su antiguo marido que la sostenga económicamente, pues el matrimonio ha desaparecido y con él cualquier deber de asistencia entre los cónyuges. Esta es la regla general, que sólo admite como excepción aquellos supuestos en que sea impensable, por edad o enfermedad, que una persona será incapaz de servirse por sí misma, es decir, cuando el desequilibrio sea insuperable.

De otro lado, respecto de la pensión compensatoria se va abriendo paso el criterio (por todas, sentencia de la Audiencia de Cantabria de veintiséis de junio 1998) de que por su propia naturaleza indemnizatoria “tiene como límite el perjuicio sufrido, que por definición queda fijado al tiempo de la separación o el divorcio, pero que no puede aumentar después porque la esposa venga a peor fortuna o el esposo la mejore”.

Esto lleva a interpretar el art. 100 CC, en el sentido de que la mejor o peor fortuna de uno u otro cónyuge tras la separación podrá justificar, si el cambio es sustancial, una reducción de la pensión o incluso su desaparición, pero nunca su elevación.

VI. CUESTIONES PROCESALES

1. *Declaración de nulidad de actuaciones por falta de traslado de la reconvención aunque manteniendo la firmeza del pronunciamiento sobre la disolución del vínculo matrimonial.*

AP VALENCIA, Sec. 7.ª, Sentencia de 17 de septiembre de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Beneyto García-Robledo.

Se aceptan, el Fundamento Jurídico 1.º de la sentencia recurrida, y el “planteamiento” que se hace en la misma (del 2.º), sobre la pensión compensatoria, y por razón del desequilibrio económico producido a uno de los cónyuges por causa de la ruptura de la convivencia conyugal. Bien que todo ello (compensatoria), sin virtualidad final, ante la irregularidad procesal producida, y dados los pronunciamientos de obligada adopción, cara a la medida de orden económico decretada, en comparación a lo instado por ambas partes, y no obstante que planteada, por la demandada, otra fórmula, al respecto, de la que se vedara a esa parte todo tratamiento en autos, con irregularidad en lo procedimental y con evidente indefensión final para ella,... imponiéndose por nulidad de las actuaciones la retroacción del trámite y al momento en que produjo la falta, *ex arts 238.3.ª y 240.1 LOPJ.*

En efecto; frente a la petición del demandante instando el divorcio y ello por transcurso del plazo legal desde la sentencia de separación, sin haberse reanudado la convivencia entre los cónyuges (causa del art. 86 n.º 3.º A del CC), y solicitando, además, en modificación de las medidas vigentes y derivadas de la separación antecedente, una asignación de plazo a la pensión compensatoria vigente de 60.000 ptas, ratificada en apelación por esta Sección 7.ª en 30 de octu-

bre de 1995, y, por supuesto, con reducción desde la sentencia en un 50%, alternativa-mente a ello, reduciéndose al 50% la cuantía fijada en la separación,... decimos, frente a la petición de D. Vicente, se presentó, en plazo, escrito de contestación-reconvención por D.ª M.ª de los Desamparados, asistiendo al pronunciamiento y declaración de disolución del matrimonio por causa de divorcio, pero instando también la “modificación de la pensión compensatoria”, para ser incrementadas las sesenta mil pesetas actualizables por el IPC en 120.000 ptas más, y ante la “alteración sustancial” que en la fortuna de D.ª M.ª de los Desamparados había producido la actuación del esposo, privándola de su único medio de vida (local y negocio de venta de cerámica), aparte la pensión compensatoria, alternativamente de ello, que se le adjudicase el usufructo vitalicio del bajo comercial propiedad de la contraparte (y objeto de aquel desahucio por precario, que D. Vicente consiguiera,... siendo por ello la misma desalojada del local).

Ante cuya contraposición de pretensiones, y posible también para la demandada una solicitud de “modificación de la pensión compensatoria”, y como la que hubiese instado el actor, con el divorcio (en igualdad de tratamiento, y por los Tribunales, de ambas partes,... en no estando prohibida esta modificación, y para ninguna de ellas, en el juicio

sobre divorcio, extensivo a las “medidas definitivas” que del mismo se derivasen); la Sala encuentra carente de toda justificación ese acuerdo del proveído de 3 de junio de 1997 (a folio 171), y desde luego no motivado *ex art.* 369 LEC, de “no ha lugar a la admisión de la demanda reconvenicional”, y estrictamente referida ésta a ese incremento en la cuantía de la pensión compensatoria, y tras haberse allanado la misma a la declaración de disolución del matrimonio por “divorcio” (folio 141); cuando el apartado d) de la Disposición Adicional 5.ª de la Ley 30/1981 (facultando la “reconvencción” y estableciendo para ella un específico plazo, a la hora de contestarla), nada viniese en prohibir al caso, y menos la redujera a la petición principal o pronunciamiento del divorcio, objeto característico de este mismo proceso de autos, y precisamente al mismo aquietada D.ª M.ª de los Desamparados (con su allanamiento). Y ya solo discutibles entre las partes estas consecuencias económicas derivadas de la ruptura de la convivencia conyugal, y como sometidas a su libre disposición en Derecho, y solo enjuiciables como fueran de otra parte por los Tribunales, con estricta sujeción al “principio de congruencia” según las pretensiones de las partes (art. 359 LEC), y sin posibilidad ninguna de suplirse esa iniciativa de los dos interesados, en tales cuestiones de estricto Derecho Privado, por el órgano jurisdiccional, y de una forma análoga a como se protegiesen los intereses concernientes a los hijos menores de los colitigantes, que, en un proceso matrimonial, pudieran y deben ser tratados considerados y resueltos por los Jueces y Tribunales; incluso *ex officio* y como dependientes también de los pronunciamientos del proceso matrimonial mismo, hasta con intervención incluso al respecto (en su tutela) por parte del Ministerio Fiscal; es visto que la supresión *in limine* de esa posibilidad procesal de considerarse, en este divorcio, y reconvenicionalmente, la “modificación de la pensión compensatoria” instada por la demandada, paralelamente al estudio y a una decisión sobre las medidas económicas soli-

citadas por el ex esposo (modificación de la misma pensión compensatoria, aunque en sentido contrario, en perjuicio de los intereses de la demandada), deberá ser corregida, esa eliminación de la reconvencción, por la vía del acogimiento de la solicitud de nulidad de actuaciones al respecto deducida, y en la vía ordinaria del recurso prevenido al caso en la ley procesal (ex art. 240.1 LOPJ) el de la apelación”, y contra la sentencia definitiva del asunto principal (aparte de contra el Auto de 30-7-97), que, vedado todo tratamiento y sobre esa reconvencción, hubiese acogido sin embargo y en parte la pretensión del demandante, con el divorcio objeto de conformidad entre ambos litigantes, acogiendo cierta “modificación” (parcial) de la pensión compensatoria, *ex arts.* 91 y siguientes y 100 del Código Civil, pero por la vía de la “temporalización”, fijando una duración de diez años a aquella pensión que hubiese surgido, indefinida en el tiempo, en la sentencia de la separación,... contra toda “igualdad de las partes” en el proceso y frente a ese principio procesal contemplado en el art. 238.3.º LOPJ, que veda toda “indefensión” a las partes,... sin embargo, aquí una sometida en definitiva a verdadera y propia indefensión, y por haber aprovechado, en economía procesal (como el demandante), el proceso principal de divorcio, para modificación de la medida económica de la pensión compensatoria, siempre susceptible, y por las causas legales (debidamente probadas), de una modificación, aunque por variación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de su adopción. Y mayor indefensión producida, si cabe, al haberse desestimado en definitiva el medio impugnatorio excogitado al caso, contra ese rechazo de la “reconvencción” (medio procesal posible para el tratamiento de la modificación de la compensatoria, y como igualmente interesaría D. Vicente), y constituido por el recurso de reposición, folio 174, rechazado en el Auto de 30 de julio de 1997, folio 180, ...e independientemente, y *ad cautelam*, recurrido en apelación, folio

306, que fuese admitida en un solo efecto (folio 307).

Según lo expuesto, producida irregularidad procesal, respecto a la reconvencción articulada, e indefensión a la parte reconviniente, a lo que se vedara todo tratamiento, discusión y prueba sobre sus pretensiones convencionales; sin entrarse en el fondo realmente controvertido, y respetándose la decisión sobre la disolución del matrimonio en lo civil y por causa de divorcio (objeto de la conformidad de ambas partes litigantes),

y con nulidad parcial de las actuaciones de primera instancia (art. 242.2 LOPJ), a declararse la obligada retroacción del procedimiento al momento de la inadmisión a trámite de la reconvencción formulada, para decretarse y por el contrario esa admisión y enjuiciamiento en autos, con traslado a la contraparte, y con admisión, en su caso, de prueba sobre los hechos que, derivados de la contestación a la reconvencción, no se hubiesen probado suficientemente en el período de prueba y ordinario acordado en 3 de junio de 1997 (folio 171).

2. *No procede modificar el régimen de visitas que se fijó en la sentencia de separación por vía del art. 158 del CC.*

AP ALBACETE, Sec. 1.ª, Auto de 17 de septiembre de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Espinosa Serrano.

A la vista de lo actuado y de los términos del auto recurrido, es claro que no procede acoger el recurso. Ello en razón de que el art. 158 del Código Civil, en el que el hoy apelante apoya su pretensión, no está concebido para supuestos como el de mérito, en el que ya existe un régimen de visitas decretado en sentencia de modo firme y para cuyo cambio ha de acudir preceptivamente a su

procedimiento específico de modificación de medidas, que es el que ya está en trámite. Sin que quepa pretender que la modificación se adopte, aunque sea cautelarmente, con abstracción de aquel procedimiento y soslayo del aval con que cuenta el régimen establecido en sentencia. De ahí que, como se dice al principio, proceda desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

3. *Condena en costas cuando es desestimada la demanda de modificación de medidas.*

AP BURGOS, Sec. 2.ª, Sentencia de 22 de septiembre de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente.

La sentencia apelada impone a la parte demandante las costas procesales causadas en la primera instancia, por entender el Juz-

gador *a quo* (fundamento jurídico cuarto) que era merecedora de tal imposición, tanto por aplicación del criterio objetivo del ven-

cimiento, como del subjetivo de la temeridad, dado que consideraba temerario solicitar una modificación de medidas de separación sin fundamento jurídico o fáctico que la respalde, sólo once meses después de decretada la separación, y es que, efectivamente, la sentencia firme de separación es de fecha 1 de diciembre de 1997, y la demanda de modificación se presentó el 5 de

noviembre de 1998, con una más que evidente carencia de hechos valorables en los que apoyarse y de argumentos jurídicos realmente defendibles, teniendo en cuenta la claridad de los razonamientos y pronunciamientos de la sentencia firme de separación, a los que ya se ha hecho alusión, por lo que también en este particular procede confirmar la sentencia apelada.

4. *La intervención del equipo técnico en fase de ejecución para dar cumplimiento a una resolución no puede calificarse de prueba pericial, y por consiguiente no cabe aplicar el régimen de recusación de peritos.*

AP MÁLAGA, Sec. 5.ª, Auto de 20 de octubre de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando de la Torre Deza.

Alegó la parte apelante, en apoyo de su pretensión revocatoria, que el auto dictado en la instancia, en cuanto que no admitiendo a trámite la recusación interesada por la parte contra la Diplomada Social y Psicóloga adscrita al Juzgado no es ajustado a derecho ya que dichos profesionales no son meros auxiliares del Juez sino que son peritos, lo que hace que les sean aplicables las causas de recusación que la LEC contempla para tales supuestos, por lo que interesó el dictado de un auto por el que revocando el recurrido se acordase la admisión a trámite de la recusación interpuesta. A todo ello y por su orden se opusieron el Ministerio Fiscal y la parte apelada que, reproduciendo lo alegado en la instancia y haciendo suyos los razonamientos que constan en la resolución recurrida, interesaron su expresa confirmación.

Pues bien, la pretensión revocatoria no puede ser alcanzada ya que sin desconocer que en principio los profesionales cuya recusación se interesa, Psicóloga y Diplomada Social adscritos al Juzgado, actúan en el procedimiento para, con sus conocimientos técnicos, ilustrar al Juzgador sobre aquellos particulares en los que resulta si no necesa-

rio sí conveniente su actuación, bien pudieran calificarse de peritos y en consecuencia serles de aplicación las causas de recusación que contempla la LEC en su art. 621, y ello por una interpretación analógica de lo dispuesto en el art. 463 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en cuanto a los Médicos Forenses, es lo cierto que en el actual supuesto el punto a discutir no es tanto lo anterior, sino el determinar si en la actuación llevada a cabo actuaron con tal carácter o si por el contrario y como se razona en la instancia al haber actuado como meros ejecutores de una resolución judicial su actuación no puede calificarse de dictamen pericial, y en este sentido, constando que dicha actuación no vino motivada para poder resolver con anterioridad al dictado de una resolución relativa a si procedía o no cambiar la guarda y custodia de la menor, sino que la misma lo fue para ejecutar una medida ya adoptada y en concreto la guarda y custodia de la menor a sus padres por naturaleza, con el fin de que su ejecución perjudicase en lo mínimo a los intereses de dicha menor, es claro que la actuación que emiten dichos profesionales no puede calificarse de prueba pericial, y por tanto procede la desestimación del recurso.

5. *No es óbice para la concesión de las 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 CC 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, incluidas, 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 reprochable 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.

VII. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

1. *Procede la reclamación de la pensión alimenticia desde la fecha de la interposición de la demanda.*

AP TARRAGONA, Sec. 1.ª, Auto de 21 de julio de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Alavedra Farrando.

La presente apelación versa sobre los alimentos fijados a favor de los hijos menores de edad en el auto de medidas provisionales, si es exigible su abono desde la fecha en que se dicta, como así se recoge en el auto apelado y entiende también el Ministerio Fiscal, o deben abonarse desde la interposición de la solicitud de medidas, como así solicita el apelante.

Debemos señalar que debe de estimarse el presente recurso y entender, por tanto, que los alimentos a los hijos menores de edad fruto del matrimonio establecidos en el auto de medidas provisionalísimas deben abonarse desde la interposición de la solicitud de las mismas, entiendo de aplicación los preceptos referidos en este punto a los alimentos en general a los que se establezcan en las medidas provisionalísimas de conformidad con los arts. 104 y 103 del Código Civil, es decir, refiriéndonos a los preceptos generales recogidos en la materia que nos afecta en la Ley 10/1996 del Parlament de Catalunya, de 29 de julio, de alimentos entre parientes, que en su artículo 4 establece que se tiene derecho a los alimentos desde que se necesitan, pero no se pueden pedir los anteriores a la fecha de la reclamación judicial o extrajudicial debidamente probada (actualmente recogido en iguales términos en el artículo 262 del Código de Fami-

lia, Ley 9/1998, de 15 de julio, que deroga la citada Ley), y en el párrafo primero del artículo 148 Código Civil que nos dice “La obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos; pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda”. Entendemos que procede el abono desde la interposición de la solicitud y no desde la fecha del auto de medidas provisionalísimas en base a los siguientes argumentos:

a) La remisión que el art. 93 CC hace en su párrafo último en relación a los hijos mayores de edad o emancipados señalando que “fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código”, remisión expresa para dichos hijos que incluiría —“y siguientes”— el art. 148 CC, de igual modo si se acudiera a la reclamación de alimentos de hijos extramatrimoniales tampoco se dudaría de la aplicación del artículo 148 CC; con lo que de entender no aplicable a los hijos matrimoniales menores de edad, en este caso dos hijos de dos años y de dos meses, supondría infracción del art. 39.2 de la Constitución que establece el principio de igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación, además del artículo 32 de la Constitución en cuanto al derecho a contraer matri-

monio, que no puede resultar perjudicial para los hijos habidos en el mismo; siendo el matrimonio constitutivo de la familia, la necesaria protección del matrimonio y de los hijos habidos en el mismo debe ser exigible, y por ello aplicable el art. 148 CC.

b) De igual forma sería de aplicación en atención a lo dispuesto en el art. 39.2 Constitución “Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos” y el 39.3 de la Constitución. “Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos”, que no debe de suspenderse en el plazo de tiempo que media desde la interposición de la solicitud y el auto acordando las medidas.

c) Y por aplicación de la analogía artículo 4.1 Código Civil, siendo que el ordenamiento jurídico es aplicable es su totalidad, sin que sea obstáculo para aplicar analógicamente

la normativa de los alimentos provisionales, a los alimentos fijados en el artículo 103 CC, la inexistencia de previsión normativa sobre la retroactividad de dichos alimentos, y ello porque la analogía es un método de integración normativa, como así señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 10-11-1997.

Por todo ello, y en atención al principio *favor filii* que debe de imperar siempre, y ser objeto de la debida y necesaria protección en todos los ámbitos, debe proceder la estimación del recurso de apelación, debiéndose abonar los alimentos desde la interposición de la solicitud y no desde la fecha de la resolución de medidas, por lo que procede también el abono de los meses de mayo y junio de 1998 solicitados que comprenden dicho periodo intermedio, en las cantidades fijadas en dicho auto de medidas. Sin imposición de costas al ser estimado el recurso.

2. *Sujeción de la pensión compensatoria a los límites del embargo de sueldo que se establece en el artículo 1451 de la LEC.*

AP SALAMANCA, Auto de 26 de julio de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Idelfonso García del Pozo.

Por el demandante se recurre en apelación el auto dictado por el Juzgado de 1.^a Instancia número 2 de esta ciudad con fecha 18 de marzo de 1999, desestimatorio del previo recurso de reposición por él interpuesto contra la providencia de veinticuatro de febrero anterior que acordó retener mensualmente al mismo la cantidad de cincuenta mil pesetas hasta cubrir el importe adeudado a la demandada en concepto de pensión compensatoria, que en el convenio regulador de la separación matrimonial fue fijada en la cantidad de treinta mil pesetas mensuales. Como fundamento de tal recurso

de apelación se alega la infracción del artículo 1451 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando que al no tener la pensión compensatoria una naturaleza estrictamente alimenticia, no le es de aplicación la excepción de inembargabilidad limitada contenida en el último párrafo de dicho precepto legal, debiendo por ello acomodarse la retención acordada a los porcentajes en el mismo establecidos.

Dispone el artículo 1451 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aparte la inembargabilidad del salario mínimo establecida en el ar-

tículo 1449, que las retenciones de salarios, sueldos, pensiones, jornales o retribuciones que sean superiores al salario mínimo legal se regirán por la escala que el mismo establece, cualquiera que sea la clase de deuda de que se trate, y añade en su párrafo último, como excepción a aquella regla general, que la inembargabilidad dispuesta en el párrafo segundo del artículo 1449 y en los párrafos anteriores de este artículo 1451 no regirán cuando el embargo o retención tenga por objeto el pago de alimentos debidos al cónyuge o a los hijos en virtud de resolución de los tribunales en procesos de nulidad o separación matrimoniales o de divorcio, o de alimentos provisionales o definitivos, en cuyos supuestos el Juez fijará la cantidad a retener.

La doctrina científica ha señalado que, con arreglo al artículo 1451.III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la inembargabilidad prevista en el artículo 1449.II, y en el artículo 1451.I, no se aplica a los embargos que reúnan todos y cada uno de los siguientes requisitos:

a) Que se trate de un embargo decretado en un proceso de nulidad matrimonial, separación o divorcio, de alimentos provisionales o definitivos, siendo irrelevante, en cuanto a los procesos matrimoniales, que lo sea en ejecución de la sentencia definitiva o de las medidas previas o provisionales que se puedan adoptar en tales procedimientos al amparo de lo dispuesto en los artículos 90.I.c), 91 y 103, 2.ª y 3.ª, del Código Civil.

b) Que la finalidad concreta del embargo sea la de hacer efectiva una obligación de alimentos a favor del cónyuge o hijos de la persona contra la que se ha decretado la trabas; por lo que la inembargabilidad ex artículos 1449.II, y 1451 es aplicable cuando el embargo tiene por objeto hacer efectiva una obligación distinta del pago de alimentos, aunque los titulares del correspondiente derecho sean los hijos o el cónyuge de la persona contra la que se ha ordenado la práctica del embargo y consiguiente retención del sueldo, salario, jornal o pensión.

Ya en la sentencia de esta Sala de 23 de junio de 1998, siguiendo el criterio jurisprudencial mayoritario, señalamos que la pensión compensatoria 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 el divorcio le suponen 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, como dice la STS de 2 de diciembre de 1987, que cada uno de los cónyuges pueda continuar con el nivel económico que tenía durante el matrimonio, en la medida de lo posible.

De ahí que existan notables diferencias entre la pensión compensatoria y la pensión por alimentos, en cuanto que son instituciones distintas que responden a presupuestos y fundamentos diferentes. La segunda de ellas, que aparece regulada en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, obedece a criterios de necesidad; es decir, nace con el fin de proveer lo necesario para atender las exigencias vitales, tomando como base de su otorgamiento la necesidad de quien la solicita y los recursos del obligado a prestarla, siendo irrenunciable (artículo 155 del Código Civil). Por el contrario, la pensión compensatoria, recogida en el artículo 97 del Código Civil, encuentra su razón de ser en el desequilibrio económico experimentado por alguno de los esposos como consecuencia de la separación o divorcio, desequilibrio que supone un presupuesto más amplio que la necesidad, en cuanto destinada a cubrir no solamente las necesidades vitales, sino también, y fundamentalmente, a restablecer o reparar el perjuicio económico derivado de la ruptura de la vida conyugal, con posibilidad de renuncia por los cónyuges (SAP Las Palmas de 19 de febrero de 1996). Puede afirmarse, por ello, teniendo en cuenta los presupuestos fácticos que justifican el nacimiento de la pensión compensatoria, que su naturaleza no es alimenticia, sino que constituye un supuesto de resarcimiento del

perjuicio objetivo sufrido a causa de la separación o el divorcio, y sin vinculación alguna con la idea de su responsabilidad por culpa (STS de 19 de junio de 1988), sin perjuicio de que su fundamento pueda basarse también en el principio de solidaridad post-conyugal, es decir, en el equilibrio económico fundado en la solidaridad familiar que surgió entre los esposos al contraer matrimonio. En el mismo sentido se han pronunciado también, entre otras, las SSAP de La Coruña de 6 de mayo de 1998 y de Zaragoza de 25 de mayo de 1998.

Por consiguiente, si la pensión compensatoria fijada a favor de la esposa no tiene naturaleza estrictamente alimenticia, es evidente que la retención acordada sobre el salario del esposo para hacer efectivas las cantidades adeudadas por tal concepto habrá de acomodarse a lo prevenido en los artículos 1449 (inembargabilidad del salario mínimo legal) y 1451, párrafos primero y segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil (retención en función de los porcentajes en ellos establecidos). Por lo que ha de ser estimado el recurso de apelación interpuesto.

3. *El tratamiento psicológico de la hija debe ser considerado como un gasto extraordinario.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Auto de 29 de julio de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Marcial Subiras Roca.

El demandado mantiene en su recurso la improcedencia del abono del tratamiento psicológico de la hija Nuria por trastorno alimentario a que se accede en la resolución apelada, a cuyo objeto sostiene que en interpretación del pacto cuarto del convenio regulador suscrito, respecto a los gastos extraordinarios de sanidad de las hijas que requieren sean decididos de mutuo acuerdo salvo que por su urgencia requieran una decisión inmediata, lo que se hace es confundir la gravedad de la enfermedad con la urgencia de asistencia, y efectivamente existe plena diferenciación entre ambas ya que una urgencia médica no siempre se corresponde con una enfermedad de carácter grave, pero en todo caso una dolencia grave siempre supone una urgencia asistencial médica, y así

si ya se admite que la dolencia de la hija merece de atención especial por sus síntomas somáticos de ansiedad, con crisis bulímicas con vómito autoinducido, todo ello de carácter grave que recomendaban una necesaria psicoterapia con inclusión de modificación y regulación de hábitos alimentarios, tales dolencias patológicas de anorexia y crisis bulímicas no pueden quedar sujetas a control y aprobación de ambos progenitores, sino que por su gravedad serán los facultativos quienes determinarán el régimen médico asistencial apropiado, y a ello solo será oponible la ausencia asistencial imputada, y por ello procede desestimar asimismo el recurso de apelación del aquí demandado.

4. *No se accede a la solicitud de restitución del menor a la madre de nacionalidad estadounidense que sólo tenía establecido a su favor un derecho de visitas.*

AP MÁLAGA, Sec. 5.ª, Auto de 29 de julio de 1999.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª José Torres Cuéllar.

Disconforme con el pronunciamiento dictado que desestima la pretensión de restitución del menor a su madre, comparece ante esta Sala el Abogado del Estado ratificando su informe emitido en la primera instancia y pidiendo se acceda al requerimiento del Tribunal norteamericano, combatiendo al efecto el auto apelado por entender que el mismo no es ajustado a derecho y ello por cuanto los fundamentos de derecho en que se basa el Juzgador exceden de los límites y causas que para oponerse a dicha restitución fija el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, alegando a continuación que el proceso de reclamación de devolución del menor indebidamente sustraído es una especie de interdicho personal que no tiene carácter definitivo, sino que pretende evitar que se consuma una situación de hecho ilícitamente obtenida, como ocurre en el presente caso, donde se ha vulnerado el derecho de visita de la madre por el cual vela también el Convenio, y se debe respetar. Frente a ello y por su orden tanto el Ministerio Público como la defensa de la parte apelada interesaron la expresa confirmación del auto recurrido por sus propios fundamentos, que hacen suyos.

Pues bien, sin desconocer la bondad de los argumentos expuestos por la parte apelante en su recurso, el mismo debe ser desestimado. Efectivamente las causas que tanto el artículo 13 como el 20 del Convenio de La Haya establecen para negar la devolución y restitución de los menores en modo alguno autorizan a revisar la resolución

adoptada por la autoridad requirente no solo porque, como ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala, de no entenderlo así fracasaría la propia razón de ser del Convenio citado, sino también porque el artículo 16 del mismo así lo establece, siendo claro que deben interpretarse de manera restrictiva, por lo que sólo serán oponibles cuando según el precepto mencionado pongan al menor en situación intolerable, o bien cuando resultaban desconocidas por la parte cuando se hizo cargo del menor, hasta el punto de no poder alegrarlas. Al respecto, y ante el problema acerca del carácter ilícito del traslado, y demás consideraciones vertidas en el auto que se apela, cierto es, como alega la parte apelante, que la actuación del padre sacando al menor del Estado de Florida no respeta el *status quo* ni el espíritu del Convenio de separación que los progenitores firmaron y el Tribunal norteamericano ratificó, ni el marco en el que aquél se elaboró, pues el mismo se concibió, según se infiere, en la idea de que el menor que quedaba bajo la guarda y custodia del padre permaneciera en dicho territorio, donde tenía establecido su domicilio, pudiendo la madre tener contacto y acceso de visitas lo más amplio y posible con su hijo, y así lo explica la adopción de otras medidas como que el niño estuviera cubierto por el seguro de la esposa. De manera que bien pudo el padre alegrar y hacer contemplar en el referido acuerdo la posibilidad de su salida de Estados Unidos y su traslado a España cuando tan sólo un mes más tarde de que la resolución judicial dic-

tada por el Tribunal competente le otorgara la custodia del menor se marcha definitivamente de allí, oponiendo que desde siempre el ambiente del menor ha estado en España. Sin embargo la ejecución de la resolución del Tribunal requirente en sus propios e imprecisos términos cuando ordena simplemente la devolución del menor al Condado de Dade, Estado de Florida, supone de momento, tal y como viene interesada la restitución, un grave peligro para éste, y en definitiva no deja sino entrever un forzado intento por respetar los derechos en pugna; el de visitas de la madre y los del padre que posee plena libertad para establecer su resi-

dencia en el lugar que elija, que conlleva que el domicilio físico del menor sea el suyo, pues fue a él a quien se le confirió la guarda y custodia, cometido que de modo efectivo ejerce, y que en cuanto derecho-deber se debe proteger. En consecuencia, y por lo dicho, no procede acceder a la inmediata restitución del menor, dados los escuetos términos en que viene interesada su ejecución por la situación en la que se coloca al menor, reservando a las partes los derechos que le competan para ejercitarlos ante el Tribunal competente en Florida conforme a las normas sustantivas y procesales de dicho Estado.

5. *Ineficacia de la reconciliación de los cónyuges como motivo de oposición a la ejecución al no haberse puesto en conocimiento del juzgado.*

AP BARCELONA, Sec. 12.ª, Auto de 18 de octubre de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón.

La ejecución de la sentencia de separación matrimonial dictada en fecha 11 de mayo de 1989 en lo relativo a pensión de alimentos en favor de la hija menor de edad y de la esposa misma, con sus debidas actualizaciones, y por los períodos determinados en el escrito de parte instando la fase ejecutoria, se acomodó acertadamente a las prescripciones del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con el plus ciertamente innecesario del traslado de la solicitud de la ejecución de la contraparte, al tratarse de cantidad determinada y líquida que sin necesidad de traslado ni de requerimiento personal previo debió determinar el embargo de bienes del ejecutado.

Por tal consideración, y habiendo sido oído el ejecutado, siquiera innecesariamente,

se estima improcedente la alegación del recurrente ejecutado de haberse producido indefensión, sin que proceda la acomodación de lo ejecutoriado a las prescripciones del artículo 937 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La alegada reconciliación de los esposos con posterioridad a la sentencia de separación, que decretó la suspensión de la vida en común de los consortes, resulta inatendible desde el momento que no fue puesta en conocimiento del órgano jurisdiccional, tal como prescribe el artículo 84 del Código Civil, por lo que no ostentaba efecto de dejación sin efecto de las prestaciones de alimentos impuestas en las causas de separación en favor de la hija y en beneficio de la esposa.

6. *La pensión alimenticia de los hijos mayores de edad debe entregarse al progenitor con el que conviven, no siendo posible el pago directo a los hijos.*

AP MADRID, Sec. 22.ª, Sentencia de 19 de octubre de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

Las pensiones alimenticias que en una litis matrimonial se establecen en pro de los hijos comunes, bien menores, bien mayores de edad, aunque tienen por finalidad lógica, y no podía ser de otro modo, el satisfacer las necesidades de aquéllos, en los términos sancionados en el artículo 142 del Código Civil, ello, en modo alguno, excluye la legitimación activa del progenitor con el que conviven, tanto para reclamar el derecho del común descendiente, como para administrar las sumas que se perciban del otro procreador, sobre la base ya de la representación legal que corresponde al ascendiente, en virtud de lo prevenido en el artículo 154.2.º de dicho texto legal, o, en su caso, del apoderamiento que realiza el hijo emancipado al efecto, lo que ha de presumirse además cuando, como acaece en el caso, el hijo alcanza la mayoría de edad tras ser dictada la

sentencia de separación, divorcio o nulidad, y ello en tanto no se desautorice de modo expreso al padre o madre con el que aquél convive.

La pretensión que, al respecto, dedujo el demandante, a los efectos del abono directo a la segunda de sus hijas de la pensión alimenticia, sólo tendría viabilidad cuando la obligación se hubiese sancionado en una litis de alimentos *stricto sensu*; y no siendo ello así, debe ser mantenida en los términos derivados de la pactación originaria de las partes, máxime cuando no se han modificado de modo sustancial las circunstancias que entonces condicionaron dicha estipulación, único supuesto en el que podrían activarse los mecanismos contemplados en los artículos 90 y 91, *in fine*, del repetido Cuerpo legal.

VIII. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

1. *Acreditado que la liquidación de gananciales que se contiene en el convenio regulador no era igualitaria por infravaloración de un bien, no procede la declaración de nulidad de dicho convenio, sino reparar ese desequilibrio mediante el reajuste de las prestaciones.*

AP GRANADA, Sec. 3.ª, Sentencia de 19 de julio de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Domingo Bravo Gutiérrez.

Dadas las peticiones recíprocas de actora y demandado en el acto de la vista y el contenido de la sentencia recurrida, procede

que comencemos en primer lugar a examinar las razones esgrimidas por la dirección Letrada de este último pues, de acogerse,

huelga entrar a conocer del recurso de la parte actora más limitado en su extensión y ámbito, igualmente alteraremos el orden de su exposición por iguales razones metodológicas, comenzando con el tema de la existencia o no del vicio del consentimiento que reconoce la sentencia apelada concurrente en la voluntad de la actora al prestar aquél en la suscripción el convenio regulador, que se ha acogido en la sentencia de separación y en el que se contenía la partición adjudicación en liquidación de los bienes de la sociedad de gananciales, vicio consistente en el dolo que, pretendido causal por la actora y la nulidad del total de aquélla, fue admitido por la sentencia como incidental, previstos respectivamente en los párrs. 1.º y 2.º del art. 1270 CC.

Conforme a lo dispuesto en el art. 1410 de este Código, en todo lo no previsto en el capítulo sobre la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, se observará lo establecido para la partición y liquidación de la herencia, art. 1051 y ss., conteniéndose en la Secc. 4.ª del Capítulo dedicado a la colación y partición los arts. 1073 a 1081 relativos a la rescisión de ella, entre los que se encuentra, entre otros, la debida a lesión en más de una cuarta parte que, pedida subsidiariamente, no fue abordada al acoger, aun parcialmente, la pretensión principal con los limitados efectos del dolo incidental, al menos en la determinación legal, y sobre lo que se volverá, en su caso.

Cualquiera que sea la naturaleza remota de la partición hereditaria, declarativa, traslativa o, como entiende la mejor doctrina, especificativa, cuando se trata de la realizada por los herederos conforme al art. 1058 tiene una naturaleza próxima de negocio jurídico particional, lo que es predicable por aquella remisión general a la referida a los gananciales, y así la realizada en el presente caso entre los cónyuges de sus bienes comunes en el convenio regulador de su separación no tiene otro carácter que contractual; si el Código Civil no contiene una teoría general de los negocios jurídicos acerca de los

vicios del consentimiento y sólo la expone con respecto a los contratos, en relación a la partición es fragmentaria y sólo regula algo más ampliamente el caso de la rescisión como se ha dicho, por ello la doctrina y jurisprudencia del TS se ha encargado de rellenar y remitir a la regulación más general indicada.

Así la STS de 6 de noviembre de 1934 especificó que, respecto a las particiones convencionales realizadas por los herederos, aun cuando nuestro primer cuerpo legal civil carezca, casi en absoluto, de normas relativas a la nulidad de las particiones hereditarias, es indudable que cuando la partición tenga la naturaleza de un contrato, esto es, cuando la realice no el testador, o el comisario nombrado con él, sino los interesados de común acuerdo, habrá de serle aplicable el derecho común de los contratos, o sea, si de anulabilidad se trata, lo establecido en los arts. 1300 a 1314; de tal modo que serán base de ella las causas mismas que puedan motivar la nulidad de los contratos, o sea, los defectos de capacidad y consentimiento a que se refieren principalmente los arts. 1262 a 1270; reiterando la de 9 de marzo de 1951 que la naturaleza contractual de la partición de herencia, hecha o aprobada por los llamados a ella, informa la aplicación a la misma, en lo que no estén modificados por las especiales disposiciones a ella relativas, de los preceptos sustantivos que determinan la existencia, validez y eficacia de los contratos y, consiguientemente, de los que se refieren a su inexistencia, nulidad y rescisión, de lo que se sigue en las particiones de la clase expresada, en los que hayan concurrido los esenciales requisitos que exige el art. 1261 CC, puedan ser anulados conforme al art. 1265 del mismo, criterios mantenidos y reiterados en SSTS 2 de noviembre de 1957, 29 de noviembre de 1958, 25 de febrero de 1966, 2 de noviembre de 1974, 7 de noviembre de 1975, 31 de mayo de 1980 y otras posteriores.

De todo lo anterior fácilmente se debe concluir acerca de la posibilidad, tanto de

pretender la nulidad de la partición de los bienes, derechos y obligaciones integrantes de la sociedad ganancial de la que eran copartícipes el matrimonio de los contendientes en este proceso, a causa del dolo causante, que decía afectó a la actora al dar su consentimiento, como la de acordar la sentencia apelada la concurrencia del incidental, no estimando la existencia en dicho momento de aquél, sino de éste, al margen de su procedencia procesal, así como en cuanto a los efectos que debe producir, en su caso.

La dirección letrada del apelante demandado atacó la sentencia impugnada en ambos sentidos; dio cosa no pedida, al estimar el dolo incidental, previsto en el párr. 2.º del 1270, no citado por la actora, cuando sólo se pidió el causante incluido en el primer párrafo, citado y transcrito y dio más de lo pedido al acordar la nulidad y los daños y perjuicios, cuando aquél sólo contempla éstos, por lo que infringió en varios aspectos, dijo, el art. 359 LEC.

A tal efecto, como reconoce la STS de 8 de noviembre de 1997, que el tema de la congruencia requerida en tal artículo, “no impone sino una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes, y a los hechos que las fundamentan, pero no una literal concordancia, por ello, guardando el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y a la base fáctica aportada, le está permitido al órgano jurisdiccional establecer su juicio crítico de la manera que entienda más ajustada”; “la armonía entre los pedimentos de las partes con la sentencia, no implica necesariamente un acomodo rígido a la literalidad de lo suplicado, sino que ha de hacerse extensiva a aquellos extremos que le complementan y precisan o que contribuyan a la fijación de sus lógicas consecuencias, bien surjan de los alegatos de las partes, bien sean precisiones o aportaciones en sus probanzas, porque lo perseguido no es otra cosa que el Tribunal se atenga a la sustancia de lo pedido y no a su literalidad”; “no se produce incongruencia por el cambio del punto de vista del Tribunal respecto al mantenido por los interesados, siempre que

se observe absoluto respeto para los hechos, que son los únicos elementos que pertenecen a la exclusiva disposición de las partes, si bien con la facultad del juzgador de fijar los alegatos de modo definitivo según el resultado de las pruebas”; “la congruencia exige únicamente no alterar las pretensiones substanciales formuladas por las partes, nunca, la literal sumisión del fallo a aquéllas, y así, el principio *iura novit curia* autoriza al juzgador a emitir su opinión crítica y jurídicamente valorativa sobre los componentes fácticos presentados por las partes, habida cuenta del principio *da mihi factum, ego dabo tibi ius*”; “no adolece de incongruencia el fallo que atiende a lo pedido en la demanda y reconvencción, ni altera el *petitum* ni la ‘*causa de pedir*’, pues se ha limitado a entrar en puntos de hecho implícitos e inseparables de la cuestión fundamental planteada” y “supone pronunciarse en término de congruencia al decidir sobre lo alegado, aplicando los pertinentes preceptos legales, aunque no se hubieran invocado, al ser de aplicación la reiterada doctrina concerniente a la que la aplicación del derecho incumbe al Tribunal, aun sin alegación de parte, según los principios *iura novit curia* y *da mihi factum, ego dabo tibi ius*”, doctrina antes expresada en SSTS 28 de octubre de 1979, 6 de marzo de 1981, 27 de octubre de 1982, 28 de enero, 16 de febrero y 30 de junio de 1983, 9 de abril de y 13 de diciembre de 1985, 10 de mayo de 1986, 30 de septiembre de 1987, 10 de junio de 1988, 15 de diciembre de 1993, 16 de junio de 1994.

Como aplicación práctica de la doctrina anterior, la indicada sentencia de 8 de noviembre de 1997 estimó no incurría en el defecto pretendido de la incongruencia la sentencia de instancia que, desestimando la acción y resolución del contrato de compraventa instada por los compradores, condenó a los vendedores al abono de daños y perjuicios por concurrir dolo incidental en ella, distinguiendo éstos, como efecto principal de la acción estimatoria o *quantí minoris*, no pedida por los actores, de los accidentales

solicitados como complemento del efecto resolutorio con la devolución el precio.

Por ello, aplicando a su vez aquella doctrina al caso presente, no nos cabe duda de la posibilidad indicada que acogió la sentencia de primera instancia, sin perjuicio de analizar a continuación si, efectivamente, se dio el dolo incidental, rechazado el causal y admitido por la parte actora al no referirse a ese rehúse sus peticiones en la vista del recurso, de modo que, conforme a lo dispuesto en el art. 408 LEC, habrá de tenerse por firme y con autoridad de cosa juzgada la desestimación del causal.

Como se ha indicado, el art. 1270 CC contiene dichas dos clases de dolo, distinción elaborada por el Derecho Común y recogida, incluso, en las Partidas: “entre el causante —*dolus causam dans*— non aviendo voluntad... se puede desfacer e non vale, y el incidental hoviesse voluntad... es tenuto de enmendar de aquel engaño que fizo”. P. 5, 5, 57; por tanto, se da éste cuando, existiendo voluntad de contratar, hay engaño en el modo en que se celebra el contrato mediante el empleo de una conducta culposa *lata* o con previsión para conseguir determinadas condiciones más beneficiosas por el que lo emplea que, de no darse, se hubieren establecido de otro modo con un equilibrio más ponderado de las prestaciones; no obstante, la distinción ni en la teoría es fácil, se complica al enjuiciar el caso en la práctica, extremo que ahora viene aminorado dado que no nos planteamos la existencia o no de uno u otro, sino la de uno solo, el incidental, dados los términos en que ha quedado planteado el debate, como se ha anticipado.

Forzoso es reconocer que, en la jurisprudencia, el TS ha tenido ocasión de abordar el tema del dolo, pero la mayoría de las veces respecto a la categoría del causal; son escasas las que ha entendido del incidental y sin grandes detalles al respecto ya que las ha tratado de modo impreciso, así SS. 27 de junio de 1894, 31 de octubre de 1924, 14 de diciembre de 1995 y la citada de 8 de noviembre de 1997, concretando la segunda

que es incidental cuando sólo facilitó la celebración del contrato, conectándolo, como las restantes, que lo aceptan, al efecto indemnizatorio, excluyendo la nulidad, conforme al indicado 1270.2.

Aun recogiendo la doctrina jurisprudencial con ocasión del dolo causal, dolo grave en frase del párrafo 1.º del repetido artículo, es necesario que la conducta dolosa sea probada inequívocamente, sin que basten meras conjeturas o indicios, SSTS de 13 de mayo de 1991, 29 de marzo de 1994, 23 de junio de 1994; caracterizándose por dos elementos: subjetivo o ánimo de perjudicar y objetivo o acto o medio externo mediante al cual se produce la inducción a aceptar las condiciones desfavorables para el inducido y beneficiosas para el inductor, SSTS de 21 de diciembre de 1963, 30 de junio de 1988, 23 de mayo de 1996; o como más descriptivamente reconocen la STS de 11 de mayo de 1993, con cita de la de 22 de enero de 1988, aunque el CC no dice qué se entiende por él ni cuáles son las características de la conducta dolosa, toda vez que se limita a definir el que vicia el contrato señalando algunas formas de manifestación dolosa, los requisitos comúnmente exigidos por la doctrina científica son los siguientes: “a) una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la declaración negocial, utilizando para ello las palabras o maquinaciones adecuadas; b) que la voluntad del declarante quede viciada por haberse existido (sic) sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño, coacción u otra insidiosa influencia; c) que dicha conducta sea determinante de la declaración; d) que sea grave si se trata de anular el contrato; y e) que no haya sido causado por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes”; claro que el requisito señalado en el apartado d) hay que entenderlo de menor intensidad, tratándose de dolo incidental, pues no conlleva la indicada anulación contractual, sino el restablecimiento del equilibrio entre las prestaciones; no obstante, debe resaltarse que la apreciación es eminentemente cir-

cunstanacial, tanto de uno y otro lado de los contratantes como de la equivalencia de las prestaciones, siendo más rigurosas las exigencias en el causal que en el incidental.

En aquel aspecto circunstancial habrá que ponderar en grado sumo las condiciones subjetivas de la parte que lo sufre y, en este caso es evidente que tanto por los informes médicos referentes al tiempo anterior a la concertación, como la pericial practicada en el curso el proceso presente, como por las pruebas testificales, personas conocedoras de la actora, como en especial la del propio hijo de los cónyuges, nos demuestra que “su libertad contractual” en frase del Sr. P., estaba notablemente disminuida y “presionada”, para prestar su consentimiento a dicho convenio regulador; y en expresión de dicho testigo cualificado nos indica las presiones del demandado acerca de esa convención y nos remitimos a su declaración sin necesidad de transcribir las frases relativas a las alternativas que le indicaba en caso contrario, sin que le afecte la inhabilidad, como objetó la letrada del demandado, dados los términos del art. 1247, último párrafo. Si del aspecto psicológico pasamos al simple económico, pero importante y decisivo, para medir la proyección de aquel anterior estado y su incidencia en la estimación de la presencia del dolo incidental para inclinar en las particiones o en las porciones o conjuntos de bienes partibles para cada uno de los integrantes de la comunidad conyugal, es evidente que no hubo una partición ni igualitaria ni equitativa; y así, sin tener en cuenta otros activos patrimoniales, es evidente que los bienes inmuebles que respectivamente se adjudicaron, a la actora la vivienda de la calle Sancho Panza de esta capital, sin la parte proporcional del sótano para cochera, y al demandado el chalet de Monachil, aun abonando él el resto de la hipoteca que gravaba aquella, no eran igualitarios en su valoración, la que, por cierto, no constaba en el convenio, sino simplemente su indicación, lo que añade más, incluso, en la posibilidad de esa existencia de vicio consensual, pues, conforme a la peritación que obra en autos,

practicada en él de forma contradictoria conforme a los arts. 610 y ss. LEC, como específica prueba, nos da unos valores de 10.264.323 ptas. para aquella y 17.923.025 para ésta; si realizamos las consiguientes operaciones aritméticas nos da, (sic)

Como uno de los supuestos de la existencia del dolo incidental, continuando con la genérica del tema, estudia la doctrina el que se proyecta sobre el engaño en el valor de las cosas transmitidas y la equivalencia de las prestaciones, aun teniendo en cuenta la libertad al respecto, en general, del Código, ya que sólo y en contados casos estima procedente la rescisión por lesión, cual el caso del 1076, que aquí se pidió pero subsidiariamente y sobre la que nada se dijo en la apelación al respecto de su mantenimiento; pese a aquel criterio se debe aceptar que habiendo dolo incidental y desequilibrio de las prestaciones, y descontada la rescisión por lesión, cabe lograr el equilibrio mediante el reajuste de las prestaciones, compensando al perjudicado con la indemnización que establece el 1270.2; así lo confirman los antecedentes históricos, véase Ulpiano D 19.1.13.4. y las propias Partidas en la ley citada *in fine* “...de manera que aya el precio derecho que podría valer aquella cosa que le vendió, que fueron engañosamente encubiertas”.

Concretándonos a los hechos, se atacó en el recurso por la dirección Letrada del demandado la existencia de dicha clase de dolo; dada la inexistencia de maquinaciones en su defendido, la falta de alteración psíquica, la concertación del convenio en forma judicial con asistencia de Abogado y la posterior ratificación; no cabe duda que no es incompatible con la existencia de dolo, de una u otra clase, en la prestación del consentimiento para el convenio que exige el art. 90 CC ni la presencia de un Letrado asistiendo, aconsejando o dirigiendo a la parte que lo presta, ni la propia ratificación judicial, pues la existencia del dolo, como vicio del consentimiento, no es, en todo caso, momentáneo, sino que se puede prolongar en el tiempo en multitud de los casos en

que se dé, aunque el Código marca el tiempo a partir del cual ha de comenzar a computarse el plazo para intentar la anulación por dicho vicio, a partir de la celebración del contrato conforme al art. 1301, s.e.u.o., que el demandado recibió en más de la adjudicación divisoria de la sociedad ganancial la suma de 6.347.472 ptas., de un caudal total de 26.876.118 ptas., rebajado de la valoración del chalet, el abono de la mencionada cantidad para cancelación hipotecaria.

Por todo ello, debemos estar de acuerdo con la apreciación de la existencia del dolo incidental que realizó el Magistrado Juez de la primera instancia, tanto en el aspecto procesal como en el sustantivo.

Despejado lo anterior, nos encaramos con los efectos; estimado por la sentencia de primera instancia la concurrencia del dolo incidental en el consentimiento de la actora prestado al convenio regulador en el que se incluye la partición y adjudicación en liquidación de la sociedad de gananciales, se procede por ello a aplicarle unos efectos que son contradictorios y/o erróneos; sobre ello disertó la Letrada del demandado tachándola de incongruente, de dar más y otros defectos; si repasamos la fundamentación jurídica 3.^a de ella no podemos sino tacharla de contradictoria; al aludir a los efectos del dolo incidental los contraponen a los del causal; éste “pone la nulidad de la obligación”, líneas 23 y 24; “el incidental... sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios”, líneas 24, 26 y 27, “mas no determina la nulidad”, misma línea y siguiente; luego, en el fallo, declarando dicha concurrencia, con expresión equivocada en transcripción de “derecho incidental” por “dolo”, “con nulidad parcial del convenio” imponía al demandado “de indemnizar los daños y perjuicios irrogados a la actora”... “efectuando nueva partición y adjudicación de bienes” con remisión a la fundamentación jurídica; de todo ello resulta una contradicción y acumulación de efectos, ya que por una parte declara la nulidad parcial del convenio, en lo relativo a la indicada liquidación y partición, efectos del dolo causal, y, de otra, año-

de los daños y perjuicios, consecuencia del incidental, para añadir que éstos se “satisfarán” con nueva partición.

Suelen estudiarse por la doctrina científica y también por la propia jurisprudencia, referentes a un determinado campo jurídico o a su generalidad, los principios que informan el sistema jurídico en cuestión, como líneas maestras, directrices y orientaciones básicas y que son definidas por conocido autor aun referida a otra materia, como el resultado conseguido mediante la sintetización técnica de parte del ordenamiento jurídico sobre la materia; inducida de las orientaciones impuestas por el legislador y reflejados, por tanto, en las leyes; siendo interesantísimos y válidos para la comprensión de los mismos.

Pues bien, en materia de partición hereditaria, el propio TS ha inducido, como es fácilmente comprensible, el principio de *favor partitionis* o de “conservación de las particiones” ya hechas, del examen de los arts. 1073, 1075, 1077, 1079 y 1080, extendiéndolo más allá de la materia de rescisión de aquéllas que constituía su ámbito tradicional, abarcando, por tanto, también a las irregulares realizadas por contratos.

Ya inició el alto Tribunal esa vía en SS de 2 de julio de 1904, 25 de marzo de 1914, consignado en la de 17 de julio de 1943 que el legislador al prever supuestos de partición no afectada de vicio sustancial y sí de mera lesión inferida al heredero voluntario, procura mantener la partición efectuada en tanto la entidad del perjuicio no rebase la cuarta parte, entendiéndose el valor de las cosas al ser adjudicadas, con el designio de evitar en lo posible las perturbaciones que una nueva partición ocasionaría; criterio que reitera en la de 8 de marzo de 1945, 17 de mayo de 1955, que resalta la necesidad o conveniencia de mantener las operaciones divisorias realizadas en cuanto sea posible, sin perjuicio de llevar a ellas las adiciones o rectificaciones que sean procedentes, por razones de economía y sosiego; continuando con la línea las de 30 de abril de 1958, 25 de febrero de 1969 que emplea por primera vez los tér-

minos de “principio de conservación” y las de 26 de febrero de 1979, 31 de mayo de 1980, 15 de junio de 1982, 17 de enero de 1985, 27 de junio de 1995, 31 de octubre de 1996 y otras, resaltando la de 21 de marzo de 1981 que el principio del “*favor partitio-nis* o de conservación” es manifestado también en la subsidiariedad que a la acción específica atribuye la doctrina al párrafo primero del 1077; todo ello es conconcorde, además, con lo previsto en general en el párrafo segundo del art. 1270.

Por tanto, no estamos de acuerdo ni con la fundamentación jurídica ni con el fallo de la sentencia apelada, en cuanto declara la nulidad parcial del convenio, ni con la realización de nueva partición por ser contraria a los principios y preceptos antes mencionados; por ello, respetando las adjudicaciones ya realizadas, al esposo el chalet de Monachil y a la esposa la vivienda de esta ciudad, habrán de realizarse las operaciones pertinentes para hallar la justa y posible igualdad conforme dispone el art. 1061 en relación con el 1410, aprovechando, además, la omisión de objetos y carga de la Sociedad Ganancial para completar o adicionar la liquidación y adjudicación.

En cuanto a aquéllos, ya se han mencionado los inmuebles adjudicados respectivamente, debiéndose tener en cuenta la cantidad abonada por el demandado para la cancelación del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda adjudicada a la actora, habrá de contenerse como bienes no incluidos la parte indivisa del sótano del inmueble en esta ciudad, extremo indiscutido, así como la cantidad de que dispondría el demandado de la cuenta corriente discutida, haciendo nuestros los argumentos del Juzgado de la primera instancia. Asimismo se tendrá en cuenta la cantidad que aportó el demandado procedente de venta de bienes privados, extremo no combatido en esta alzada, por lo que hay que tenerlo por firme, así como su valoración a la fecha de partición como aquella dispone, con los suplementos que sean necesarios en las indicadas operaciones particionales complementarias; sin

perjuicio de su actualización a la fecha en que se realice si fuera necesario.

Igualmente en cuanto a la valoración de los inmuebles, que no se hacía constar en el convenio particional, habrá de referirse a la fecha del mismo en que se llevó a cabo, pues su nulidad no se declara, en aplicación de los principios, doctrina y preceptos antes referidos, de modo que constando en autos dicha valoración referida a la indicada fecha, se tomará como base para las respectivas adjudicaciones, debiéndose desestimar la impugnación realizada por la parte actora, pues no hay motivos para su rechazo, se ha realizado en fase probatoria, por perito nombrado por los cauces legales, emitido su informe con contradicción, y contestadas las aclaraciones que los letrados de ambas partes asistentes al acto tuvieron por conveniente y no hay duda que el perito reconoció ambos inmuebles, por lo que incluiría en el valor de cada uno todos sus elementos, atendidas las distintas circunstancias de cada cual, como precisó en las aclaraciones realizadas, y a la fecha de 1984 cuando se practicó la partición que ahora deberá complementarse, por no anularse y conforme criterio del art. 1074 CC y ss., STS de 8 de julio de 1995, citada por Letrada del apelante en sentido contrario.

Respecto a la práctica de las operaciones complementarias que se han indicado como efecto de dicho defecto consensual y aparición de otras partidas y la competencia del órgano judicial, el demandado apelante por medio de su Letrada se opuso a la remisión al Juzgado de Familia; aunque con alguna sentencia en contra y opiniones diversas en la doctrina, está consolidada la jurisprudencia del TS en el sentido de remitir, salvo declaraciones especiales, la competencia para la ejecución de esa parte de las sentencias de separación, divorcio y nulidad matrimoniales a los Juzgados especializados de Familia.

Así, dice la STS de 23 de marzo de 1998, con cita de otras como la de 25 de noviembre de 1996, que los Juzgados de Familia creados por D. 3 de julio de 1981, anticipán-

dose a la Ley de 7 del mismo año, tienen atribuidas una competencia jurisdiccional perfectamente concretada, en cuanto se refieren a los supuestos de los títulos IV y VIII del Libro I del CC y aquellas otras materias de derecho de familia que les sean otorgadas por las leyes; su potestad jurisdiccional, que es exclusiva y excluyente en las localidades donde funcionen, abarca las actuaciones procesales de dichos títulos; el art. 91 de dicho Código establece que el Juez en la propia sentencia que pone fin al proceso matrimonial o en ejecución de la misma, adoptará, entre otras, las medidas afectantes a la liquidación del régimen económico, lo que sitúa la problemática sustantivo-procesal afectante a la misma dentro de la órbita competencial del Juzgado de Familia, incluso se extiende a pronunciamientos previos e imprescindibles para llegar a un justo y equitativo reparto del acervo común.

No obstante, también es verdad que en la propia sentencia antes citada de 25 de noviembre de 1996, reconoce que, seguido el juicio de menor cuantía en juzgado ordinario, sin oposición por ambas partes, para lograr la integración de haber ganancial, hace aplicación la necesidad de conservación de las actuaciones y evitar el peregrinaje de los litigantes cuando en él dispusieron de todos los remedios para la defensa de sus correspondientes derechos en pugna procesal, de ahí aquellas declaraciones que, como se dijo, servirán de base para las operaciones complementarias posteriores a realizar en el Juzgado específicamente competente, hasta agotar su adecuada liquidación distributiva, SS de 25 de noviembre de 1996 y 6 de junio de 1994. Por ello debe mantenerse la remisión que realiza la sentencia apelada a dichos juzgados especializados.

2. *Carácter ganancial de las existencias habidas en el interior de la farmacia así como la abonada en concepto de clientela ya que esta se obtuvo mientras estaba vigente la sociedad de gananciales.*

AP LEÓN, Sec. 2.ª, Sentencia de 1 de septiembre de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Baltasar Tomás Carrasco.

Como motivo del recurso formulado a instancia de la esposa, se solicita que se declare el carácter ganancial del importe del mobiliario y enseres de la oficina de farmacia que había sido explotada por quien fue su esposo, hasta que éste la vendió en virtud de un contrato fechado el 12 de enero de 1998. A estos efectos, se alega que, aunque dicha farmacia tenía un carácter privativo, por haberla abierto el esposo con anterioridad al matrimonio de los litigantes [art. 1346.1 CC (Código Civil)], su mobiliario y

enseres, que han sido vendidos por la cantidad de 8.000.000 ptas., fueron adquiridos con dinero ganancial, mientras estuvo vigente el matrimonio. Frente a ello, hemos de reproducir, a este respecto, la argumentación de la sentencia recurrida, en aplicación del ap. 8.º del art. 1346 CC, teniendo en cuenta que no está acreditado, de modo alguno, que los muebles y enseres de la oficina de farmacia hayan sido adquiridos con fondos comunes de los cónyuges, ni con posterioridad a la celebración del matrimo-

nio, siendo lo más lógico que, habiéndose abierto la farmacia cuando el esposo se encontraba en estado de soltero, también en ese momento se dotara a aquélla del mobiliario y enseres útiles para su funcionamiento, por lo que no resulta de aplicación en este caso la presunción prevista en el art. 1361 CC. Con todo ello, no procede la inclusión en el haber ganancial del importe de ese mobiliario y enseres, debiendo ser confirmada en este punto la resolución apelada.

Por su parte, en el recurso de apelación formulado a instancia del esposo, se discrepa, respecto a lo razonado en la sentencia recurrida, del carácter ganancial que se atribuye a las existencias habidas en la oficina de farmacia en el momento de su venta, así como a la clientela de dicho negocio; figurando, como importes abonados al esposo por ambos conceptos, en el aludido contrato de 12 de enero de 1998, las cantidades de 3.577.385 pts. y 43.842.000 pts., respectivamente. En relación a la clientela de la oficina de farmacia, hemos de advertir que la misma se suele adquirir con el transcurso del tiempo, y que, en este caso concreto, dicha farmacia comenzó a ser explotada el 15 de octubre de 1982, aproximadamente 15 meses antes de que se celebrara el matrimonio de los litigantes, pero permaneció abierta como medio de subsistencia de la familia, bajo la titularidad del esposo, durante casi 11 años que duró el matrimonio, desde el 15 de enero de 1984 hasta que fue dictada la sentencia de separación de fecha 28 de noviembre de 1994. De este modo, si bien no puede negarse que, a la fecha de la celebración del matrimonio, la farmacia tendría que tener una determinada clientela, ésta también ha de considerarse obtenida y arraigada con el fruto del trabajo del esposo, mientras estaba vigente la sociedad de gananciales, por lo que, en esta medida, habría de considerarse ganancial el concepto que nos ocupa, conforme a los arts. 1359 y 1360 CC. La

dificultad de valorar en estos momentos de una forma precisa la clientela adquirida durante la vigencia del matrimonio, nos lleva a considerar razonable que ello se ponga en relación con el tiempo que estuvo abierta la farmacia, antes de la celebración del matrimonio, y durante la existencia de éste hasta que se produjo la disolución de la sociedad de gananciales. De este modo, estimamos que debe integrarse en el activo ganancial el 90% de los 43.842.000 ptas. a los que se ha hecho referencia, descontadas las 15.000 ptas. de tasa colegial abonada por el esposo al comienzo de la explotación de la farmacia. Además, ese porcentaje debió ser el límite a lo considerado como ganancial en la sentencia apelada, por lo que respecta a la clientela de la farmacia, para no ser incongruente con lo solicitado por la parte interesada, puesto que dicho porcentaje fue el pedido a instancia de la esposa, conforme a lo que se concreta en el suplico de su contestación a la demanda reconventional del esposo, en la que se aclara el *petitum* de la demanda de aquélla. En definitiva, ha de integrarse en el haber ganancial la suma de 39.444.300 pts., en lugar del total de los 43.827.000 pts. que se tienen en consideración en la sentencia apelada, aspecto en el que ésta ha de ser revocada. Por lo que respecta a las existencias habidas en la farmacia cuando ésta fue vendida por el esposo, hemos de reproducir la argumentación de la juzgadora *a quo*, que, remitiéndose al art. 1347.1 CC, y considerando que dichas existencias fueron adquiridas con el trabajo o industria de los esposos, el importe de las mismas ha de integrar el activo ganancial en la oportuna liquidación, operando aquí, igualmente, la presunción de ganancialidad del art. 1361 CC, puesto que dichas existencias fueron adquiridas estando vigente la sociedad de gananciales, por lo que, en este punto, ha de ser desestimado el recurso formulado a instancia del esposo.

IX. PROCEDIMIENTOS DE MENORES

1. *No procede dejar sin efecto la adopción constituida, aun cuando la madre no intervino en el procedimiento de adopción, ya que es prioritario el interés del menor.*

AP BARCELONA, Sec. 18.^a, Sentencia de 30 de septiembre de 1999.
Ponente: Ilmo. Sr. Enrique Anglada Fors.

La sentencia apelada debe ser ratificada por sus propios, acertados, profundos y exhaustivos razonamientos, al resultar éstos perfectamente coherentes con la situación de hecho y con la problemática jurídica planteada en la litis, abundando en la tesis de la Juez *a quo*, es de resaltar, que la presente controversia, en la que se solicita la extinción de la adopción de una menor por parte de su madre biológica, entraña y significa un problema humano de gran contenido ético y moral en el que los intereses en conflicto se concretan en el deseo de aquélla de recuperar a su hija, frente a la actitud de la entidad pública y de los padres adoptivos de mantener la adopción y con ello a la menor “su hija adoptiva”, en el ámbito familiar propio, en cuyo seno vive desde hace más de cinco años, es decir, prácticamente durante todo el tiempo de su existencia. Como proclama reiterada y pacífica doctrina jurisprudencial, de la que son un fiel exponente las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1987 y 19 de febrero de 1988, y de esta misma Audiencia Provincial (Sección 14.^a) de 23 de octubre de 1989, en esta clase de procesos, los Tribunales han de velar, prioritariamente y de modo decidido, por los intereses de los menores, que son, sin duda, los más dignos de protección, y cuyo interés superior debe presidir cualquier resolución al respecto en concordancia con nuestro Derecho tradicional y ac-

tual, tanto en la reforma de 4 de julio de 1970 como en las de 11 de noviembre de 1987 y 15 de enero de 1996, por lo que respecta al derecho común, y en la Llei 37/1991, de 10 de diciembre, sobre mesures de protecció dels menors desamparats i de adopció, por lo que se refiere al derecho especial de Catalunya “hoy englobada dentro del Codi de Família de 15 de julio de 1998”, en las que se ha acentuado aún más ese principio fundamental del *favor minoris*, consagrado ya solemnemente en la Constitución Española (Art. 39) y sancionado en convenios Internacionales (Nueva York), así como en la Convención de las Naciones Unidas de 1989, en la que el interés superior del menor es asimismo una constante plenamente afianzada.

En el caso enjuiciado, tras correcta valoración del material probatorio obrante en autos por parte de la Juzgadora de Instancia, del que es de destacar el informe del SAT realizado para mejor proveer, en el que respecto a la madre biológica se hace constar en la valoración. final que “quan va ‘enunciar a la seva filla, va fer’ ho considerant que era la millor alternativa per a a nena, posat que ella no es sentia en condicions d’assolir responsablement la iova maternitat” (folio 216 de la pieza de reserva), y en cuanto a los padres adoptivos, tras indicar la adecuada atención que la niña recibe en su

entorno familiar adoptivo, la trabajadora social y la psicóloga de PEAT que realizan la pericia, que es apreciada por el Tribunal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, concluyen “que treure la (la niña) del seu entorn actual trencaria amb el sistema de relacions i els vincies afectius establerts no solament amb ells (els pares adoptius) i la seva germana, sino també amb els avis, els amics de Vesicola, del poble, etc...” (folios 220 y 221 de la misma pieza), resulta evidente que se da cabal cumplimiento al mentado principio del *favor minoris*, sin que sea óbice a la validez de la adopción, calificada por la doctrina, jurisprudencial y científica como un negocio jurídico familiar de carácter formal, que la madre natural no hubiera intervenido, por causa que no le sea imputable (tesis de la apelante en el expediente de adopción), en cuyo supuesto y como excepción a la regla general de la irrevocabilidad de la adopción, el artículo 30 de la Llei 37/1991, de 30 de diciembre, prevé la posibilidad de acordar la extinción de la adopción, pues no pueden obviarse ni olvidarse tres circunstancias realmente trascendentes, como son: a) que es el prudente arbitrio judicial, inmediato y próximo al supuesto concreto planteado, el que mejor puede y debe valorar lo más conveniente para ella adoptándola, conforme a las circunstancias de cada caso, pues el propio precepto establece que el Juez “podrá acordarla”, pero siempre “atendiendo al interés del menor”; b) que en el supuesto que nos ocupa se trata de una menor que fue abandonada por la madre, renunciando expresa y formalmente a la misma ante la DGAI, en las propias dependencias del Hospital Clínico de Barcelona, sólo dos días después del alumbramiento (folios 14 y 53), sin que conste que hubiera oposición alguna al acogimiento preadoptivo de la niña, iniciado y tramitado correctamente por la propia entidad pública. La única comparecencia documentada que consta en las actuaciones se produjo prácticamente dos años después del abandono de la menor por parte de su madre (folio 16), resultando jurídica-

mente irrelevante la causa concreta que motivó la situación de abandono, cuando tal circunstancia fáctica de ser hijo/a la/el abandonado/a el/la adoptado/a deriva de la relación tan lejana, esporádica o nula, como en el presente caso fría y distante de la madre con el/la menor que prácticamente equivale y comporta tal situación, al quebrarse los valores de amor, ternura y tuitivos propios de una mínima relación de maternidad. En tales supuestos no se precisa el asentimiento del progenitor, tal como se colige del artículo 24.1.b) de la Llei 37/91, pues obviamente éste se halla sometido a una causa de privación de la patria potestad, lo cual viene asimismo corroborado por el artículo 122 del nuevo Codi de Família “que si bien su vigencia es posterior a los hechos de autos, tiene importancia a efectos de integración evolutiva de la norma y de comprobación de la real voluntad del legislador, en el que además del supuesto ya indicado de hallarse el progenitor sometido a una causa de privación de la patria potestad, añade el de que el/la menor haya estado en situación de acogimiento preadoptivo sin oposición, durante más de un año, supuesto que asimismo se da en el caso examinado, pues las meras visitas realizadas, al cabo de prácticamente 9 meses y más de 1 año del nacimiento de la menor, a las dependencias de la DGAI (folio 240), no consta que fueran precisamente para mostrar su oposición a aquél; y c) que en el expediente de adopción se intentó por la Juzgadora que lo tramitó, localizar a la madre biológica para que pudiera, en su caso, intervenir en el mismo, oficiando a tal fin a la Policía “dado que aquella se hallaba en paradero desconocido” para que averiguara su domicilio (folio 58), resultando totalmente infructuosas las gestiones llevadas a término para tal localización, según informe remitido al Juzgado (folio 59).

En definitiva, no apreciándose ninguna irregularidad en el proceso de adopción que concluyó por auto de 17 de octubre de 1995 (folios 26 y 27 de la pieza de reserva), tal como analiza con sumo detalle, precisión y

corrección la Juez *a quo*, y como quiera que la realidad de la situación existente “abandono de la menor por parte de la madre y despreocupación absoluta de la misma durante un prolongado periodo de tiempo”, ha contribuido a solidificar una relación sentimental y afectiva de la niña en su entorno concreto, que realiza para ella el esquema ideal y creativo de familia, es por lo que debe concluirse que cualquier remoción o separación de ésta de los padres adoptivos, superponiendo vínculos puramente biológicos, sin dinámica o contenido espiritual, a

realidades concretas de amor, que desde el remedio de la adopción enriquece tanto a adoptantes como a adoptada, equivaldría o representaría la negación del fundamental principio indicado del *favor minoris*, resultando, en consecuencia, la referida adopción totalmente irrevocable, por lo que procede, sin necesidad de ninguna otra argumentación, en evitación de reiteraciones inútiles e innecesarias y ante la claridad de la cuestión aquí debatida, la plena y total confirmación de la resolución impugnada, con desestimación del recurso contra la misma formulado.

X. FILIACIÓN

1. *Cambio de apellidos del solicitante por el primero del marido de su madre que viene utilizando desde hace tiempo sin que ello suponga una modificación de la filiación biológica.*

AP BARCELONA, Sec. 4.^a, Sentencia de 21 de julio de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Vicente Conca Pérez.

El actor ejercita acción encaminada a cambiar su primer apellido por el de S., en base a las alegaciones fácticas que se contienen en la demanda y de las que, en síntesis, resulta que el mismo ha tenido como tal padre socialmente hablando al Sr. S.C., casado con su madre. Su padre biológico, el Sr. R., abandonó la familia a los pocos meses de nacer el actor, y la situación, siguiendo con el relato fáctico del actor, se agravó con el nacimiento de su hijo, que es conocido en el colegio y socialmente como S.

Intentados un expediente de adopción y de cambio administrativo de apellidos, sin resultado, opta finalmente por el presente juicio declarativo para conseguir tal muta-

ción del primer apellido del actor y su hijo. La sentencia dictada en este juicio desestima la demanda por entender que no concurren circunstancias objetivas que justifiquen tal cambio.

El art. 92 de la ley del Registro Civil establece que las inscripciones sólo pueden rectificarse por sentencia firme recaída en juicio ordinario, estableciendo a continuación la posibilidad de cambiarlas mediante expediente gubernativo en los casos especialmente previstos en dicha normativa. La regla general, pues, es la modificación mediante sentencia, y a este supuesto la legislación especial no le pone limitaciones o cortapisas, mientras que la regulación regla-

mentaria de la materia se dirige fundamentalmente a las modificaciones de las inscripciones mediante expedientes gubernativos.

Es decir, ubicados procedimentalmente en el proceso declarativo ordinario, rige en toda su amplitud la disposición del art. 92 citado y habrá que estar a lo que resulte de la prueba practicada. En el caso que nos ocupa el actor invoca unos hechos que han sido plenamente probados y que acreditan que la situación fáctica y social vivida por el actor y ahora por su hijo, justifican el cambio de apellidos. Es evidente que con el cambio que aquí se pretende no se busca alterar la filiación del actor, ya que ello viene regulado por el CC, en los arts. 108 y ss., sino simplemente modificar un dato registral que no se ajusta a la realidad. De la inscripción de nacimiento del actor se desprenderá, producido el cambio postulado, que su apellido paterno no corresponde a su padre, pero no se atribuirá el vínculo paterno al Sr. S.C. Subsistirá, pues, la filiación, respecto de la que no se pide nada en este proceso, pero se acomodará la mención de identidad registral a la real, tanto del actor como de su hijo. De

hecho, el propio Reglamento del Registro Civil, en su art. 209.3.º, prevé la autorización mediante expediente administrativo de la conservación por el hijo o sus descendientes del apellido que viniere usando, siempre que insten el procedimiento dentro de los meses siguientes a la inscripción de la filiación o, en su caso, a la mayoría de edad. Se añade, además que el M.º Justicia puede autorizar directamente y sin limitación de plazo el cambio de nombres y apellidos.

Es claro que si el reglamento concede esa discrecionalidad a los órganos administrativos, el ámbito del presente juicio, acreditados los hechos en que descansa la pretensión del actor permite sin duda acceder a lo solicitado, una vez acreditados los hechos sobre los que descansa la misma.

Alegados los hechos por el actor, y no contradichos por el Fiscal, que adopta una posición de oposición puramente formal, sin desarrollar actividad ni alegatoria ni probatoria de ninguna clase, estamos en el caso de considerar que, en efecto, tanto el padre actor, como su hijo, son acreedores de que su primer apellido sea el de S. en vez del de R.

XI. UNIONES DE HECHO

1. *Adopción de medidas cautelares de las uniones de hecho a través del art. 158 de la LEC, y por los trámites de la jurisdicción voluntaria, sin que tengan plazo de caducidad.*

AP BARCELONA, Sec. 18.ª, Auto de 21 de julio de 1999.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Margarita Noblejas Negrillo.

Trae causa el presente procedimiento del Auto de 28-1-92 que entre otras medidas acordaba que la guarda y custodia de la hija común se otorgaba al padre, así como esta-

blecía una cantidad de 15.000 pts./mes a cargo de la madre en concepto de pensión alimenticia para dicha menor. A tal resolución se opuso ésta, abriéndose el correspon-

diente incidente que fue resuelto por sentencia de 2-9-92, desestimatoria de tal oposición. Con fecha 30-12-97 el padre insta la ejecución del expresado auto en reclamación de 750.000 pts., fundamentando la misma en que la madre había dejado de pagar la pensión a partir del mes de noviembre de 1993. A tal pretensión se opuso la madre alegando que los efectos del repetido auto, al haber sido adoptados al amparo del art. 156 CC, su validez no podía exceder de dos años y que debería haberse interpuesto un juicio declarativo dentro de los 30 días de recaer aquélla resolución; desde otro punto de vista, que ella se hizo cargo de “gastos de la hija por un total de 1.643.328 pts., aparte de que desde junio de 1997, la menor había pasado a vivir con ella. Desestimada tal oposición por Auto de 3-12-98. es éste objeto de la presente resolución, la cual la fundamenta la madre “insistiendo en que el Auto objeto de ejecución ha perdido vigencia al no haberse interpuesto juicio de menor cuantía dentro de los 30 días siguientes, al establecerlo así el art. 104 CC referente a las medidas provisionales de nulidad, separación o divorcio.

Sentadas así las bases del recurso, hemos de partir de que, como se ha señalado por innumerables resoluciones de esta Audiencia Provincial, no está previsto en nuestro ordenamiento jurídico un cauce concreto para resolver los supuestos de crisis de las uniones de hecho o *more uxorio*, de igual forma que lo prevé para los matrimonios. Este aparente vacío legal, que no laguna, determina que se haya intentado cubrir jurisdiccionalmente acudiendo a diversos procedimientos regulados en la LEC o en el CC a fin de dar una solución rápida a los problemas que se deriven de tales supuestos, entre ellos pueden citarse la Disposición Transitoria Décima de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, las medidas provisionales o provisionales reguladas en dicha ley para el matri-

monio, poniendo el acento de la elección en la urgencia; ello supone la aplicación analógica en el campo del derecho procesal, por su propia naturaleza de orden público, de procedimientos a supuestos fácticos no previstos, siendo la vía más frecuentemente utilizada el procedimiento de jurisdicción voluntaria al amparo de la mencionada disposición adicional al establecer que mientras no se modifique la LEC se aplicarán las normas de la jurisdicción voluntaria en aquellas cuestiones que se susciten para resolver controversias surgidas en el ejercicio de la patria potestad cuando por su propia naturaleza exijan una resolución urgente, y se añade en el último párrafo de la citada disposición que quedará siempre a salvo el ejercicio de las acciones correspondientes en la vía judicial ordinaria. De ello podemos deducir tres consecuencias: primera, que las cuestiones planteadas en los supuestos de crisis de parejas de hecho tiene como cauce procesal adecuado el procedimiento de menor cuantía; segundo, que “ello no obsta a que pueda solicitarse previamente la adopción de las medidas previstas en el art. 158 CC, verdaderas medidas cautelares para asegurar alimentos, evitar perturbaciones dañosas en el caso de los de la patria potestad, o apartar a un menor de un peligro o evitarle perjuicios, mientras no se obtenga una sentencia definitiva; y tercero que, no obstante lo anterior, la repetida disposición deja abierta la posibilidad de la vía judicial ordinaria, pero no la impone, lo que lleva necesariamente a la conclusión de que si no se insta aquélla, la vigencia de las medidas adoptadas al amparo del art. 158 necesariamente debe mantenerse, máxime cuando lo que se regulan son los alimentos de un menor de edad, y siendo éste el único motivo de impugnación de la resolución objeto, de este rollo, la consecuencia necesaria ha de ser la desestimación del mismo, con la consiguiente confirmación íntegra de aquella.

XII. TEMAS PENALES

1. *Cuando a pesar de que la denuncia por impago de pensiones se refiere a una mensualidad concreta pero luego como indemnización se solicita todas las pensiones que se vayan devengando, no cabe interponer una nueva denuncia por impago de pensiones.*

AP BARCELONA, Sec. 2.^a, Sentencia de 7 de septiembre de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Martín García.

Si bien el recurso de apelación autoriza al Tribunal *ad quem* a revisar la valoración probatoria efectuada por el Juez *a quo*, el hecho de que la apreciación por éste lo sea de pruebas practicadas a su presencia, con respeto a los principios de publicidad, moralidad y contradicción (art. 24 ap. 2 CE y art. 229 ap. 2 LOPJ), determina, en principio y por punto general, que la valoración probatoria realizada por el Juez de lo Penal, apreciando además las razones expuestas por la acusación y la defensa, así como lo manifestado por el propio acusado (art. 741 LE-Crim), deba respetarse en esta alzada, con la única excepción de carecer de aquélla toda base en el conjunto probatorio practicado en el acto del juicio oral.

El primer motivo del recurso interpuesto por el esposo denuncia infracción de Ley, por inaplicación del art. 666 núm. 2.º, de la LECrim, con base en entender que los hechos objeto del juicio oral del Procedimiento Abreviado núm. 32/99 ya habían sido enjuiciados en la sentencia dictada en 15 de mayo de 1998 por el Juzgado de lo Penal núm. 19 de los de Barcelona en el procedimiento Abreviado núm. 78/96, solicitando, en consecuencia, la revocación de la sentencia recurrida y su sustitución por otra absoluta para el mismo.

Como ha dicho recientemente este Tribunal, el objeto procesal en el delito de impago

de pensiones viene determinado por la fecha de formalización de la correspondiente denuncia o querrela, y ello por imperativos del respeto al derecho de defensa del inculpado de que se trate (art. 24 CE y art. 118 LE-Crim), pues es con relación a los hechos contenidos en aquéllas sobre los que se recibe declaración al denunciado o querrellado durante la fase de instrucción y, en consecuencia, los únicos con relación a los cuales puede defenderse en dicha fase, siendo de recordar aquí la doctrina del Tribunal Constitucional, sentada desde la S. del Pleno 186/1990, de 15 de noviembre, conforme a la cual no puede dirigirse acusación contra quien no haya sido inculpado durante la fase de instrucción (en el mismo sentido SSTC 128, 129 y 273/1993, 277/1994, 100/1996 y 149/1997), tesis que, analógicamente, veda igualmente la posibilidad de deducir acusación por hechos distintos, objetiva o temporalmente, de aquellos por los que el inculpado lo fue durante la fase de instrucción (S. 529/1999, de 25 de mayo).

A la luz de la doctrina precedentemente expuesta es obvio que, en principio, no podría apreciarse la excepción de cosa juzgada postulada por la defensa, pues la fecha de la primera denuncia fue el 2 de noviembre de 1994 (f. 60) y la de la segunda el 24 de septiembre de 1996 (f. 2), por lo que, en correcta ortodoxia procesal, los hechos objeto de

enjuiciamiento en el primer proceso serían los comprendidos entre la fecha de la resolución judicial que estableció la obligación de D. Cándido de abonar determinada pensión en favor de sus hijos y el 2 de noviembre de 1994, en tanto los hechos objeto de enjuiciamiento en el segundo proceso serían los comprendidos entre el 2 de noviembre de 1994 y el 24 de septiembre de 1996.

Ahora bien, una cosa es la ortodoxia procesal y otra, desgraciadamente, la realidad judicial práctica. En efecto, en primer lugar, y por lo que respecta al escrito de acusación formulado por el Ministerio Fiscal en 8 de agosto de 1995, es de ver que en la conclusión primera, si bien se menciona el mes de noviembre de 1994, se contienen referencias a fechas posteriores, interesando, además, como responsabilidad civil, el pago de las pensiones no abonadas no sólo hasta el mes de febrero de 1995, sino de todas las demás que no se hayan ingresado posteriormente, defiriendo a la ejecución de la sentencia la exacta cuantificación de las mismas, por lo que es el propio Ministerio Público quien, y no obstante las acertadas consideraciones de su representante en el acto del juicio oral celebrado el día 7 de abril de 1999 en el Procedimiento Abreviado núm. 32/99, con olvido de la doctrina

constitucional precedentemente expuesta, formula una a modo de acusación general contra el esposo hasta el mismo momento del acto del juicio oral, acusación general que es examinada por el Juez de lo Penal núm. 19 en su sentencia de 15 de mayo de 1998, bastando la mera lectura de los hechos probados para comprobar que se relaciona incluso la sentencia dictada en 14 de noviembre de 1996 por la Sección doceava de esta misma Audiencia, fecha ésta posterior a la de presentación de la segunda denuncia formulada por la esposa, que lo fue en 24 de septiembre de 1996. En definitiva, no obstante la doctrina constitucional más arriba relacionada, y cuyo conocimiento debe presumirse por parte de Jueces y Fiscales, el Ministerio Público formuló una acusación general contra el hoy apelante en el procedimiento Abreviado núm. 78/96, la que fue examinada y resuelta por el Juez de lo Penal núm. 19 de los de Barcelona en su sentencia de 15 de mayo de 1998, por la que se absolvió al esposo de la acusación contra el mismo formulada por el Ministerio Fiscal, sentencia que devino firme al ser confirmada por la Sentencia de fecha 11 de noviembre de 1998, por lo que es incontestable la procedencia de la apreciación de la excepción de cosa juzgada postulada por el recurrente.

2. Procede condenar al padre por un delito de impago de pensiones aun cuando con posterioridad la madre hubiere desistido del ejercicio de la acción penal.

AP BARCELONA, Sec. 6.^a, Sentencia de 15 de septiembre 1999.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Clara Eugenia Bayarri García.

La Sentencia de primera instancia que absuelve al acusado del delito de abandono de familia previsto y penado en el artículo 227 del Código Penal debe ser revocada y, en su consecuencia, estimado el recurso de

apelación contra ella interpuesto por el Ministerio Fiscal y, ello, por las siguientes razones: Basada la absolución del acusado en la estimación por el Juez *a quo* de que la regulación del delito por el art. 227 C. Penal

somete su persecución a la previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal (art. 228) por lo que concluye que el desistimiento de la víctima determina, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo Segundo del art. 106 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la extinción de la acción penal, y, en el presente caso, habiendo renunciado la esposa del acusado al ejercicio de “la acción penal, procede la libre absolución por ausencia del requisito de procedibilidad, a lo que opone el Ministerio Fiscal que si bien la denuncia del art. 228 del C. Penal es requisito de procedibilidad necesario para iniciar el procedimiento, no lo es para su prosecución una vez iniciado éste, o, desde otro punto de vista, y para el caso de que se tenga por válida la renuncia de la madre y que ésta debe tener los efectos descritos en el art. 106 de la LECrim, estima que existiendo menores ofendidos debió oírse al Ministerio Fiscal y no tener por concedido el perdón en su nombre. De tales alegaciones ha de acogerse íntegramente la primera de ellas, pues, si bien el artículo 228 del C. Penal señala que los delitos “sólo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada” ello no es extrapolable a lo dispuesto por el art. 106 pfo. 2.º de la LECrim, a cuyo tenor la acción penal para la persecución de los delitos que no pueden ser perseguidos sino a instancia de parte se extingue por renuncia de la persona agraviada, pues no es lo mismo la persecución a instancia de parte que la persecución “previa denuncia de parte” pues el primero de tales términos, en efecto, mantiene en poder de la parte el control de la acción penal a lo largo de todo el procedimiento penal, correspondiendo a la misma la instancia de su prosecución (son los casos de delitos sólo perseguibles previa querrela del ofendido, en los que, consecuentemente, no interviene el Ministerio Fiscal ni en la Instrucción ni en juicio, dados los estrictos intereses personales que en tales tipos se protegen) pero, en el presente caso, al igual que acaece en un gran número de delitos, denominados por la doctrina “semi-públicos” lo, único que queda a la dispo-

nibilidad de la parte es la iniciación o no del procedimiento, que podrá así iniciarse por simple denuncia, siendo, una vez interpuesta ésta, irrelevante la renuncia de la acción penal por la agraviada, pues la persecución de los delitos sólo pende de la iniciativa privada en el inicial momento de presentar o no por los hechos la necesaria denuncia, asumiendo, una vez interpuesta ésta el Ministerio Fiscal, el deber de impulsar la persecución de los delitos, que queda así abstraído de la disponibilidad subsiguiente de la parte. Estimándose así que no concurre la ausencia del requisito de procedibilidad en el que se basa el resultado absolutorio, procede revocar éste, y, no habiéndose impugnado los hechos declarados probados por el Juez *a quo*, y manteniendo éstos (excepto en lo que tienen de calificación jurídica de los mismos afirmando que se renuncia al ejercicio de la acción penal, cuando ésta, en la medida de las posibilidades de la parte, había sido ya ejercitada), se estima que los mismos son constitutivos del delito de abandono de familia, previsto y penado en el artículo 227.1.º del C. Penal, precepto penal éste que tipifica el incumplimiento de “cualquier tipo de prestación económica a favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad de matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos” tal cual ocurre en el presente caso en que a los folios 22 a 25 de autos consta aportada resolución judicial consistente en Sentencia del Juzgado de primera Instancia número 14 de los de esta ciudad de Barcelona recaída en Autos de Separación núm. 5142/94, por la que se declara la obligación del padre “en concepto de contribución a los alimentos de los hijos” a ingresar la cantidad de 25.000 pesetas mensuales en la cuenta que la esposa designe, sin que, en el presente caso, el acusado haya efectuado el pago de tales cantidades a las que por resolución firme venía obligado, conforme ha quedado acreditado por la testimonial de D.^a María Luz, no sólo en la de-

nuncia inicial, en 28 de octubre de 1997, sino que ésta fue ratificada a presencia judicial en fecha 18 de diciembre de 1997 y, finalmente, mantenida la certeza del impago en el acto del juicio oral, en donde manifestó que voluntariamente su ex marido no había pagado nunca, y sólo había empezado a pagar desde enero de 1999, testifical directa y de cargo, que, aunque única, es prueba de cargo bastante para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia, siendo, además que el relato fáctico del Juez *a quo* en que tales impagos en voluntarios quedan establecidos no ha sido por el acusado contro-

vertido, y, todo ello, pese a existir capacidad económica para hacer frente a tales pagos, capacidad económica que, en ausencia de que por el acusado se ejercite una acción instando la modificación de medidas acordadas en el proceso civil, quedó en aquél proceso acreditada, y, todo ello, por el tiempo legalmente previsto en el artículo 227.1 del C. Penal, esto es, durante más de dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos, puesto que el período de impago a que la presente causa se contrae abarca desde el 26 de mayo de 1997 hasta enero de 1999.

RESOLUCIONES
DE LA D.G.R.N.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

1. MATRIMONIO

RESOLUCIÓN de 8 de octubre de 1999.

- 1.1. *Imposibilidad de inscribir directamente en el Registro Civil una sentencia de divorcio dictada por un tribunal suizo, debiendo acudir al procedimiento de exequátur.*

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Francisco interesó la inscripción de la sentencia de divorcio dictada por el Tribunal Civil del Distrito de Délemont (Suiza), con fecha 24 de septiembre de 1986, presentando como documentación: certificación literal de matrimonio del promotor en Délemont; certificación literal de nacimiento de la hija del promotor; certificación literal de nacimiento del promotor, copia de la sentencia de divorcio y poder notarial de representación procesal.
- Con fecha 23 de febrero de 1999, el Juez de 1.^a Instancia e Instrucción número 3 de Vinarós dictó auto denegando la solicitud de reconocimiento y ejecución de la sentencia de 24 de septiembre de 1986, dictada por el Tribunal Civil del Distrito de Delémont (Suiza), en base a que el art. 951 LEC reconoce la eficacia de las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros cuando así se disponga por Tratado, reservándose el procedimiento de exequátur para los supuestos de inexistencia de Tratado y de falta de reciprocidad entre países. Así pues, hallándose en vigor el Tratado de 19 de noviem-

bre de 1896 entre España y Suiza por el cual se establece la ejecutoriedad de las sentencias de los Tribunales de ambos países, no es procedente otorgar reconocimiento o ejecución alguna, por ser innecesario para su inscripción en el Registro Civil Consular, pudiendo inscribirse directamente en el Registro Civil competente.

- Con fecha 7 de mayo de 1999 el Consulado General de España en Berna comunicó al promotor la decisión de no inscribir directamente la sentencia de su divorcio dictada por el Tribunal Civil del Distrito de Delémont (Suiza), sin haber obtenido el exequátur correspondiente en España, necesario conforme al artículo 2.º del Tratado vigente entre España y Suiza.
- D. Francisco interpuso interpuso ante la DGRN que fue desestimado.
- El Canciller del Consulado General de España en Berna, en funciones de Ministerio Fiscal, informó que no podía prescindirse del trámite de exequátur. El Cónsul General, Encargado del Registro Civil Consular, informó ratificando su denegación y remitiendo las actuaciones a la Dirección General para su resolución.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Se pretende por estas actuaciones inscribir al margen de un asiento de matrimonio, celebrado en Suiza entre un español y una ciudadana de aquel país, la disolución del mismo en virtud de una sentencia de divorcio dictada por un Tribunal suizo en 1986.

La inscripción de esta sentencia requiere que la misma tenga fuerza en España (cfr. arts. 107, II CC y 83 y 265 RRC). Para ello, conforme indica el artículo 951 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hay que atender, ante todo, a lo que dispongan al efecto los Tratados internacionales que ligan a España. Pues bien, el Convenio vigente entre España y Suiza citado en los vistos no atribuye efica-

cia directa a las sentencias suizas, sino que establece claramente la necesidad de su ejecución judicial conforme a los trámites que señalan los artículos 2.º y siguientes. El exequátur sigue siendo necesario, sin otra especialidad que la competencia para el mismo viene atribuida, no a la Sala 1.ª del Tribunal Supremo (cfr. art. 955 LEC), sino al Tribunal o la Autoridad del punto donde el cumplimiento deba efectuarse y a quien corresponda la competencia para conceder el exequátur (cfr. art. 2.º del Tratado), términos, desde luego, en los que no está comprendido el Juez Encargado del Registro Civil, cuyas funciones no son estrictamente judiciales.

RESOLUCIÓN de 16 de octubre de 1999.

1.2. *Inscripción en el Registro Civil Central de un matrimonio celebrado en el extranjero que inicialmente fue denegada por falta de consentimiento, cuando con posterioridad existen nuevas pruebas de las que se deduce lo contrario.*

ANÁLISIS DEL CASO

- Con fecha 18 de octubre de 1996, la DGRN dictó Resolución sobre la solicitud de inscripción de matrimonio, celebrado en la República Dominicana el día 24 de septiembre de 1995 entre D. Francisco y D.^a Martha, por la que desestimó el recurso interpuesto contra la denegación de la inscripción de matrimonio por acuerdo del Cónsul Encargado al estimar que el matrimonio era nulo por falta de consentimiento matrimonial.
- Con fecha 30 de septiembre de 1998, el promotor presentó ante el Registro Civil Central escrito por el que solicitaba la inscripción de su matrimonio en este Registro. Alegaba en su solicitud la aplicación del art. 68 del Decreto de 14 de noviembre de 1958, y fundamentaba su pretensión en el hecho de que tres años de intentar el reconocimiento de dicho matrimonio es un esfuerzo que demuestra la voluntad reiterada de mantenerlo, a pesar de las dificultades impuestas por la Administración que están causando un grave perjuicio a ambos cónyuges y son un atentado a su libertad, derecho fundamental reconocido en la Constitución española. Acompañaba la siguiente documentación: certificación dominicana del matrimonio, resolución denegatoria de la inscripción del Canciller del Consulado General de España en Santo Domingo, copia del escrito del recurso interpuesto por los promotores ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, escrito de la Organización no Gubernamental Sos Arrazckoria, dirigido al Cónsul General de España en la República Dominicana, y traslado de la denegación de la concesión del visado por el Consulado General de España en Santo Domingo.
- Mediante providencia del Magistrado Juez del Registro Civil Central, de fecha 11 de diciembre de 1998, se interesó se informara a los promotores que sobre la solicitud del matrimonio que pretenden inscribir ya ha resuelto el Consulado de Espuria en Santo Domingo, no pudiendo ser modificada dicha resolución por el Encargado del Registro Civil Central.

- Con fecha 14 de enero de 1999, la DGRN envió al Encargado del Registro Civil Central escrito solicitud presentado por el promotor y en el que solicitaba la inscripción de su matrimonio con D.^a Martha. El Magistrado-Juez del Registro Civil Central dictó providencia el 29 de enero de 1999, por la que, recibido oficio de la DGRN y si bien no consta haber sido revocado el acuerdo pronunciado por el Consulado Español de Santo Domingo de 14 de junio de 1996, en aplicación de la doctrina de dicho Centro Directivo sobre el principio de autoridad de la cosa juzgada, en relación con la concordancia entre el Registro Civil y la realidad extrarregistral, se remite oficio al Consulado General de España en Santo Domingo a fin de que envíen los antecedentes obrantes antes en dicho organismo con carácter previo a la calificación de la solicitud.
- Con fecha 26 de enero de 1999, el Cónsul General de España en Santo Domingo remitió al Registro Civil Central fotocopia de los antecedentes que sirvieron de base para la denegación de la solicitud de inscripción de matrimonio entre D. Francisco y D.^a Martha. El Magistrado Juez Encargado del Registro Civil Central, con fecha 12 de marzo de 1999, dictó acuerdo por el que denegó la inscripción de matrimonio, toda vez que la solicitud fue ya resuelta y denegada con anterioridad por el Consulado General de España en Santo Domingo.
- D. Francisco interpuso recurso aportando como nueva documentación acta notarial a su instancia en la que se recoge en el apartado II la manifestación realizada por el promotor, de que él ha viajado reiteradamente a la República Dominicana con el fin de visitar a su esposa y, también desde esa fecha, ha estado enviando, periódicamente, distintas cantidades de dinero a su esposa, exhibiendo el compareciente ante notario diversos resguardos de transferencias efectuadas por el compareciente a su esposa y un resumen de las mismas en el que consta la fecha y la cantidad percibida; recibos de la compañía telefónica y dos pasaportes, uno anulado y el otro vigente, en cuyas páginas constan diversos sellos de entrada en la República Dominicana.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Denegada la inscripción de un patrimonio celebrado en el extranjero al ser considerado nulo por falta de consentimiento matrimonial, el contrayente de nacionalidad española volvió a solicitar dicha inscripción, siendo denegada inicialmente por el Registro Civil Central.

Ante esta nueva solicitud señala la DGRN que en el ámbito del Registro Civil no juega el principio de autoridad de cosa juzgada, de modo que, mientras persista el interés público de lograr la concordancia entre el Registro Civil y la realidad (cfr. arts. 24 y 26 LRC), es factible reiterar un expediente o

unas actuaciones ya decididas por resolución firme, siempre que la nueva petición se base en hechos o circunstancias nuevas que no pudieron ser tenidas en cuenta en la primera decisión.

En la nueva petición de inscripción formulada ya en España por el promotor ante el Registro Civil Central (cfr. art. 68, II RRC) se ha justificado suficientemente en las actuaciones y en el recurso que el contrayente

español ha viajado varias veces después de la boda a la República Dominicana, que ha mantenido frecuentes contactos telefónicos con la contrayente y que la viene sosteniendo económicamente. Estos hechos posteriores al casamiento son indicios claros de que el propósito común de los interesados fue en su momento fundar una familia, cualesquiera que fueran las dudas y las sospechas que surgieron en la primera decisión.

2. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

RESOLUCIÓN de 4 de marzo de 1999.

- 2.1. *Procedencia de la inscripción de auto de adjudicación dictado en un procedimiento judicial sumario del art. 131 de la LH respecto a una finca comprada por el marido para su sociedad de gananciales con subrogación en la obligación garantizada por la hipoteca ejecutada, siendo suficiente el requerimiento de pago al esposo y de la notificación de la existencia del procedimiento a la esposa poseedora de la finca, al faltar en la esposa la condición de titular pasiva de la deuda garantizada.*

ANÁLISIS DEL CASO

- El 23 de julio de 1985, mediante escritura pública, don Mateo, casado con doña Francisca, adquirió para su sociedad conyugal una vivienda subrogándose en la hipoteca que gravaba la finca. En procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1, de La Bisbal d'Empordá, instado por la Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona contra don Mateo, en ejecución de hipoteca, que grava la finca antes mencionada, habiéndose cumplido los requisitos determinados en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria se dictó auto por el que se adjudicó la citada finca en favor de tercero.
- Presentado testimonio de dicho auto de adjudicación en el Registro de la Propiedad de La Bisbal d'Empordá, fue calificado con la siguiente nota: Denegada la inscripción del precedente documento, porque al constar la finca inscrita a nombre de don Mateo y doña Francisca, para su sociedad de gananciales, y ser la deuda ganancial, ambos debieron ser demandados en el

procedimiento y requeridos de pago, conforme a la regla 3.^a del artículo 131, de la Ley Hipotecaria, sin que sea suficiente que a la esposa simplemente se le haya realizado la notificación prevista en la regla 5.^a del artículo 131 Ley Hipotecaria.

- La adjudicataria de la finca D.^a María Engracia interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación que fue estimado por el Presidente del TSJ de Cataluña.
- La Registradora de la Propiedad interpuso recurso ante la DGRN que fue desestimado.

RECURSO GUBERNATIVO ANTE EL TSJ DE BARCELONA

1. Alegaciones de la recurrente.

La hipoteca había sido constituida sobre varias fincas por terceras personas, promotoras del edificio, habiéndose subrogado en la obligación de devolver el préstamo, en cuanto a la parte de que respondía el departamento objeto del procedimiento, don Mateo, que lo había comprado mediante escritura de 23 de julio de 1985. En dicha escritura de compraventa el comprador manifestó ser de estado casado en régimen de gananciales con doña Francisca, comprando para su sociedad conyugal. Que estos datos no aparecen relatados en el documento calificado y son decisivos a los efectos de la aplicación de la Resolución de 28 de marzo de 1983. Que se acompaña una certificación del Registro de la Propiedad comprensiva de las inscripciones literales de la hipoteca y posterior compraventa del departamento.

El procedimiento judicial sumario se siguió por sus trámites, habiéndose notificado a la esposa el mismo a los efectos de la regla 5.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Que el procedimiento siguió sus trámites hasta adjudicarse el departamento hipotecado a la recurrente, por cesión del remate, expidiéndose el correspondiente auto de adjudicación que fue objeto de calificación denegatoria. Que como fundamentos de derecho se citan: I. El artículo 131 de la Ley Hipotecaria, el cual no regula un juicio declarativo, ni ejecutivo, sino simplemente una vía de

apremio, no precedida de fase alguna de cognición, es decir no hay acción personal ni previa discusión o contención (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1985).

Que en consonancia con tal naturaleza, hay que tener en cuenta lo establecido en la regla 4.^a del citado precepto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1947, que indica que el requerimiento que regula tiene la doble finalidad de invitación al pago y de anuncio o notificación del procedimiento. Que la notificación que establece la regla 5.^a párrafo 1.^o, del mismo artículo, que es la que en el presente caso se notificó a la esposa del deudor, tiene la misma naturaleza y efectos que el requerimiento de la regla 3.^a como ha declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de diciembre de 1991.

Que de acuerdo con el artículo 238 Ley Orgánica del Poder Judicial, la Sentencia del Tribunal Supremo antes citada y las del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1991, 20 de diciembre de 1990 y 2 de febrero de 1988, en el presente caso no se ha producido la nulidad del procedimiento hipotecario que ha concluido con el auto de adjudicación cuya inscripción se deniega por no haber sido requerida la esposa de conformidad con la regla 3.^a del artículo 131, por cuanto la notificación de la regla 5.^a, que sí se practicó a la esposa, subsanó cumplidamente aquel defecto inicial. Que la doctrina del Tribunal

Constitucional también obliga al Registrador. Que así parece también deducirse de la Resolución de 27 de octubre de 1917.

Que aunque la causa por la que la Registradora deniega la inscripción tenga su origen en el Registro de la Propiedad, la consecuencia implícita es la nulidad de todo el proceso, por lo que la calificación indirectamente rebasa los límites que el artículo 100 del Reglamento Hipotecario impone a la calificación de los documentos judiciales, cuyo alcance ha sido reiteradamente delimitado por la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de 8 de julio de 1890, 17 de septiembre de 1914, 12 de noviembre de 1934, y 25 de mayo de 1938).

Que en el presente caso quien compró el departamento hipotecado fue únicamente el marido que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1362 del Código Civil, lo hizo para su sociedad de gananciales; es de recordar lo que dice el artículo 1369 que en relación con los artículos 71, 1257, 1259 y 1911, todos ellos del mismo Texto Legal, se deduce que de esta clase de deudas responde el cónyuge que las ha contraído y los bienes de la sociedad conyugal, pero no el otro cónyuge que no es deudor con sus bienes privativos. Que es de aplicar análogicamente la doctrina contenida en las Resoluciones de 28 de marzo y 15 de abril de 1983 dada la naturaleza real del procedimiento del artículo 131 Ley Hipotecaria.

2. Alegaciones del Registrador de la Propiedad.

La Registradora de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que el problema que se plantea en este recurso se deriva de que la recurrente considera a la esposa del deudor como tercera poseedora de la finca hipotecada y que considera aplicable a la hipoteca por analogía la jurisprudencia dictada en materia de anotaciones preventivas de embargo respecto de bienes gananciales. Que el tercer adquirente de la finca hipotecada que no se ha subrogado en la posición del deudor por no asumir la obligación personal, garantizada por la hipoteca, en la forma pre-

vista en el artículo 118 Ley Hipotecaria. Que en el caso que se estudia, la finca fue hipotecada por los propietarios del edificio y posteriormente fue vendida a don Mateo L.H., que compró para su sociedad conyugal subrogándose en la hipoteca, inscribiéndose a favor de la sociedad conyugal integrada por dicho señor y doña Francisca V.B. Que de ello se deduce que ambos se convirtieron en deudores de la obligación garantizada, en virtud del artículo 118 antes citado. Que su posición de deudores y no de terceros poseedores es clara por: 1. La subrogación en la obligación garantizada, y 2. La aceptación tácita de la subrogación por parte de la acreedora, que se dio en el momento en que la actora dirigió el procedimiento contra los propietarios y titulares registrales y no contra los hipotecantes, lo cual hubiera implicado que no había aceptado la subrogación en la obligación garantizada. Que tal consentimiento tácito a la subrogación se daba respecto a la adquisición realizada por la sociedad de gananciales de ambos cónyuges, aunque sólo fuera el esposo el que había comparecido en la escritura comprando y subrogándose. Que esto no es más que una consecuencia de la naturaleza de la sociedad de gananciales. Que hay que tener en cuenta lo que dice el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Que la notificación realizada en virtud de la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria es una actuación procesal diferente en la que no corresponde ahora entrar dado el carácter de deudores. Que no cabe la aplicación analógica de la Resolución de 28 de marzo de 1983. Que hay que señalar lo que dice la Resolución de 12 de junio de 1989. En el embargo los bienes gravados responden de la deuda porque están inscritos a favor del deudor al practicarse la anotación; la conexión entre la deuda y el bien es de naturaleza personal. En la hipoteca los bienes responden de la deuda, cualquiera que sea el propietario, porque la conexión entre la obligación y el bien es de naturaleza real. Que tratándose de embargos no se puede olvidar el artículo 1373 del Código Civil que nunca sería aplicable en el caso de una hipoteca.

3. Alegaciones del Juzgado de 1.ª Instancia.

La Ilustrísima señora Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de La Bisbal d'Empordà informó: Que el recurso en cuestión debe ser estimado al haberse cumplido todos los trámites exigidos por la Ley, y singularmente las reglas 3.ª y 5.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Que la escritura en que don Mateo L. se subroga en el préstamo hipotecario fue suscrita sólo por él, sin perjuicio de hacer constar en ella que adquiriría para su sociedad de gananciales, por lo que sólo contra él debía ejercitarse el procedimiento hipotecario y ser requerido en calidad de deudor, a que se refiere la regla 3.ª del citado artículo, sentido éste que expresa el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de marzo de 1984. Que la esposa fue notificada, en cumplimiento de la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, como componen-

te de la sociedad conyugal. Que la señora Registradora se extralimita en sus funciones calificadoras al ser competencia judicial el estudio y determinación de quién debe tener, en el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, la cualidad de deudor y demandado en el pleito tal como se infiere de la regla 4.ª, *in fine*, del mismo artículo, cuestión resuelta en la providencia de admisión del procedimiento en el sentido de tener por correctamente dirigida la demanda contra el único deudor firmante de la escritura de que derivaba el pleito, don Mateo L.H.

4. Resolución del Presidente del TSJ de Cataluña.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña revocó la nota de la Registradora fundándose en los mismos argumentos que se han expuesto en el informe de la ilustrísima señora Juez.

RECURSO ANTE LA DGRN

1. Alegaciones de la Registradora de la Propiedad recurrente.

La Registradora apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que el defecto se deriva del contenido del Registro en el marco de los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria y 100 de su Reglamento. Que hay que tener en cuenta la doctrina contenida en las Resoluciones de 19 de mayo de 1908, 23 de julio y 17 de septiembre de 1914, 18 de noviembre de 1932, 18 de diciembre de 1942, 27 de junio de 1953, 29 de marzo de 1954 y 14 de diciembre de 1960. Que el problema se deriva del principio de tracto sucesivo. Que el Juez, en virtud de sus competencias legales, está transmitiendo una finca, en representación de los titulares registrales, al adjudicatario; pero para que la adjudicación tenga acceso al Registro es preciso que el mandato (la inscripción en favor del adjudicatario) sea congruente con el procedimiento. Que es incon-

gruente que se ordene la transmisión por parte de dos personas, aunque estén casadas en régimen de gananciales, cuando sólo una de ellas es la que puede transmitir por ser la única demandada.

2. Doctrina de la DGRN.

Se debate en el presente recurso sobre la inscripción de un auto de adjudicación dictado en procedimiento judicial sumario, que es denegada por el Registrador por cuanto "al ser la deuda garantizada con la hipoteca ejecutada, ganancial, ambos cónyuges debieron ser demandados y requeridos de pago conforme al artículo 131.3.º de la Ley Hipotecaria, sin que sea suficiente que a la esposa se le haya realizado simplemente la notificación prevista en el artículo 131, regla 5.ª, de la Ley Hipotecaria". Resulta del expediente que la finca ejecutada había sido comprada por el marido para su sociedad de gananciales subrogándose en la obligación garantizada por la hipoteca ejecutada.

Parte el defecto impugnado del presupuesto de que siendo la deuda ganancial, ambos cónyuges deben ser demandados en el procedimiento judicial sumario que se incoa para la efectividad de la hipoteca que pesa sobre el bien común. Sin embargo, sí se tiene en cuenta: a) Que ahora se ejercita exclusivamente la acción hipotecaria por el cauce procedimental del judicial sumario (cfr. artículo 129 Ley Hipotecaria); b) La naturaleza exclusivamente realizadora del procedimiento judicial sumario (cfr. artículos 129, 131 y 132 de la Ley Hipotecaria) y, consiguientemente, la posición similar que en él tienen el deudor y el tercer poseedor; c) La idéntica virtualidad del requerimiento previsto en la regla 3.^a, 131 Ley Hipotecaria, y la notificación de la regla 5.^a (como evidencia el carácter sustitutorio de esta última, cuando el tercer poseedor no ha acreditado al acreedor su adquisición); d) La concreción de las hipótesis de nulidad de pleno derecho

de los actos judiciales, presuponiéndose la indefensión y la absoluta inobservancia de los principios esenciales del procedimiento para que se produzca aquel efecto (cfr. artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial); e) Que en la esposa no concurre la condición de titular pasivo de la deuda garantizada (toda vez que la subrogación convenida exclusivamente por el marido no puede producir efectos en la esfera jurídica de su consorte al no tener por ley su representación ni constar en el expediente la existencia del oportuno apoderamiento —cfr. artículo 1259 Código Civil—), sino solamente la de cotitular del propio bien afecto al pago de la deuda (cfr. artículo 1370 del Código Civil), y del patrimonio responsable solidariamente de la deuda perseguida por integrarse en él dicho bien (cfr. artículo 1362.2 del Código Civil), deberá revocarse el defecto impugnado.

RESOLUCIÓN de 5 de marzo de 1999.

2.2. No destrucción de la presunción de ganancialidad aun cuando la inscripción del inmueble se haya efectuado a favor del cónyuge adquirente como privativo al amparo del art. 1324 del CC por manifestar que el dinero empleado era suyo y de su exclusiva pertenencia y aseverando su consorte la exactitud de dicha manifestación. Falta de justificación suficiente del carácter privativo del precio: insuficiencia de documento particional relativo a la madre de la consorte otorgado el mismo año en que se realizó la adquisición.

ANÁLISIS DEL CASO

- El día 19 de junio de 1986, mediante escritura pública otorgada ante notario, D.^a Amparo adquirió de los esposos D. Francisco y D.^a Elisa un apartamento por el precio de 1.200.000 pesetas. En dicha escritura, firmada también por D. Tomás, esposo de la compradora, se hizo constar: “D.^a Amparo manifiesta que el dinero invertido en la compra de la finca objeto de esta escritura es de naturaleza privativa de dicha señora, producto de la herencia

de su madre, por tanto, solicita del señor Registrador de la Propiedad inscriba, con carácter privativo a favor de dicha señora dicho inmueble, prometiendo demostrarlo donde fuere preciso. D Tomás dice ser cierto lo manifestado por su esposa”.

- Dicha escritura fue presentada, en unión del documento fehaciente acreditativo de las operaciones de la testamentaria de la madre de D.^a Amparo, en el Registro de la Propiedad inscribiéndose como bien privativo al amparo de lo dispuesto en el artículo 1324 del Código Civil y con el solo alcance que éste previene.
- El esposo de D.^a Amparo falleció el día 15 de mayo de 1991. Realizado el cuaderno particional no se hizo referencia al citado apartamento. Posteriormente la citada señora, al intentar vender el referido apartamento, fue informada por el Registro que el carácter privativo de la citada finca aparecía sólo como confesado y no como acreditado.
- Con fecha 27 de junio de 1994, D.^a Amparo presentó instancia en el Registro de la Propiedad de Madrid solicitando que se tenga por justificado el carácter privativo del precio satisfecho en la compraventa. El Registrador denegó lo solicitado porque constando inscrita la finca a favor de D.^a Amparo “a título de compra, con carácter privativo, al amparo del artículo 1324 del Código Civil y con el solo alcance que éste previene”, no resulta acreditado de forma indubitada el carácter privativo del precio de la adquisición y por otra parte, además, habiendo fallecido don Tomás J.C., esposo de la compradora, la práctica de la solicitada operación podría originar el perjuicio a que se refiere el citado artículo 1324 del Código Civil.
- D.^a Amparo interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación que fue estimado por el Presidente del TSJ de Madrid revocando la nota del Registrador.
- El Registrador recurrió ante la DGRN que estimo el recurso y revocando la resolución del Presidente del TSJ de Madrid confirmó la nota del Registrador.

RECURSO GUBERNATIVO ANTE EL PRESIDENTE DEL TSJ DE MADRID

1. Alegaciones de la recurrente.

D.^a Amparo alegó: Que como fundamento de derecho hay que citar:

I. En cuanto a la aplicación de las normas jurídicas: El artículo 3 del Código Civil, las Sentencias de 27 de junio de 1985, 7 de julio de 1987, 20 de diciembre de 1988 y 21

de junio de 1990 del Tribunal Constitucional, y las Sentencias, de 15 de marzo de 1983, 21 de diciembre de 1989 y 30 de mayo y 2 de julio de 1991 del Tribunal Supremo.

II. En lo referente al régimen de los bienes privativos o gananciales en el Código Civil: El Código de 1829, las reformas de

1975 y 1981 y las normas vigentes en el Código: a) Presunción de ganancialidad: artículo 1361; b) Principio de subrogación real: artículo 1346; c) Confesión de privaticidad: artículo 1324; d) La probanza de la privaticidad. Según la doctrina hipotecaria para que en virtud del principio de subrogación real pueda calificarse de bien privativo el adquirido por compra por cualquiera de los cónyuges e inscribirlo, como consecuencia, como patrimonio privativo; es preciso tener en cuenta el origen, linaje o procedencia del dinero, debiendo probarse tal origen del dinero privativo, dada la presunción *iuris tantum* de ganancialidad que establece el artículo 1407 del Código Civil. En este punto hay que considerar lo declarado en las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1977 y 10 de noviembre de 1986. Que la probanza de la privaticidad en vía extrajudicial está íntimamente vinculada al Registro de la Propiedad y a los principios hipotecarios de legitimidad, seguridad jurídica y fe pública registral.

III. En cuanto a la inscripción de los bienes privativos de los cónyuges en la legislación hipotecaria: 1. El artículo 95 del Reglamento Hipotecario, considerándose interesante para este tema el Preámbulo del citado Real Decreto; 2. La prueba de la privaticidad del precio de la compraventa ante el Registrador de la Propiedad: Que según el artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario el carácter privativo del precio o de la contraprestación, deberá justificarse mediante prueba documental pública; se trata de arbitrar un mecanismo, exclusivamente registral, que haga efectivo en el tráfico inmobiliario el derecho eficaz del cónyuge al reconocimiento de la privaticidad de lo adquirido a costa o en sustitución de bienes privativos (artículo 1346.3.º del Código Civil), desvirtuando la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del mismo Código. Esta prueba ha de practicarse ante el Registrador de la Propiedad, con el carácter de órgano de la Jurisdicción Voluntaria. La función calificadora de éste, tiene efectos *erga omnes*, el

Registrador proclama que ha nacido una situación jurídica inmobiliaria, autenticando esta afirmación en los Libros Registrales. El contenido de los asientos que se practiquen en dichos libros está favorecido en virtud del principio de legalidad, de una presunción *iuris tantum* de exactitud e integridad, que se transformará en presunción *iuris et de iure*, cuando entre en juego el principio de la fe pública registral. Estas características de la función calificadora están consagradas en el artículo 101 del Reglamento Hipotecario. 3. La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en este tema está recogida en las Resoluciones de 17 de enero de 1913, 13 de septiembre de 1926, 7 de agosto y 22 de octubre de 1928, 10 de julio de 1935, 9 de diciembre de 1943, 2 de octubre de 1984, 25 de septiembre de 1990 y 28 de noviembre de 1988.

IV. La escritura notarial de 19 de junio de 1986 y su asiento de inscripción registral. Que la inscripción que se solicitaba expresamente lo era con el carácter de bien privativo justificado (artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario) y no la de presuntamente privativo por mediar confesión de privaticidad (artículo 95.4 del mismo Reglamento). Que era obligación del Registrador haber hecho constar expresamente la denegación de la inscripción solicitada, por vía del artículo 95.2, sin perjuicio de acordarla y practicarla por el cauce del artículo 95.4. Esta obligación resulta del artículo 434 del Reglamento Hipotecario.

V. Que en lo concerniente a la nota denegatoria de la nota marginal solicitada hay que decir: Que no se está pidiendo una rectificación de un asiento registral por error, tampoco que el señor Registrador rectifique una calificación anterior, lo que se solicita en aplicación del artículo 95.6 del Reglamento Hipotecario, es que se tenga por hecha con posterioridad la justificación de la privaticidad, realizándose por el señor Registrador un pronunciamiento *ex novo*, en base a los documentos que si bien en parte fue aportada en su día, no fue objeto, como era precepti-

vo, de expreso pronunciamiento (Resolución de 28 de noviembre de 1988, final del fundamento de derecho 2.º). Que se considera, conforme a la línea argumental de la doctrina constante de la Dirección General de los Registros, resulta acreditado de forma indubitada el carácter privativo del precio de la adquisición y que la simple afirmación contraria del señor Registrador, sin motivación razonada, supone infracción de las reglas de la sana crítica e incide en arbitrariedad con infracción del principio constitucional consagrado en el artículo 9 de la Constitución Española. Que por otra parte, hay que añadir que la nota marginal no origina los perjuicios a que se refiere el artículo 1324 del Código Civil. En este punto hay que considerar las Resoluciones de 13 de septiembre de 1926 y 25 de septiembre de 1990. Que en la nota denegatoria se ha producido infracción de los artículos 1346.3 del Código Civil y 95.2 del Reglamento Hipotecario, en la interpretación que impone el artículo 3 del Código Civil, como dice el Tribunal Constitucional en Sentencia de 21 de junio de 1990.

VI. Que en cuanto al defecto subsanable de no acreditarse en debida forma la firma de doña Amparo C.P., hay que dejar claro que en el presente caso se trataba de obtener un asiento de nota marginal, acreditativo de la justificación de privaticidad, hecha con posterioridad a la inscripción, en base a una escritura notarial, siendo ésta la base de la citada nota marginal y no una instancia. A este respecto hay que recordar la doctrina contenida en la Resolución de 19 de enero de 1988.

VII. Que se formula expresa reserva en cuanto a la posible responsabilidad por perjuicios generados por la nota denegatoria objeto del presente recurso y amparada en los artículos 18 y 296 de la Ley Hipotecaria. La nota denegatoria impidió realizar la venta notarial del apartamento por su propietaria, pues aunque se hubiere consentido la calificación registral por razones prácticas y de urgencia, no hubieran podido suscribir la escri-

tura los herederos forzosos de don Tomás (cuatro nietos menores de edad, cuya patria potestad es ejercida por su abuela, doña Amparo).

2. Alegaciones del Registrador de la Propiedad.

El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: 1.º Que la nota de inscripción de la escritura de compraventa, que es de 21 de noviembre de 1986, es absolutamente correcta. 2.º Que el Registrador de la Propiedad no estimó ni estima justificada con la instancia y documentos acompañados, el carácter privativo del precio invertido en la compraventa. Los bienes adquiridos a título oneroso, constante el matrimonio, por uno de los cónyuges están fuertemente condicionados por el principio de presunción de gananciabilidad, plasmado en el artículo 1361 del Código Civil, existiendo una rigurosa interpretación jurisprudencial acerca de la justificación necesaria para destruir esta presunción legal y para poder apreciar el carácter privativo de la adquisición. El número 2 del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, señala el medio de prueba, cuya apreciación debe quedar al prudente arbitrio del funcionario calificador. Que no es necesario ponderar los perjuicios que de satisfacer la pretensión de la instante podrían derivarse para su cónyuge o herederos. 3.º Que los documentos acompañados a la instancia (excepto las operaciones de inventario, avalúo y liquidación de herencia y adjudicación de los bienes relictos al fallecimiento de doña Amparo P.F. que practicó el contador-partidor testamentario y la escritura de compraventa de 19 de junio de 1986) carecen de autenticidad; 4.º Que hay que señalar lo dispuesto en el artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario; 5.º Que en ningún caso se hubieran originado los perjuicios a que se alude en el recurso, por las razones que expone la recurrente y habida cuenta lo establecido en el artículo citado en el apartado anterior, y 6.º Que dada la trascendencia de la operación solicitada exige el acreditamiento de la autenticidad de la firma.

3. Resolución del Presidente del TSJ de Madrid.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid revocó la nota del Registrador fundándose en que éste no ha razonado en qué se basa para estimar insuficiente la prueba, limitándose en el informe a exponer que no se ha destruido la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Ci-

vil y en que las manifestaciones de la esposa y de su marido en el título adquisitivo están corroboradas por la restante documental aportada y por hechos posteriores indubitados de los mismos. En cuanto al segundo defecto subsanable es obvio que si existió ha quedado subsanado por la propia interposición del recurso, en que se ha reiterado fehacientemente la solicitud y la identidad de la recurrente.

RECURSO ANTE LA DGRN

1. Alegaciones del Registrador recurrente.

El Registrador apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que hay que tener en cuenta la Resolución de 28 de noviembre de 1988. Que en cuanto a diversos documentos y declaraciones fiscales aportados por la parte recurrente, que constituyen meras manifestaciones unilaterales que no desvirtúan normas de régimen legal obligatorio. Que en lo referente al segundo defecto que se considera subsanable, dicha calificación tiene su fundamento por aplicación analógica (artículo 4 del Código Civil) entre otros, en los artículos 147, 155, 216 y 238 del Reglamento Hipotecario.

2. Doctrina de la DGRN.

Comprado un inmueble por persona casada bajo el régimen de gananciales, manifestando el comprador que el dinero empleado es de su exclusiva pertenencia y aseverando su consorte la exactitud de esta manifestación, se practicó la inscripción a favor del cónyuge adquiriente, como "privativo al amparo de lo dispuesto en el artículo 1324 del Código Civil y con el solo alcance que este precepto previene", y se pretende, fallecido el cónyuge confesante, la extensión de la nota marginal prevenida en el artículo 95.6 del Reglamento Hipotecario, aportándose al efecto el documento particional privado relativo a la herencia de la madre de la

ahora recurrente, otorgado el mismo año en que se realizó la adquisición cuestionada, del que resulta que ésta había heredado en metálico una cantidad superior al precio de compra del inmueble en cuestión. El Registrador deniega la operación solicitada por no resultar acreditado de forma indubitada el carácter privativo del precio de la adquisición y porque, además, al haber fallecido el cónyuge confesante, la práctica de la operación solicitada podría originar el perjuicio a que se refiere el artículo 1324 del Código Civil.

Si se tiene en cuenta: a) La específica naturaleza del procedimiento registral en el que no cabe el desenvolvimiento de la prueba en forma contradictoria, ni se concede al Registrador las amplias facultades de apreciación de que goza el Juez en los procedimientos declarativos (cfr. Resolución de 28 de noviembre de 1988); b) La exigencia de acreditación fehaciente de los actos y negocios que pretenden su acceso al Registro (cfr. artículo 3 de la Ley Hipotecaria), exigencia que se extiende a los extremos del negocio que han de reflejarse en el asiento (cfr. artículos 9 y 21 de la Ley Hipotecaria); c) El rigor de los mecanismos de rectificación del Registro de la Propiedad, en cuanto se precisa el consentimiento de todos aquellos a quienes el asiento a rectificar conceda algún derecho o, subsidiariamente, una resolución judicial firme dictada en juicio ordinario entablado contra ellos (cfr. artículos 1 y 40 de

la Ley Hipotecaria); d) El alcance *erga omnes* de la presunción de ganancialidad, cuya desvirtuación requiere una prueba satisfactoria y, en su conjunto, suficiente (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1994), e) El limitado efecto de la confesión de privatividad que sólo opera en el ámbito interconyugal (cfr. artículos 1232 y 1324 del Código Civil), sin perjudicar a los herederos forzosos del confesante ni a los acreedores comunes o de uno de los cónyuges, lo que implica que dicha confesión no es

suficiente para desvirtuar la presunción de ganancialidad en perjuicio de éstos; f) La dificultad que la esencial fungibilidad del dinero plantea en la demostración de su carácter privativo; g) La posible realización durante el tiempo intermedio de otros actos dispositivos sobre la cantidad heredada que puede haberse agotado o disminuido de modo que no pudiera cubrir el precio estipulado en la compraventa; ha de confirmarse el defecto impugnado.

RESOLUCIÓN de 15 de marzo de 1999.

2.3. *Imposibilidad de que en unas capitulaciones matrimoniales, pactando el régimen de separación de bienes, uno de los futuros esposos transfiera al otro la mitad indivisa de la vivienda familiar en compensación de las aportaciones que se realizarán por éste al matrimonio asumiendo en el futuro el pago de la hipoteca que queda pendiente.*

ANÁLISIS DEL CASO

- El 3 de agosto de 1995, mediante escritura pública autorizada por notario, los futuros esposos D.^a Francisca y D. Antonio otorgaron capitulaciones matrimoniales estableciendo que el régimen económico matrimonial será el de absoluta separación de bienes, de conformidad con lo previsto en la legislación especial de Cataluña. En la escritura se dice que “No obstante, dicho régimen tendrá la excepción de que para compensar las aportaciones realizadas por el marido al matrimonio, tendrá carácter exclusivamente privativo del marido la finca que se describe que va a constituir el domicilio familiar, aportando la futura esposa la mitad indivisa de la misma de la que es titular, y asumiendo el futuro esposo el pago de la hipoteca que queda pendiente”.
- Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad fue denegada la inscripción del precedente documento, porque no se expresa qué tipo de negocio se está celebrando, cuál es su causa y el nombre conocido que tenga en Derecho.
- El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación que fue desestimado por el Presidente del TSJ de Cataluña.
- El Notario recurrió ante la DGRN siendo desestimado el recurso.

RECURSO ANTE EL TSJ DE CATALUÑA

1. Alegaciones del Notario recurrente.

Que basta leer la escritura para comprender que se trata de unas capitulaciones matrimoniales, en la que en compensación a las aportaciones realizadas por el marido, se le adjudica, con carácter privativo, la mitad indivisa de la finca que se describe. Que la Registradora, como fundamento de su nota, cita el artículo 1261 del Código Civil y se hace constar que en la escritura de referencia los otorgantes prestan el consentimiento, el objeto es la mitad indivisa de la finca que se describe y la causa es compensar las aportaciones realizadas por el marido al matrimonio. Que, además, la Registradora olvida lo que dicen los artículos 1274 y 1277 del Código Civil. 3.º Que los artículos 156.9.º, 221 y 236 del Reglamento Notarial y 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario, no amparan en nada la nota de calificación. Que no hay que olvidar lo que dice el artículo 7 del Reglamento Hipotecario.

2. Alegaciones del Registrador de la Propiedad.

La Registradora de la Propiedad, en defensa de su nota, informó:

1. Que las capitulaciones matrimoniales son un negocio complejo, pues el artículo 12 de la Compilación permite que en ellas se pueda pactar casi cualquier estipulación o disposición, pero debe cumplir la configuración y los requisitos que sean propios del negocio que se celebre, con arreglo a las exigencias legales y ateniéndose al artículo 1261 del Código Civil. Que no se comprende cuál es la voluntad de las partes en la escritura calificada. Que el recurrente dice que el cambio en los derechos o titularidades inscritos consiste en adjudicar al marido la mitad indivisa de la finca, pero ese cambio no resulta de la escritura. Que, en efecto, hay que tener en cuenta: a) Cuando se otorgó la escritura los comparecientes estaban solte-

ros. Que es cierto que la última vez que presentan la escritura a inscripción acompañan un certificado canónico de celebración del matrimonio que, con independencia de que el matrimonio se debe acreditar mediante certificado del Registro Civil, la celebración o no del matrimonio no altera en nada lo que se dice a continuación. b) Que el régimen económico matrimonial que se pacta para cuando se celebre el matrimonio es el de separación de bienes, de conformidad con la legislación catalana, por lo que son aplicables los artículos 20 y 21 de la Compilación y de acuerdo con ellos no existen ni pueden existir aportaciones de los cónyuges o futuros cónyuges al matrimonio, porque no existe ni puede existir patrimonio conyugal común. c) Que en un régimen de separación de bienes, lo único que regula la Compilación en el artículo 8.3.º es la obligación de contribuir al sostenimiento de las cargas familiares, pero esto no puede confundirse con la existencia de un patrimonio conyugal común al que realizar aportaciones por uno y otro cónyuge. d) Que si el marido, con el transcurso del tiempo y de su matrimonio, ha contribuido más que la esposa al levantamiento de las cargas familiares y esa contribución no se ha realizado en la forma proporcional que prevé el artículo 8.3.º antes citado, podrá utilizar la vía legal que considere conveniente, pues ello no es objeto de este recurso porque no puede compensarse ahora deudas futuras. Que la escritura no habla de desembolsos futuros sino de aportaciones ya realizadas, y hay que volver al apartado a), ya que no hay matrimonio. e) Que tampoco se puede deducir del documento que se esté constituyendo una dote. f) Que se podría pensar que en la escritura se está haciendo una donación de la mitad indivisa de doña Francisca a don Antonio y que no se haya utilizado la palabra “donación” con la finalidad de eludir el pago del Impuesto de Sucesiones. Que incluso se podría pensar que, ante la existencia de un futuro y próximo matrimonio, se pretendiera adjudicar la mitad

indivisa de la mujer al futuro esposo aplicando al régimen matrimonial de separación de bienes la regulación legal prevista para el de gananciales, por los beneficios fiscales concedidos por el artículo 45.1.B).3 de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Que lo anterior no soluciona la cuestión puramente civil y registral de que no consta cuál es el negocio celebrado, su causa y su nombre.

2. Conclusiones: 1. Que en la escritura no hay apartado de "estipulaciones" y hay que señalar lo que dice el artículo 148 del Reglamento Notarial; 2. Que no se puede entender la nota dividida en tres elementos distintos: Negocio, causa y nombre propio en derechos, puesto que son inseparables (cfr. arts. 1261, 1262, 1274 y 1277 del Código Civil, Resoluciones de 16 y 18 de octubre de 1989 y artículo 38 de la Ley Hipotecaria); 3. Que se está celebrando un negocio y no se dice qué tipo de negocio se está celebrando. 4. Que no puede deducirse de la escritura que ésta contenga una adjudicación o compensación en pago de deuda; 5. Que los otorgantes de capitulaciones matrimoniales pueden pactar lo que deseen, pero hay que pactarlo en la forma legalmente prevista; 6. Que no se sabe qué es lo pactado, porque si cuando otorgan la escritura están sujetos al Derecho Civil catalán, están solteros y el régimen

económico de su matrimonio será el de separación de bienes, sólo puede haber obligación de contribuir al sostenimiento de la familia, no puede excluirse ningún bien del conjunto patrimonial que determina la obligación de contribuir a las cargas familiares, no se constituye dote, ni hay donación, ni adjudicación en pago de deudas y ni parece haber voluntad traslativa porque la escritura se ha autoliquidado exenta, no se sabe qué negocio se está celebrando, ni su causa ni nombre. Que, en consecuencia, no se puede dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 9.2.º, 3.º, 4.º, 5.º y 6.º de la Ley Hipotecaria y 51.5.º, 6.º, 9.º y 10.º del Reglamento. Que hay que señalar lo que dice la Resolución de 30 de junio de 1987.

3. Resolución del Presidente del TSJ de Cataluña.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirmó la nota de la Registradora fundándose entre otros motivos, en que no sólo falta en la escritura el *nomen* jurídico a otorgar al acto realizado, sino su contenido estipulativo en forma coherente y jurídicamente aceptable, con lo que se desconocen los requisitos que marca el artículo 9 de la Ley Hipotecaria para dar lugar a su inscripción.

RECURSO ANTE LA DGRN

1. Alegaciones del Notario recurrente.

El Notario apeló el auto presidencial manteniéndose en las alegaciones que constan en el escrito de interposición del recurso gubernativo.

2. Doctrina de la DRGN

Son hechos relevantes para la resolución del presente recurso los siguientes: a) Se otorga escritura de capitulaciones matrimoniales en las que los futuros contrayentes,

que después contrajeron matrimonio, establecen el sistema de separación absoluta de bienes. b) En dicha escritura, además, se establece: "No obstante, dicho régimen tendrá la excepción de que para compensar las aportaciones realizadas por el marido al matrimonio, tendrá carácter exclusivamente privativo del marido" la vivienda que va a constituir domicilio familiar, "aportando la futura esposa la mitad indivisa" de la misma de la que es titular, siendo el futuro esposo titular de la otra mitad y asumiendo éste el pago de la hipoteca que queda pendiente. c)

La Registradora deniega la inscripción por no expresarse qué tipo de negocio se está celebrando, ni su causa.

En nuestro Derecho, siendo la causa determinante no sólo de la validez del negocio jurídico, sino también de sus efectos, la misma debe resultar del título para reflejarse en la inscripción, sin que la presunción de existencia de la misma, que establece el artículo 1277 del Código Civil, sea suficiente, pues, aunque se presuma dicha existencia, así como su licitud, del Registro no resultarían los efectos del negocio, ni se sabría en qué forma estaba protegido el titular registral.

Podría entenderse que se aportará un bien por uno o los dos cónyuges o futuros cónyuges a la comunidad conyugal, o que se destinarán determinados bienes para subvenir a

las cargas del matrimonio, pero lo que es inexplicable es que, como excepción al régimen de separación que se establece, se produzca una transferencia patrimonial de la mitad indivisa de una vivienda de un cónyuge a otro “para compensar las aportaciones realizadas por el marido al matrimonio”, pues, ni se dice qué aportaciones son éstas, ni se ve cómo se aporta al matrimonio si lo que se está estableciendo es un régimen de separación absoluta; en definitiva, lo que ocurre es una transferencia patrimonial cuya causa no se expresa por lo que, como dice el auto presidencial, falta en la escritura no ya el *nomen* jurídico del acto realizado sino su contenido contractual en forma coherente y medianamente aceptable.

3. SUCESIONES

RESOLUCIÓN de 10 de diciembre de 1998.

3.1. *Los actos dispositivos sobre bienes que aparecen registrados a favor del causante pueden ser directamente inscritos sin necesidad de previa partición hereditaria siempre que aparezcan otorgados por quienes acrediten ser todos los llamados a su herencia y conste su aceptación expresa o derive ésta, por ley, del propio acto dispositivo cuya inscripción se cuestiona.*

ANÁLISIS DEL CASO

- El 1 de junio de 1990, mediante escritura pública autorizada por Notario, el “Banco E., SA” concedió a D. José y a su esposa, D.^a Lucía y a otro matrimonio, solidariamente, un préstamo de 12.000.000 de pesetas, los cuales constituyeron hipoteca inmobiliaria sobre dos viviendas, e hipoteca mobiliaria sobre un buque, para garantizar la devolución del principal del préstamo, intereses y costas y gastos. Cada una de las fincas respondía de 4.000.000 de pesetas de principal, además de las responsabilidades de intereses y costas. Dichas hipotecas fueron inscritas en el Registro de la Propiedad de Pontevedra y en el Registro Mercantil, sección de buques, de A Coruña.

- D. Ignacio falleció el 8 de octubre de 1990, sin testamento, y en virtud de Auto de declaración de herederos abintestato del Juzgado de Primera Instancia de Marín, de fecha 8 de diciembre de 1990, fueron declarados herederos sus dos hijos menores, sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria correspondiente a la viuda.
- El 28 de octubre de 1992, mediante escritura pública otorgada ante el mismo Notario, la viuda de D. José, en nombre propio y como representante legal de sus hijos menores, en unión del otro matrimonio copropietario de las fincas hipotecadas y el “Banco E., SA” se liberó de toda responsabilidad al buque, prestando la entidad bancaria su consentimiento para la cancelación de la hipoteca naval y se aumentó el principal garantizado por cada vivienda que pasó a ser de 6.000.000 de pesetas cada una, con la correspondiente variación en la responsabilidad por costas y gastos.
- Presentada copia de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Pontevedra, número 1, fue calificada con la siguiente nota: No practicada la inscripción solicitada por adolecer de los siguientes defectos: 1.º La finca descrita bajo el número 1, sobre la que recae parte de la responsabilidad que ahora se modifica aumentándola, se halla inscrita a nombre de D.ª Lucía y su esposo, D. José, para su sociedad conyugal. Y habiendo fallecido este último siendo sus herederos menores de edad, no se ha presentado e inscrito la partición de la herencia. 2.º No se acredita en consecuencia el pago del impuesto de sucesiones de esta herencia. 3.º Para el caso de que fuese adjudicada a los menores no se acompaña autorización judicial que previene el artículo 166 del Código Civil.
- El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra los defectos 1.º y 3.º de la nota de calificación, siendo desestimado por el Presidente del TSJ de Galicia.
- El Notario recurrió ante la DGRN, que estimó uno de los motivos de oposición y revocó el auto y la calificación registral.

RECURSO GUBERNATIVO ANTE EL PRESIDENTE DEL TSJ DE GALICIA

1. Alegaciones del Notario recurrente.

a) En relación con el primer defecto hay que decir que la finca está inscrita con carácter presuntivamente ganancial y en el supuesto que se contempla, con la declaración de herederos abintestato pudo intervenir la viuda en nombre propio y en representación

de sus hijos menores. No se entiende cuál puede ser la razón de exigir el Registrador una partición de herencia para poder inscribir la modificación del principal y del total garantizado con la hipoteca; tal exigencia parece absurda, no ya innecesaria.

b) Que en cuanto al defecto tercero, hay que preguntarse que en este caso no existe

ninguna enajenación o gravamen que justifique la aplicación del artículo 166 del Código Civil. Que la hipoteca ya está constituida y únicamente se modifica la cuantía garantizada, que es la otra cara de la cancelación de la hipoteca naval, con lo que la cuantía global de préstamo y responsabilidad por intereses y costas continúa exactamente igual, si bien concentrada en dos fincas, mientras una tercera queda liberada. Que se señala la absoluta necesidad y urgencia de cancelar la hipoteca naval para obtener determinadas subvenciones; pues de seguir la opinión del señor Registrador, en este momento la familia estaría en la miseria.

2. Alegaciones del Registrador de la Propiedad.

El Registrador, en defensa de su nota, informó: Que la viuda para poder realizar un acto de disposición como es constitución y modificación de hipoteca, se precisa: a) Que el hipotecante sea dueño de los bienes sobre los que se establece o modifica la hipoteca o titular del derecho inmobiliario sobre el que se constituye la garantía. En virtud del principio de tracto sucesivo, hay que ser titular del bien o derecho según el Registro (artículo 20 de la Ley Hipotecaria). b) Que el hipotecante tenga la libre disposición de sus bienes, o se halle autorizado para ello según las leyes (artículos 1857 del Código Civil y 138

de la Ley Hipotecaria). Que la referida finca cuya hipoteca se pretende aumentar, fallecido uno de sus cónyuges y siendo sus herederos menores de edad, se precisa determinar a quién se le adjudica en la partición hereditaria (artículo 80 del Reglamento Hipotecario). Que en este sentido se cita la Resolución de 21 de mayo de 1910. Que en este caso, siendo menores los herederos, la partición deberá reunir los requisitos exigidos en los artículos 166, 1052, 1057, 1060 y en el caso que hubiere conflicto de intereses, el artículo 163, todos ellos del Código Civil. Que así lo establece la Resolución de 14 de marzo de 1993. Además, en este caso no hay transmisión sino una modificación de derecho real sin que conste inscrita la titularidad de los que consienten. Que, por último, la viuda no puede actuar en nombre de sus hijos menores aumentando su gravamen sobre la finca, sin recabar la autorización judicial que prevé el artículo 166 del Código Civil, y esto en el supuesto que se adjudicara dicha finca a los mismos en la consiguiente partición.

3. Resolución del Presidente del TSJ de Galicia.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Galicia confirmó la nota del Registrador fundándose en lo alegado por éste en su informe.

RECURSO ANTE LA DGRN

1. Alegaciones del Notario recurrente

El Notario recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en los argumentos contenidos en el escrito de interposición del recurso.

2. Doctrina de la DGRN.

Por el primero de los defectos de la nota impugnada, se objeta a la inscripción de la ampliación de la responsabilidad hipotecaria que pesa sobre un piso de carácter ganancial,

el que habiendo fallecido uno de los cónyuges titulares, no se haya inscrito previamente la partición de su herencia. Dicha modificación es otorgada por el acreedor y por el cónyuge supérstite quien actúa por sí y en representación de los dos hijos menores del consorte premuerto, incorporándose a la escritura calificada testimonio judicial del auto por el que se declara como únicos herederos del consorte premuerto a sus dos hijos ahora representados, sin perjuicio de la cuota viudal usufructuaria del cónyuge supérstite.

Dicho defecto no puede ser estimado; como ha declarado este Centro Directivo (vid. Resoluciones de 21 de enero de 1993 y artículos 20 de la Ley Hipotecaria y 209.1 del Reglamento Hipotecario), los actos dispositivos sobre bienes que aparecen registrados a favor del causante pueden ser directamente inscritos sin necesidad de previa partición hereditaria siempre que aparezcan otorgados por quienes acrediten ser todos los llamados a su herencia y conste su aceptación expresa o derive ésta, por ley, del propio acto dispositivo cuya inscripción se cuestiona (cfr. artículo 999 del Código Civil), circunstancias ambas que concurren en el supuesto debatido, pues: a) Se incorpora a la escritura la documentación justificativa del fallecimiento del cónyuge y de que los otorgantes del acto dispositivo calificado son sus herederos. b) Esta modificación hipotecaria sólo puede ser realizada con la cualidad de heredero.

El segundo defecto —no acreditarse el pago del Impuesto de Sucesiones— debe ser

estimado toda vez que la transmisión hereditaria operada en favor de los otorgantes puede estar sujeta al Impuesto de Sucesiones y no se ha acreditado el pago, la exención o la no sujeción en su caso (cfr. artículo 254 de la Ley Hipotecaria), y, ni siquiera, consta nota de su presentación en oficina liquidadora competente para la práctica de la liquidación correspondiente (cfr. artículo 100 del Reglamento del Impuesto de Sucesiones y Donaciones), sin que baste la sola nota de autoliquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados que tiene naturaleza y régimen distinto (cfr. Resolución de 21 de enero de 1993).

En cuanto al tercero de los defectos de la nota, no puede ser examinado ahora toda vez que aparece condicionado a esa previa adjudicación del bien hipotecado a los menores que, como se ha apuntado, no es necesaria en el presente supuesto.

RESOLUCIÓN de 30 de abril de 1999.

3.2. *Habiéndose efectuado una donación de los abuelos en favor de un nieto con reversa del usufructo y de la facultad de disponer en caso de necesidad, no existe ningún obstáculo para que los donantes puedan hipotecar la nuda propiedad del inmueble, sin que el Registrador pueda indagar en la causa de la necesidad.*

ANÁLISIS DEL CASO

- Los cónyuges D.^a Francisca y D. Francisco donaron la nuda propiedad de una casa a su nieto de cuatro años de edad, en escritura otorgada el día 11 de abril de 1990, que contenía, entre otras, las siguientes cláusulas: ... B) Los donantes se reservan el usufructo vitalicio de la casa donada, que subsistirá íntegro hasta el fallecimiento del último de ellos. C) Los donantes se reservan igualmente la facultad de disponer del pleno dominio de la casa donada, en caso de necesidad que no tendrán que justificar. Dicha donación fue inscrita en el Registro de la Propiedad.

- El día 10 de noviembre de 1992, mediante escritura pública, en uso de la facultad reservada en la escritura de donación, los donantes constituyen hipoteca sobre dicha finca y otra en garantía de un préstamo otorgado por la “Caja de Ahorros C.” en favor del hijo de los hipotecantes y su esposa, D. Antonio y D.^a Esperanza, a su vez, padres del donatario. Presentada copia de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad se denegó su inscripción en cuanto a la nuda propiedad, por el defecto, que en principio se reputa insubsanable, de que habiendo impuesto la hipoteca sobre ella, por razón de la facultad de disponer del pleno dominio de la misma, que se habían reservado según la inscripción 7.^a de su historia, facultad de la que han hecho uso en el documento que se inscribe, dicha facultad estaba limitada al supuesto de caso de necesidad, según la inscripción citada y ello no se da en el caso presente, hipoteca por deuda ajena, aunque no tuviera que justificarse tal extremo.
- El Notario interpuso recurso gubernativo que fue desestimado por el Presidente del TSJ de Andalucía.
- El Notario interpuso recurso ante la DGRN que fue estimado revocándose la nota del Registrador y el auto del Presidente del TSJ.

RECURSO ANTE EL TSJ DE ANDALUCÍA

1. Alegaciones del Notario.

Es preciso distinguir dos momentos distintos en la finca registral en cuestión:

1. El de la situación de la finca en la escritura de donación, ya inscrita en el Registro de la Propiedad, y que goza de las presunciones y protección que éste otorga. El título contiene dos derechos reservados a favor de los donantes: el usufructo de la finca donada y la facultad de disponer del pleno dominio de la misma, en caso de necesidad que no tendrá que justificar. No estamos ante un supuesto de reserva de usufructo con facultad de disponer, sino ante dos derechos deslindados y separados: usufructo y disposición en pleno dominio, que como tales han de aparecer recogidos e inscritos.

2. El de la situación de la finca en el momento de constitución de la hipoteca, único momento al que puede referirse la nota de calificación, y en cuanto a ésta: a) La inscripción de la hipoteca se ha practicado sólo

en cuanto al usufructo vitalicio de los cónyuges, pero no es sólo eso lo que aparece inscrito a su nombre, como dice la nota de calificación, sino también una reserva de la facultad de disponer del pleno dominio de la finca, si es necesario y sin justificarlo. b) Si lo que se estima insubsanable es la no posibilidad de constituir hipoteca sobre el pleno dominio por la vía de usar de la facultad reservada e inscrita, ello supone: o la negación de poder hacer tal reserva, permitido por el artículo 639 del Código Civil, o la negación de que el titular de la misma pueda hacer uso de ella, lo cual es inviable, ya que está inscrito a su favor; o que la facultad inscrita a su favor de poder disponer del pleno dominio no posibilita otros actos de menor entidad dispositiva (gravamen, venta, arrendamiento), supuestos que la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria consideran incluidos dentro del concepto más genérico de disposición; o supondría que pudiendo realizar lo más (venta) no pudiera realizar lo menos (hi-

poteca), que sólo potencialmente envuelve una enajenación. También sería olvidar que el donatario que adquiere bajo esta reserva tiene una posición claudicante, sujeta a condición resolutoria, que ve enervada la posibilidad de adquisición de la finca en cuestión si el donante hace uso de alguna de las facultades que suponen la resolución de su derecho. Si lo que se considera insubsanable es el caso de necesidad, la voluntad inscrita del disponente es poder disponer de la cosa donada si tuviese necesidad de ello y sin que haya de justificarlo, y si el ordenamiento jurídico no contempla una definición de caso de necesidad ni los supuestos objetivos del mismo, y si el disponente no sólo no los ha previsto, sino que ha proscrito expresamente su justificación, carece el Registrador de los elementos de base necesarios para sostener su calificación, sin que haya de preocuparle una posible desprotección del derecho resolutorio del donatario, ya que él mismo sabe que su adquisición está amenazada de resolución, y porque siempre tiene expedita la vía judicial, y será el Juez quien, en juicio contradictorio, juzgará si existe o no caso de necesidad y declarará la validez o nulidad del acto dispositivo realizado en perjuicio del donatario.

Que el Registrador, lo que parece desear, es cargarse el asiento que ampara tal reserva por el mecanismo indirecto de hacerlo inoperante, pero ello debió intentarlo cuando se le presentó el título de donación, ahora necesitará la declaración judicial o la voluntad de las partes. Que el Notario recurrente tuvo acceso a conocer el caso de necesidad que motivó dicho préstamo hipotecario, pero ante la cláusula inscrita de no necesidad de justificación de la misma, y ante el dilema de, o bien someter dichos motivos a la publicidad de todos mediante el Registro, o bien, y en atención al principio constitucional de protección a la intimidad personal y familiar, mantenerlos ocultos, por cuanto el entorno de los afectados por la necesidad del préstamo se circunscribe al familiar de los abuelos hipotecantes, hijos deudores y nieto donatario, el Notario recurrente se ha inclinado por

el respeto a la norma constitucional, dado que el asiento registral apoya también esta decisión.

2. Alegaciones del Registrador de la Propiedad.

El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó:

1. Que el asiento registral proclama la inscripción de los siguientes derechos: un derecho de usufructo vitalicio a favor de los cónyuges don Francisco y doña Francisca, que subsistirá íntegro hasta el fallecimiento del último de ellos, el derecho de nuda propiedad a favor del nieto, la reserva de la facultad de disponer del pleno dominio de la cosa donada, en caso de necesidad, que no tendrán que justificar, amparada en el artículo 639 del Código Civil, cláusula poco precisa, ya que supone una redundancia reservarse la facultad de disponer del usufructo (que ya es de los donantes) y debiera haberse limitado a la facultad de disponer de la nuda propiedad, único derecho transmitido. Sólo aparece inscrito a favor de los donantes el usufructo y sólo en cuanto a ése se inscribe la hipoteca por aplicación del artículo 20 de la Ley Hipotecaria (la nuda propiedad está inscrita a favor del donatario). La facultad de disponer reservada no tiene ningún contenido positivo; se trata de una reserva auténtica que proclama frente a todos la posibilidad de resolución del derecho de nuda propiedad del donatario si los donantes hacen uso de ella, pero no es hipotecable en sí misma.

2. Que el ejercicio por parte de los donantes de la facultad de disponer reservada participa de la naturaleza de una condición resolutoria para el derecho de nuda propiedad del donatario, el cual se verá así privado de su derecho por virtud de una causa que expresa el propio Registro. Desde el punto de vista funcional, los donantes, en el ejercicio de la facultad reservada, podrían disponer de la nuda propiedad o del pleno dominio de la finca donada a favor de tercero, tomar una cantidad en concepto de préstamo, garantizarla con hipoteca sobre la nuda propie-

dad o el pleno dominio de la finca y transmitir simultáneamente estos derechos a un tercero, quien se subroga en aquél, ambas posibilidades amparadas en el artículo 639 del Código Civil. Más difícil sería admitir la posibilidad de tomar una cantidad en concepto de préstamo y garantizarla con hipoteca sobre la nuda propiedad o el pleno dominio de la finca donada que siendo la hipoteca un derecho real cuando su objeto es la nuda propiedad o pleno dominio de un inmueble, sólo podrá ser impuesta por el titular de los expresados derechos. Por tanto, el problema no es como afirma el Notario, que quien puede lo más (enajenar) puede lo menos (hipotecar), sino determinar si dentro de la facultad de disponer reservada (artículo 639 Código Civil) puede comprenderse la de reversión de la nuda propiedad a favor de los donantes (artículo 641 Código Civil), para que los donantes, titulares de esa forma del pleno dominio, puedan hipotecar esos derechos. En todo caso el Registrador informante ha tenido claro que la reserva de la facultad de hipotecar está comprendida en lo genérico de disponer y que en el caso examinado en caso de pago de deuda y cancelación de la hipoteca, la nuda propiedad volverá al donatario y no al donante por el juego del artículo 639 Código Civil y no del artículo 641 Código Civil.

3. Que el Registrador, en el ejercicio de su función calificador, no puede realizar pesquisas en orden a si la disposición de los donantes responde a una verdadera necesidad pero sí ha de tener en cuenta lo que proclaman los asientos del Registro, y en este caso la tarea consistirá en determinar si el límite que los donantes se han impuesto voluntariamente tiene algún sentido o se trata de un añadido neutro cuya calificación está vetada al Registrador. El artículo 639 del Código Civil no pone límite a la autonomía de la voluntad del donante siempre que cuente con la aceptación del donatario, por lo tanto si los donantes se hubieran querido reservar la facultad de disponer de forma omnimoda lo hubieran hecho, pero se han

reservado esa facultad en una serie de circunstancias y el sentido de sus palabras hay que buscarlo en la doctrina de los actos propios (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1993) en las normas de interpretación de los controles (artículo 1281 del Código Civil).

4. Que los donantes no tengan que justificar el caso de necesidad no impide al Registrador, a la vista del contenido del Registro, apreciar la inexistencia de la misma cuando ello sea evidente, ya que la disposición se hace para garantizar una deuda ajena. Si los donantes hubiesen dispuesto a favor de tercero o hubiesen hipotecado la finca en garantía de una deuda propia, la cuestión de si esos actos responden a una verdadera necesidad es exclusivamente judicial.

3. Resolución del Presidente del TSJ de Andalucía.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía confirmó la nota del Registrador fundándose en lo siguiente:

1. Para el Notario, la no justificación de la situación de necesidad excluye cualquier valoración sobre la misma, mientras que para el Registrador la evidencia de la falta de necesidad obliga a apreciar ese límite de la facultad de disposición de los donantes.

2. La inclusión expresa de la referida limitación obliga a tenerla en cuenta necesariamente y la tesis del recurrente haría perder toda virtualidad a aquélla.

3. Debe distinguirse entre justificación de la necesidad y existencia de la misma y el Registrador no cercena con su decisión la posibilidad de disposición permitida, pues no exige la justificación de la necesidad (si así fuere hubiera considerado el defecto como subsanable) sino que considera que esa necesidad no acontece (por lo cual considera el defecto como insubsanable), lo cual es patente, y ello sí debe ser calificado por el Registrador.

4. Sólo puede justificarse la necesidad cuando vaya referida directamente a los do-

nantes pues lo contrario supondría ampliar desmesuradamente el poder de enajenación de los donantes.

Cabría argüir que al constituirse la hipoteca en garantía de un crédito del que es deudor un hijo de los donantes y padre de los donatarios, satisface una necesidad del donatario en la medida en que éste todavía se halla sujeto por su minoría de edad a la influencia paterna (artículo 154 del Código Civil), pero

la necesidad del donatario no puede entenderse reflejada en la estipulación demanial comprensiva de la facultad de disposición, y además esa necesidad queda garantizada con la facultad del mismo carácter que corresponde al donatario por ostentar la titularidad de la nuda propiedad del bien y esto reveló que el fin perseguido podría haberse logrado mediante la hipoteca para los deudores (padres del donatario) con los requisitos del artículo 166 del Código Civil).

RECURSO ANTE LA DGRN

1. Alegaciones del Notario.

El Notario recurrente apeló el Auto Presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió:

1. Que impugna el auto presidencial por causa de nulidad en base al artículo 24 de la Constitución Española y artículos 238 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con los pertinentes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al haberse causado indefensión privándole del conocimiento de un hecho que el Auto considera probado, cual es el informe del Registrador, que el Auto recoge en esencia pero sin hacer transcripción íntegra del mismo, acompañarlo o posibilitar el examen de dicho informe registral en la Secretaría de la Presidencia.

2. Que no se recoge correctamente en el Auto la argumentación jurídica del Notario en el escrito de interposición del recurso, ya que éste no excluye cualquier valoración del estado de necesidad, sino que señala que, la valoración de la existencia o no de caso de necesidad corresponde al Juez y no al Registrador.

3. Que la disposición por el donante no supone una vulneración de la limitación establecida en la cláusula de reserva. La voluntad expresa del donante funciona como norma que rige su acto de liberalidad y para el donante la cláusula se traduce en que si él necesita disponer de la finca puede hacerlo

sin prueba alguna; le basta que él tenga la necesidad personal de disponer dentro de su ámbito reservado.

4. Que no es cierto que el Registrador haya considerado que no existe el caso de necesidad sino que parte de la base de que la necesidad existe pero que es ajena al donante al tratarse de una hipoteca en garantía de deuda ajena, confundiendo en este aspecto la causa (motivo interno que lleva al donante al ejercicio de su derecho) y el efecto (es hipoteca en garantía de deuda ajena), entendiendo ajeno en un sentido jurídico, no en el ámbito familiar de donante-hipotecante, deudor no hipotecante y donatario que inclinan al donante a considerar la deuda como propia.

5. La solución de que el fin perseguido podría haberse logrado, mediante la hipoteca por los deudores (padres del donatario) de la finca donada con los requisitos del artículo 166 del Código Civil es inviable (justificación y necesidad evidente) los padres del donatario no pueden justificar la necesidad de una disposición que no corresponde a su hijo donatario, sino a los donantes y además, el exigir la justificación de tal necesidad se violaría el contenido de la cláusula reservada (la no justificación) y aquí impera la voluntad del donante.

2. Doctrina de la DGRN.

Mediante escritura otorgada el 11 de abril de 1990, dos cónyuges donaron a su nieto de cuatro años de edad la nuda propiedad de

una casa reservándose el usufructo vitalicio de la misma, que subsistirá íntegro hasta el fallecimiento del último de ellos. Igualmente los donantes se reservaron la facultad de disponer del pleno dominio de la casa donada en caso de necesidad que no tendrían que justificar. Dicha donación se inscribió en estos términos en el Registro de la Propiedad.

Posteriormente, el 10 de noviembre de 1992, los mismos donantes, en uso de la facultad que se reservaron sobre la casa donada, constituyen hipoteca sobre la misma en garantía de un préstamo concedido a un hijo y su esposa. El Registrador deniega la inscripción en cuanto a la nuda propiedad por el defecto, que en principio se reputa insubsanable, de que habiendo impuesto la hipoteca sobre ella, por razón de la facultad de disponer del pleno dominio de la misma que se habían reservado según la inscripción 7.^a de su historial, facultad de la que han hecho uso en el documento que se inscribe, dicha facultad estaba limitada al supuesto de caso de necesidad, según la inscripción citada, y ello no se da, en el caso presente, hipoteca por deuda ajena, aunque no tuviera que justificarse dicho extremo.

El defecto señalado no puede ser mantenido. En efecto, sin prejuzgar la procedencia o no de la inscripción de la donación previa al documento que ahora se califica, en los términos que resultan del apartado anterior, es lo cierto que: a) Siendo el donante titular de la facultad de disponer del pleno dominio

del bien, tal y como consta en el asiento correspondiente, puede en ejercicio de dicha facultad constituir hipoteca sobre el mismo y el donatario debe soportar el gravamen porque la subsistencia de su derecho depende precisamente de su no ejercicio; b) La situación de necesidad a que queda supeditado el uso de tal facultad es algo cuya apreciación queda al margen de la calificación del Registrador dados los términos en que se realizó dicha reserva, sin sujetarla a condición o necesidad de justificación alguna (cfr. Resoluciones de 29 de octubre de 1868, 15 de noviembre de 1876, 21 de agosto de 1894, 21 de marzo de 1901 y 19 de diciembre de 1905), sin perjuicio de la posibilidad de la impugnación judicial del acto de disposición por quien, en su caso, corresponda; y c) Por lo demás, no puede admitirse sin más la afirmación de que el caso de necesidad no se da en la hipoteca por deuda ajena, ya que la existencia en este supuesto de tres sujetos (acreedor, deudor e hipotecante) da lugar a tres relaciones jurídicas autónomas (acreedor-deudor, acreedor-hipotecante y deudor-hipotecante) cuyas circunstancias y efectos no aparecen manifestados en el acto cuya inscripción se solicita, el cual es fruto de la relación acreedor-hipotecante exclusivamente. Téngase en cuenta que la documentación acompañada no acredita las relaciones posibles entre hipotecante y deudor y que éstas pueden ser de tal naturaleza que hayan obligado al primero a la constitución de la hipoteca.

DERECHO
INTERNACIONAL
PRIVADO

LA INFRACCIÓN DE LOS DERECHOS DE CUSTODIA Y DE VISITA EN LAS RELACIONES TRANSFRONTERIZAS. INFORMACIÓN Y PUNTOS CLAVES PARA EL DEBATE (I)

DRA. MAYTE ECHEZARRETA FERRER

*Pf. titular de Derecho Internacional privado
Universidad de Málaga*

El Ministerio de Justicia recibe anualmente un centenar de solicitudes de recuperación de niños retenidos por algunos de sus progenitores, de las que sólo un cincuenta por ciento se resuelven. Estos supuestos están referidos a niños que han sido trasladados fuera de España y de niños extranjeros sustraídos en otros países y traídos al nuestro en porcentajes similares (La Ley, Diario de Noticias, núm. 239, de 9 de junio de 2000, p. 5.)

No es necesario insistir en el problema humano, social y jurídico que representa una de las modalidades más graves de la violencia familiar representada en la infracción de los derechos de custodia y de visita, situación que se agrava en las relaciones transfronterizas.

Se impone una respuesta urgente que encuentre las causas y proponga medios preventivos que evite el problema que está minando vidas inocentes que no son responsables de la inmadurez de sus progenitores y en general de sus familias o cuidadores.

La historia que le vamos a relatar no es la de una familia cuyos progenitores se separan civilizadamente y acuerdan libre, madura y razonadamente el régimen familiar para el futuro. Es evidente que en estos casos no va a existir violencia de ningún tipo o, al menos, no será una violencia que permeabilice hasta el punto del desequilibrio psíquico de cada uno de sus miembros. Nuestra historia la protagonizan adultos (uno o varios) de débil o desequilibrada personalidad, víctima de frustraciones personales y con altas dosis de inmadurez y egoísmo. ¿Tiene mecanismos el derecho para responder a esta situación?

SUMARIO

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
- 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

ANEXO:

- 1.º TEXTO DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES
 - 2.º SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA Y SUS COMENTARIOS
 - 3.º SELECCIÓN DE DOCTRINA
-

A modo de introducción en la sistemática del trabajo y en los problemas abordados.

1. Como se podrá comprobar en la última parte de este trabajo que se publicará en el siguiente número de esta revista, la doctrina española relacionada con los problemas de los derechos de guarda y visita de los menores en las relaciones transfronterizas es muy amplia. El lector puede encontrar en estos trabajos y en los innumerables estudios de especialistas extranjeros que allí se citan, estudios, reflexiones y propuestas de interpretación sobre todos los aspectos del problema que este tipo de relaciones plantea. En este sentido es de justicia resaltar la intensa dedicación al estudio de los problemas relacionados

con el menor desde la perspectiva de las relaciones transfronterizas que han venido realizando los profesores ÁLVAREZ GONZÁLEZ S., BORRÁS RODRÍGUEZ, A., MIRALLES SANGRO, P.P., y MOYA ESCUDERO, M., PÉREZ VERA, E., sin que ello empañe la relevancia de otras aportaciones doctrinales que detallamos al final de este trabajo.

En este trabajo y a solicitud de la dirección de la revista, hemos optado por no abundar más en lo dicho y tratar de dar una visión general del problema informando sobre los puntos de interés de cada uno de los textos jurídicos que abordan la materia, una selección de jurisprudencia y sus comentarios cuando los hubiere y algunas ideas a las que hemos llegado fruto de este estudio y que con gusto sometemos al debate y a cuantas preguntas, ideas y sugerencias quieran hacernos.

Nuestros comentarios a sus preguntas o sugerencias se publicarán en próximos números de la revista. Ustedes podrán remitirlas por correo electrónico a la dirección mtechezarret@uma.es o por correo tradicional a la Facultad de Derecho, área de Derecho Internacional privado, campus Teatinos s/n, Málaga 29071.

Mediante este sistema pretendemos trabajar de cara a la realidad y sirviendo directamente a los intereses de nuestros lectores que no son otros en este caso que el interés del menor, acercando cada día más las técnicas de Derecho Internacional privado a los problemas de la realidad actual cuya solución depende de todos para los que, de una forma u otra, nuestra herramienta de trabajo es el Derecho.

2. Los problemas jurídicos que se abordan en los textos internacionales y autónomos estudiados a continuación son los referidos a los problemas de unificación en materia de competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento de decisiones extranjeras en materia de derechos de custodia y de visita. Junto a ello se tratan también otros instrumentos de cooperación entre Autoridades para los casos en los que haya que tomar medidas urgentes respecto a un menor cuyo régimen jurídico de relación transfronteriza con ambos progenitores se haya visto alterado sin acuerdo de alguno de los progenitores y sin derecho alguno o con peligro de desequilibrio físico o psíquico respecto a la persona del menor.

Partimos de que para poder reclamar ante una autoridad (judicial o administrativa) la efectividad de un derecho de custodia o de visita obstaculizado por alguna persona o Institución, es necesario primero ser titular del derecho en virtud del ordenamiento jurídico aplicable a la situación de hecho y que una autoridad competente lo reconozca.

En las relaciones transfronterizas debemos añadir un fase más, cual es el reconocimiento en el Estado donde se encuentra el menor del derecho del titular y, en su caso de la sentencia extranjera que reconoce tal derecho.

En los casos en los que a raíz de un desequilibrio familiar se obtiene una resolución judicial en la que se reconoce un derecho (de custodia o de visita) cuyo ejercicio se ve imposibilitado por una persona o Institución sin que se hubiera producido alteración del entorno habitual del menor, el procedimiento que se aconseja es el de reconocimiento de dicha resolución en el país que se encuentre el menor a través de los Convenios que regulan dicho procedimiento en los casos que proceda o del Derecho Internacional privado autónomo.

En los casos en los que al menor se le hubiera alterado su entorno familiar habitual trasladándolo a otro lugar, habrá que restituirlo inmediatamente al lugar donde se encontraba porque se presume que dicha alteración perjudica los intereses del menor. De aquí, que en esta situación se proceda con o sin resolución judicial y por tanto al margen del procedimiento de reconocimiento.

Como vamos a comprobar más adelante, existe una fuerte tensión interpretativa sobre la igualdad de tratamiento entre la protección del derecho de custodia y del derecho visita en los Convenios internacionales y en la ley procesal española de desarrollo de dichos Convenios.

Desde nuestro punto de vista, este desequilibrio protector es causa, en un alto porcentaje, de la violencia familiar que sufre el menor. Tal y como se nos presenta la situación en las sociedades que denominamos avanzadas como la nuestra, el titular del derecho de custodia es el vencedor y el titular del derecho de visita es el perdedor. Y ello, normalmente, tras un largo y destructivo proceso de adjudicación por parte del juez a quién la ley le obliga a decidir y que no tiene más remedio que proceder a la búsqueda de pruebas, que las partes van creando artificialmente mediante manipulaciones del entorno y, lo que es peor, del protagonista de nuestra historia: el menor.

En ocasiones, cuando se dilata el proceso de adjudicación con la práctica reiterada de pruebas, son casos en los que, quizás, no existe fundamento alguno para decidir a favor de uno u otro pues ambos reúnen (o al menos reunían en un primer momento) los requisitos necesarios para ostentar el derecho de custodia. Sin embargo, insistimos, la ley obliga a buscar un vencedor en aras de un interés del menor impredecible y mediante mecanismos que van minando la dignidad, la intimidad y la autoestima de ambos progenitores.

Tras esta descripción de los hechos ¿qué razón hay para extrañarse de que el vencido, alterado psicológicamente tras el duro combate del proceso, se lleve al menor o de que el vencedor, no menos afectado, tema lo peor y no facilite la visita del hijo con el vencido que *se la tiene jurada*? Pensemos... En los casos donde no hay manifiesta ineptitud por parte de los progenitores para asumir la tenencia del menor (la mayoría de las veces) ¿no es posible establecer un régimen de relación con ambos progenitores donde el resultado no conlleve vencedores y vencidos, sino que todos se sientan iguales ante el menor? ¿No es posible imponer en estos casos un procedimiento de asignación de la tenencia que minimice el dolor y las tensiones que sufre el niño? ¿El interés del menor

no se alcanzará mejor en estos casos mediante procedimientos mecánicos o automáticos de toma de decisiones que la pauta afinada y dilatada de la búsqueda incierta del interés del menor a través de pruebas, la mayoría de las veces poco concluyentes aunque muy destructivas?

Seguidamente vamos a tratar de exponer, de la manera más clara que permitan los textos jurídicos, que no es mucha por cierto, los aspectos más relevantes de los textos internacionales que han nacido para intentar resolver los problemas derivados del proceso anteriormente descrito en los casos en los que se necesite la colaboración de Autoridades extranjeras o éstas necesiten la colaboración de las nuestras.

I. RECURSOS HERMENÉUTICOS ANTE POSIBLES LAGUNAS, CONTRADICCIONES O DEFICIENTES TRADUCCIONES DE LOS TEXTOS INTERNACIONALES

3. La dificultad que plantea la interpretación de los textos internacionales deriva de múltiples circunstancias derivadas de la ausencia de interpretación uniforme, de deficientes traducciones a cada una de las lenguas y, en definitiva, de la dificultad que representa plasmar en un texto el cúmulo de intereses de cada Estado para poder conseguir un acuerdo. Junto a ello, debemos añadir la deficiente política convencional española a la hora de asumir compromisos internacionales que lleva, en muchas ocasiones, a resultados de difícil encaje en la estructura normativa interna. Para intentar salvar posibles lagunas e incoherencias del sistema, el intérprete debe recurrir a los instrumentos jurídicos de los que se vale el sistema para ello. Entre ellos los arts. 3 del Código Civil y 9.3, 10.1, 18.1 y 2, 20.4, 39.2 y 4, 53.3, 96.1 y 161.1.a) de la CE.

4. En segundo lugar y en cuanto hace referencia a la aplicación de los Tratados internacionales el intérprete deberá realizar su labor hermenéutica basándose en la internacionalidad del supuesto y recurriendo a las normas especiales contenidas en los arts. 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969 (BOE de 13 de junio de 1980).

Art. 31. 1. *Un Tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del Tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.*

2. *Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:*

a) *todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;*

b) *todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.*

3. *Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:*

a) *todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;*

b) *toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;*

c) *toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.*

4. *Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes (...)*

Art. 32. *Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del art. 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el art. 31:*

a) *deje ambiguo u oscuro el sentido, o*

b) *conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.*

Art. 33. 1. *Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos.*

2. *Una versión del tratado en idioma distinto de aquél en que haya sido autenticado el texto será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen.*

3. *Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido.*

4. *Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo 1, cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los arts. 31 y 32, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y del fin del tratado.*

5. En tercer lugar, hay que hacer mención al principio de respeto a la vida familiar consagrado en el art. 8 del Convenio europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (BOE de 10 de octubre de 1979) en la medida que pueda ser utilizado como principio protector de cuantas injerencias ilícitas (de los particulares o del Estado) pueda perturbar el normal desenvolvimiento de los derechos en las relaciones de familia: *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención*

del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás.

6. Y, finalmente y con un carácter más especial y concreto al Convenio de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (BOE 313 de 1-12-1990) que consagra el derecho de los hijos a relacionarse con ambos padres cuando éstos residen en países diferentes, derecho incardinado en el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad y que podemos encontrar en los arts. 9.3, 10.2, 11 y 18 en cuanto al derecho de todos los niños a mantener relaciones personales y contactos directos con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés y el derecho de relación transfronterizo con el progenitor con el que no convive, tratando de paliar y evitar los traslados y retenciones ilícitas.

Este Convenio se aplica a todo niño menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, que según el ordenamiento español y en virtud del art. 9.1 del CC será la ley nacional del menor, haya alcanzado antes la mayoría de edad (art.1).

II. CONVENIOS INTERNACIONALES EN VIGOR EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES

A) El Convenio de la Conferencia de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980

1. Fuentes de información y estudio para la aplicación del Convenio

7. • El texto oficial del Convenio está contenido en el BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987; correc. errores, BOE núm. 155, de 30 de junio de 1989, y BOE núm. 21, de 24 de enero de 1996.

• Una guía de aplicación del Convenio así como formularios, se puede encontrar en las páginas WEB del Ministerio de Justicia http://www.mju.es/g_sust_menores.htm

• El texto del Convenio así como su Informe explicativo, doctrina, puesta al día del estado de ratificaciones, Autoridades Centrales, se puede encontrar en las páginas de la Conferencia de La Haya <http://www.hcch.net>.

• Estados parte del Convenio **comunes** con el 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: *Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Gran Bretaña (incluida la Isla de Man, las islas Caimán, y las islas Falkland en el caso del Convenio de La Haya de 1980), Grecia, Irlanda, Islandia, Italia, Luxemburgo, Malta, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Suecia y Suiza.*

Estados parte **que no lo son** del Convenio europeo de 1980 relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como el restablecimiento de dicha custodia: *África del Sur, Argentina, Australia, Bahamas, Belice, Bosnia-Herzegovina, Brasil, Burkina Faso, Canadá, Chile, China (incluida solamente la Région administrativa especial de Hong Kong y de Macao), Colombia, Croacia, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, Estados Unidos de América, Honduras, Hungría, Israel, Mauricio, México, Moldavia, Mónaco, Nueva Zelanda, Ouzbekistan, Panamá, Paraguay, República Checa, Antigua República Yugoslava de Macedonia, Rumania, San Cristóbal y Nieves, Sudáfrica, Trinidad y Tobago, Turquía, Uruguay, Venezuela y Zimbaue.*

- Sobre las reservas y declaraciones formuladas por los Estados partes del Convenio *vid.* la página web de la Conferencia de La Haya <http://www.hcch.net> o el BOE en el que se publicó la ratificación de cada Estado cuya referencia se encuentra en nuestra crónica publicada en esta revista (Mapa jurídico comunitario y español en materia de derecho de familia y comunitario, núm. 6 de enero de 2000, pp. 233 y ss. Respecto a la entrada en vigor del Convenio para España con las Repúblicas de Moldavia, Sudáfrica y Paraguay *vid.* el BOE de 11 de enero de 2000.

- Respecto a los problemas de traducción al castellano del Convenio, resulta interesante la consulta de la monografía de Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS y Alegría BORRÁS “Recopilación de los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional privado” (1951-1993), Madrid 1996.

2. Algunos puntos claves del Convenio

Objetivos del Convenio

8. Están consagrados en el art. 1 del Convenio:

a) ***Garantizar*** la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado Contratante; b) ***Velar*** por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados Contratantes se respeten en los demás Estados Contratantes.

De la literalidad del precepto, podríamos deducir que las Autoridades responsables de la aplicación del Convenio responden (***garantizar***) de la restitución del menor actuando urgentemente (art. 11) y mediante procedimientos sencillos (arts. 22, 23) cuando ha habido un traslado o retención ilícitos. Cuando no ha habido traslado, harán todo lo posible (***velar***) por que el derecho de custodia y de visita se respete y no se produzcan traslados ilícitos. Parece que la acción más activa del Convenio es restituir al menor trasladado ilícitamente. Si ésta es la interpretación, el Convenio nace como medida paliativa y no preventiva de los daños que ocasionan al menor los traslados no consentidos o violentos física o psíquicamente.

9. La lógica hermenéutica no puede llevar a este resultado. La principal función del Convenio debe ser cumplida antes de que se produzca la medida drástica del traslado o del no retorno pues el perjuicio que dicha situación provoca en el menor puede ser irreparable. Esta reflexión debe protagonizar la interpretación del Convenio y creemos que así fue aunque el resultado literal del conjunto del articulado pudiera llevarnos a sospechas.

La correlación entre los arts. 8 (demanda de restitución del menor) y 21 (demanda de solicitud del derecho de visita), 26 *in fine* y 29 apoya en parte nuestra teoría.

Artículo 21. Una demanda que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo del derecho de visita podrá presentarse a las Autoridades centrales de los Estados Contratantes, en la misma forma que la demanda para la restitución del menor.

Art. 26 in fine. (...) Al ordenar la restitución de un menor o al expedir una orden relativa a los derechos de visita conforme a lo dispuesto en el presente Convenio, las autoridades judiciales o administrativas podrán disponer, en su caso, que la persona que trasladó al menor o que impide el ejercicio del derecho de visita pague los gastos necesarios en que haya incurrido el demandante (...)

Artículo 29. El presente Convenio no excluirá que cualquier persona, Institución u Organismo que pretenda que ha habido una infracción del derecho de custodia o de los derechos de visita, en el sentido previsto en los arts. 3 y 21, reclame directamente ante las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, en aplicación o no de las disposiciones del presente Convenio.

10. De otro lado, del art. 7.f) del Convenio, podemos deducir una equiparable competencia de las Autoridades responsables de la aplicación del Convenio en cuanto al derecho de custodia y al derecho de visita. *Artículo 7.º Las Autoridades centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración entre las Autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución voluntaria de los menores y para conseguir el resto de los objetivos del presente Convenio. Deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de un intermediario todas las medidas apropiadas que permitan: (...) f) Incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con objeto de conseguir la restitución del menor; y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita;*

En conclusión, el Convenio debe ser aplicado con la misma fuerza e intensidad tanto en los casos en los que el titular del derecho de custodia no facilita la visita del menor con su otro progenitor ante la situación de riesgo de secuestro en que lo está colocando, como en los casos en los que ya se ha producido el traslado o la retención por el titular del derecho de visita en los que el Convenio provee a la restitución.

Ámbito de aplicación

11. Según el art. 4: *El Convenio se aplicará a todo menor que haya tenido su residencia habitual en un Estado Contratante **inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita.** El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de dieciséis años.* Art. 35: *El presente Convenio sólo se aplicará entre los Estados contratantes en los casos de traslados o retenciones ilícitos ocurridos después de su entrada en vigor entre esos Estados.*

Al hilo del tratamiento de los legitimados para interponer acciones basadas en el Convenio plantearemos la definición de los supuestos de infracción de los derechos de guarda o de visita.

12. Respecto a la prevalencia entre Convenios el art. 34 establece: *El presente Convenio tendrá prioridad en las cuestiones incluidas en su ámbito de aplicación sobre el Convenio de 5 de octubre de 1961, relativo a la Competencia de las autoridades y a la ley aplicable en materia de protección de menores, entre los Estados Parte en ambos Convenios. Por lo demás, el presente Convenio no restringirá que se aplique un instrumento internacional en vigor entre el Estado de origen y el Estado requerido ni que se invoquen otras normas jurídicas del Estado requerido para obtener la restitución de un menor que haya sido trasladado o esté retenido ilícitamente o para organizar el derecho de visita.*

Instrumento de cooperación utilizado

13. El Convenio de la Haya de 1980 como otros de la Conferencia de La Haya, basa su actuación en la cooperación entre Autoridades Centrales designadas específicamente para cumplir los objetivos del Convenio (art. 6) y cuyas funciones se encuentran recogidas en el art. 7. El Convenio prohíbe entrar en cuestiones de fondo relacionadas con el derecho de custodia (art. 19). En este sentido el art. 16 establece que las Autoridades judiciales o administrativas del país donde se encuentre el menor en situación ilegal no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del Convenio para la restitución del menor en virtud de los arts. 12, 13 y 20 o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en aplicación del Convenio.

Ello quiere decir que cuando un menor haya sido trasladado o retenido de manera ilícita por quien no ostenta de hecho o de derecho el derecho de custodia, el Convenio, a través de sus Autoridades Centrales, deberá proceder a la restitución si no hay razones fundadas de denegación. Ahora bien, ello no quiere decir que una vez que se ha cumplido con el objetivo fáctico de restitución,

no se pueda entrar a conocer sobre una demanda de custodia presentada por el sujeto infractor que trata de defender en juicio contradictorio sus derechos, siempre que el supuesto encaje en los criterios de competencia judicial internacional convencionales o autónomos aplicables al caso. En el caso de que recajera sentencia favorable, deberá ser reconocida en el Estado de la residencia habitual del menor para que sea efectiva.

14. Si el supuesto es el contrario, es decir, el titular del derecho de visita solicita por vía convencional (art. 21) el traslado del menor retenido ilícitamente por quien ostenta la custodia, ¿las Autoridades judiciales o administrativas podrán entrar a conocer sobre la cuestión de fondo antes de decidir sobre si procede o no, en este **caso el traslado del menor?**

Siguiendo el criterio preventivo que consideramos defendible para evitar posibles acciones que violenten el interés del menor, las Autoridades judiciales o administrativas deberán valorar si procede o no el traslado del menor con el titular del derecho de visita. En caso afirmativo, deberá proceder al traslado procurando las máximas garantías de protección y posteriormente se podrá aceptar cualquier demanda que trate de buscar una revisión o primer pronunciamiento sobre los derechos cuestionados.

Legitimados para solicitar una acción ante las Autoridades Centrales

15. Las acciones que prevé el Convenio son las de restitución del art. 8 (cuando ha habido un desplazamiento o retención ilícita) y la de organización y garantía del ejercicio del derecho de visita del art. 21 (cuando quien tiene la custodia no pone a disposición al menor para que éste disfrute del derecho de visita con el otro cónyuge).

Los legitimados por tanto serán *los titulares de hecho o de derecho de los derechos de guarda y de visita* cuyo ejercicio se encuentra obstaculizado por un traslado o retención ilícitos. Como decimos, los titulares lo podrán ser por atribución de pleno derecho, en virtud de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el derecho del Estado de la residencia habitual del menor.

16. Ahora bien, esta conclusión, es eso, una conclusión pues el art. 3 olvidó otra vez recoger la casuística del derecho de visita. La literalidad del precepto es la siguiente: *El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, y b) Cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. El derecho de custodia*

mencionado en a) puede resultar, en particular, **bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.**

17. No parece haber recogido como ilegal la retención del menor por el titular del derecho de custodia con infracción del derecho de visita. Pero ello no debe ser más que una incoherencia más del articulado pues difícilmente encontramos explicación a la demanda que podrá presentar el titular del derecho de visita en los mismos términos que la demanda para la restitución del menor tal y como hemos visto en el art. 21 y que volvemos a transcribir: *Una demanda que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo del derecho de visita podrá presentarse a las Autoridades centrales de los Estados Contratantes, en la misma forma que la demanda para la restitución del menor.* Tal demanda deberá estar basada en la ilegalidad de la retención por parte de quien ostenta la custodia.

18. Difícilmente se explica también la actuación de las Autoridades judiciales en este sentido recogidas en el art. 7.f) del Convenio: *Incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con objeto de conseguir la restitución del menor, y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita.*

A todo ello añadimos la remisión que el art. 4 hace a la infracción de los derechos de custodia y visita como supuesto de hecho equiparables de la aplicación del Convenio: *El Convenio se aplicará a todo menor que haya tenido su residencia habitual en un Estado Contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita.*

19. En otros textos internacionales el derecho de visita aparece como parte del conjunto global del derecho de custodia. Así por ejemplo, el art. 1.c) del Convenio de Luxemburgo de 1980 que veremos posteriormente establece: *Por "Resolución relativa a la custodia" se entenderá: Cualquier resolución de una Autoridad, en la medida en que se refiera al cuidado de la persona del menor —incluido el derecho de fijar su residencia— así como el derecho de visita.* Sin embargo, en el Convenio de La Haya de 1980 se optó por diferenciar claramente los dos derechos en el art. 5 pero, en congruencia con los principios que inspiran los derechos de relación transfronteriza entendemos que dichos conceptos deben ser leídos e interpretados en el seno del contexto internacional en el que se insertan y siempre más allá de las nociones propias de cada derecho interno. De aquí que la infracción del derecho de visita debemos deducirla basándonos en los mismos términos que se utiliza en el art. 3 para definir la infracción del derecho de custodia y por tanto terminemos con la conclusión que encabezaba el epígrafe.

20. La determinación de los legitimados no termina aquí. Recientemente se ha abierto el debate sobre el derecho de visita de los abuelos tras la STS de 11 de junio de 1998 cuyos más directos antecedentes se encuentran en las de 7-

4-1994, 11-6-96, 17-9-96 todas del Tribunal Supremo. La base legal en el derecho español la encontramos en el art. 160 del CC redactado según Ley 21/1987, de 11 de noviembre: (...) *No podrán 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.*

21. En el ámbito de la colaboración transfronteriza del Convenio de La Haya de 1980, el análisis se nos plantea en sede del art. 21 que sirve de base a la demanda que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo del derecho de visita que podrá presentarse en la misma forma que la demanda para la restitución del menor. Dicha remisión nos conduce al art. 8 que, como hemos visto, legitima a toda persona, Institución u Organismo que sostenga algún derecho de custodia o de visita.

Siguiendo con la analogía que parece consagrar el Convenio entre ambos procedimientos, según el art. 3.b) *in fine*, el derecho de visita puede resultar, en particular, bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado. Así, unos abuelos españoles residentes en España cuyo nieto, hijo de su hija fallecida, reside en Francia con su padre, quizás podrían basar su demanda de solicitud del derecho de visita en el derecho francés, lugar de residencia del menor, donde existe un reconocimiento del derecho de relación de los abuelos con sus nietos en el art. 371.4 de su Código Civil.

En el ordenamiento español existe en la actualidad una Proposición no de ley del Grupo Parlamentario Popular de 29 de noviembre de 1999 relativa al régimen de visitas de los abuelos para con los nietos, en los casos de ruptura matrimonial (BOCG del Congreso de los Diputados, serie D, 7 de Diciembre de 1999, núm. 516) cuyo estudio posponemos a posteriores números de esta revista.

B) 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

1. Fuentes de información y estudio para la aplicación del Convenio

22. • El texto oficial del Convenio está contenido en el BOE núm. 210, de 1 de septiembre de 1984; retirada de las reservas de los arts. 8 y 9 en BOE de 17-10-1995; retirada de reserva del art. 12 en BOE de 3-4-1991, con efecto de 5 de febrero de 1991.

• El texto del Convenio así como su Informe explicativo, doctrina, estado de ratificaciones y Autoridades Centrales se puede encontrar en las páginas web del Consejo de Europa <http://www.coe.fr/index.asp>.

• Estados parte del Convenio: **comunes** con El Convenio de la Conferencia de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980: *Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Grecia, Irlanda, Islandia, Italia, Luxemburgo, Malta, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Suecia, Suiza*. Estados parte **que no lo son** del El Convenio de la Conferencia de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980: *Liechtenstein*.

• Sobre las reservas y declaraciones formuladas por los Estados partes del Convenio *vid.* la página web del Consejo de Europa <http://www.coe> o el BOE en el que se publicó la ratificación de cada Estado cuya referencia se encuentra en nuestra crónica publicada en esta revista (Mapa jurídico y comunitario...) en el número de 6 de enero de 2000, pp. 233 y ss.

• Una guía de aplicación del Convenio así como formularios, se puede encontrar en las páginas WEB del Ministerio de Justicia http://www.mju.es/g_sust_menores.htm.

2. Algunos puntos claves del Convenio

Objetivos del Convenio

23. De un lado, hacer respetar los derechos de custodia y de visita reconocidos por una autoridad judicial o administrativa de un Estado parte en los demás Estados partes mediante un eficaz y rápido procedimiento (art. 14), no exigiéndose legalizaciones ni otras formalidades análogas (art.16). Por otro lado, procurar el restablecimiento de la custodia de los hijos menores cuando ésta haya sido arbitrariamente interrumpida mediante el traslado ilícito del menor a través de una frontera internacional infringiendo una resolución de custodia (arts. 8, 9 y 10). Y, finalmente, resolver sobre el derecho de visita, a petición de la persona que invoque ese derecho, en el caso en que no haya habido pronunciamiento alguno al respecto en la resolución o se deniegue el reconocimiento o la ejecución de la resolución relativa a la custodia (art. 11.3).

Ámbito de aplicación

24. Según su art. 1.º a) *Se entenderá por menor: Una persona, cualquiera que sea su nacionalidad, siempre que su edad sea inferior a los dieciséis años y que no tenga derecho a fijar su residencia, según la ley de su residencia habitual o de su nacionalidad o según la legislación interna del Estado requerido.*

25. En los casos de traslados ilícitos de un menor [definidos en el art. 1 d)], el Convenio se aplicará tanto cuando exista resolución ejecutoria [de jurisdicción contenciosa o voluntaria e incluso cuando fuera objeto de un recurso

ordinario art. 10.2.a)] en cuanto a la custodia de un menor dictada por las Autoridades judiciales o administrativas en un Estado contratante antes de producirse el traslado (art. 1.b) como cuando recaiga posteriormente y declare ilícito dicho traslado (art. 12).

26. Respecto a la prevalencia entre Convenios, el Convenio de Luxemburgo de 1980 establece:

Artículo 19. El presente Convenio no constituirá impedimento para invocar otro instrumento internacional que vincule al Estado de origen con el Estado requerido, o el derecho del Estado requerido, no derivado de un convenio internacional, para obtener el reconocimiento o la ejecución de una resolución.

Artículo 20. 1. El presente Convenio no afectará a los compromisos que un Estado contratante pueda tener contraídos con respecto a un Estado no contratante en virtud de un instrumento internacional que trate de materias regidas por el presente Convenio.

2. En el caso de que dos o más Estados contratantes hayan ya establecido o establezcan más adelante una legislación uniforme, por lo que respecta a la custodia de menores o algún sistema particular de reconocimiento o de ejecución de las resoluciones dictadas en la materia, estarán facultados para aplicar entre ellos dicha legislación, o dicho sistema, en lugar del presente Convenio o de cualquier parte del mismo. Para beneficiarse de la presente disposición, dichos Estados, notificarán su decisión al Secretario General del Consejo de Europa. Habrán de notificar igualmente cualquier modificación o revocación de la misma.

Este Convenio prevalece respecto a los Convenios hispano-alemán de 1983 (art. 23.1), hispano-austriaco de 1984 (art. 19.1) e hispano-francés de 1969 (art. 19). Mediante la aplicación de los principios generales de interpretación de los tratados internacionales (regla de la eficacia máxima, de la materia especial y subsidiariamente la regla del tratado posterior), la doctrina ha considerado también la prevalencia del Convenio de Luxemburgo de 1980 sobre los convenios hispano-suizo de 1986 e hispano-italiano de 1973, textos que mencionamos más adelante. Esta prevalencia durará hasta que entre en vigor el Reglamento del Consejo 1347/2000, de 29 de mayo (DOCE L 160/19, de 30 de junio de 2000) que lo hará con todos los Estados comunitarios a excepción de Dinamarca.

Instrumento de cooperación utilizado

27. Los instrumentos que se han utilizado para conseguir los objetivos propuestos han sido: A) La unificación de medidas destinadas a facilitar el reconocimiento y ejecución de resoluciones relativas a la custodia de menores dentro de la cual se encuentra integrado el derecho de visita de los Estados parte [arts. 1.c), 7 y 11] así como medidas destinadas a resolver sobre el derecho de visita, a petición de la persona que invoque ese derecho, en el caso en que no

haya habido resolución alguna al respecto o se deniegue el reconocimiento o la ejecución de la resolución relativa a la custodia (art. 11.3). B) La cooperación entre Autoridades Centrales incluyendo medidas destinadas a fomentar la cooperación judicial entre las mismas (arts. 2 y ss., especialmente arts. 5 y 6) y C) En general, la cooperación entre las Autoridades a través de medidas destinadas al restablecimiento de la custodia de los menores cuando esta custodia haya sido arbitrariamente interrumpida (arts. 8 a 10).

28. La colaboración, materializada en el reconocimiento y ejecución de resoluciones y en la restitución del menor en los casos que proceda, está sometida a determinadas condiciones. Los arts. 7 a 11 recogen los supuestos de reconocimiento y ejecución de resoluciones cuando haya o no habido traslado del menor sin derecho, pues, en el seno de este Convenio, no parece que podamos deducir una solicitud de restitución que no esté basada en el reconocimiento de una resolución judicial en las normas de los arts. 13 y ss. comprobamos que el Convenio sólo contempla un procedimiento, el de reconocimiento, supuesto, este último, que sí está incluido en el Convenio de la Haya de 1980.

29. El art. 8 se redacta en positivo. Es decir, se procederá al reconocimiento automático y en su caso al traslado inmediato: a) cuando el menor y sus padres tengan la nacionalidad del Estado cuyas Autoridades dictaron la resolución judicial y en dicho Estado tenga su residencia el menor *cuando se dictó dicha resolución o cuando se produjo el traslado* en el caso de que la resolución hubiera sido posterior. Estas circunstancias no serán de aplicación en los casos en los que existiera algún acuerdo homologado por autoridad competente (art. 8.3) en los que se tendrá en cuenta el requisito del apartado b) del art. 8.1, es decir, que se haya presentado la solicitud de restitución antes de transcurrir los seis primeros meses a partir del traslado sin derecho. Seguidamente el art. 9 se redacta en negativo. Recoge los supuestos de denegación del reconocimiento en los casos en que se hubiera presentado una solicitud dentro del plazo de seis meses a partir del traslado (art. 9.1) o dentro del mismo plazo a partir del desplazamiento sin derecho si no se hubiera dirigido solicitud en los primeros seis meses a partir del traslado (art. 9.2). Cumplimentados los requisitos de plazos, el art. 9 establece los supuestos de denegación para los casos en los que la sentencia se hubiera dictado en ausencia del demandado y que se concretan principalmente en el control de competencia del tribunal de origen y aquellos otros casos en que existiera una resolución ejecutoria incompatible en el Estado requerido con la que se pretende reconocer dictada con anterioridad al traslado ilícito.

Finalmente, el art. 10 trata de establecer el cajón de sastre de todos aquellos supuestos que no estén comprendidos en los casos anteriores a los que, a las causas de denegación anteriormente descritas, se le añaden otras fundadas en los principios fundamentales del derecho del Estado requerido, vínculos más estrechos con el Estado requerido y en definitiva en interés del menor.

Legitimados para solicitar una acción ante las Autoridades Centrales

30. Estarán legitimados: 1.º) Cualquier persona que pretenda hacer efectiva una resolución obtenida en un Estado contratante antes del traslado ilícito del menor relativa a su custodia (*entendiendo por tal cualquier resolución de una Autoridad, en la medida en que se refiera al cuidado de la persona del menor —incluido el derecho de fijar su residencia—, así como al derecho de visita [art. 1.c)]* mediante el reconocimiento o la ejecución de la misma en otro Estado contratante (arts. 4.1 y 11.1). 2.º) Cualquier persona que invoque un derecho de visita cuando no haya habido resolución que resuelva sobre ese extremo o habiendo resuelto haya sido denegado el reconocimiento o la ejecución de la misma. 3.º) Cualquier persona que tras el traslado del menor obtenga una resolución relativa a su custodia y que declare el traslado ilícito, siempre que no existiera resolución ejecutoria alguna anterior al traslado (art. 12)

31. Se considerará traslado ilícito: 1.º) El traslado de un menor a través de una frontera internacional, con infracción de una resolución relativa a su custodia dictada en un Estado contratante y ejecutoria en dicho Estado. 2.º) El no regreso de un menor al finalizar el ejercicio del derecho de visita. 3.º) El traslado que se declare ilícito por una resolución ulterior al traslado del menor en el sentido del art. 12 [art.1.d)]. España tuvo reservado este artículo hasta que se produjo su retirada con efecto desde el 5-2-1991 (BOE de 3-4-1991).

C) Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derechos de custodia y derecho de visita y devolución de menores, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997

1. Fuentes de información y estudio para la aplicación del Convenio

32. • El texto oficial del Convenio está contenido en los BBOOE núm. 150, de 24 de junio de 1997 y núm. 151, de 24 de junio de 1999.

• Una guía de aplicación del Convenio así como formularios, se puede encontrar en las páginas WEB del Ministerio de Justicia http://www.mju.es/g_sust_menores.htm

2. Algunos puntos claves del Convenio

Objetivos del Convenio

33. Los objetivos del Convenio recogidos en su art. 1 aúnan los que hemos visto en el Convenio de La Haya de 1980 y en el Convenio de Luxemburgo de 1980: *Art. 1. a) garantizar la devolución de los menores desplaza-*

dos o retenidos, ilegalmente, a uno de los dos Estados contratantes. b) Hacer que se reconozcan y ejecuten las resoluciones judiciales relativas a la custodia y al derecho de visita, dictadas en uno de los dos Estados contratantes en el territorio del otro. c) Favorecer el libre ejercicio del derecho de visita en territorio de ambos Estados.

Tras el estudio combinado del conjunto del Convenio sobre su ámbito de aplicación, los resultados de la aplicación del derecho material marroquí y los supuestos de denegación de la colaboración interestatal, podemos concluir que es un Convenio perfectamente preparado y orquestado para que las Autoridades marroquíes respeten la voluntad de la ley española y de las Autoridades españolas en cualquier supuesto cuyas vinculaciones personales sean exclusivamente españolas y que las Autoridades españolas respeten la ley marroquí y las decisiones de las Autoridades marroquíes respecto a las situaciones mixtas y conectadas personalmente con el derecho marroquí exclusivamente.

Ámbito de aplicación

34. El Convenio establece el límite protector en los 16 años, siempre que el menor no esté emancipado, y tenga la nacionalidad de uno de los dos Estados (art. 2). ¿Quiere ello decir que el Convenio no se aplica al reconocimiento y ejecución de una sentencia que resuelva sobre la custodia o la visita de un menor de 17 años no emancipado? Creemos que no. El límite de edad, al igual que en el Convenio de Luxemburgo de 1980, se unifica a efectos de las acciones de restitución de un menor o del ejercicio del derecho de visita y no a efectos de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras.

35. Las Autoridades de cada país deberán decidir en interés del menor sin tener en cuenta ninguna restricción derivada del derecho interno (art. 9.3.º) De aquí que no podrían alegarse los límites establecidos en el ordenamiento marroquí para el derecho de guarda comprendidos hasta los 12 años para el niño y 15 para la niña (art. 102 del Dahir de 10 de septiembre de 1993), edad a partir de la cual el niño tiene la opción de residir con quien quiera, el padre, la madre o los familiares contemplados en el art. 99 del Estatuto personal marroquí. Ello siempre que entendamos aplicable la prohibición de alegar el derecho interno en el ámbito completo del convenio y no tan sólo en el seno del art. 9 cuyo supuesto de hecho es el de un trasladado cuya solicitud de devolución se presenta una vez transcurridos seis meses.

36. En su art. 12 delimita el ámbito material del Convenio. Así, en los casos en los que el reconocimiento y ejecución de resoluciones conste de varias disposiciones sólo quedará comprendida la parte de dicha resolución que se refiera a los derechos de custodia y de visita y sus modalidades de ejercicio, las demás materias quedarán comprendidas en el Convenio de cooperación judicial, en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el

Reino de Marruecos, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997 (BBOOE núm. 151, de 25 de junio de 1997 y 151 de 25 de junio de 1999).

37. Si a partir del art. 7 intentamos hacer una deducción de los supuestos de devolución del menor trasladado sin consentimiento comprobamos la limitación del ámbito de aplicación de los objetivos del Convenio, pues para que el desplazamiento del menor se considere ilegal y por tanto se ordene la devolución inmediata debe existir: Una resolución judicial dictada en el territorio del Estado requirente y que en el momento de la presentación de **la solicitud** de devolución del menor éste tuviera allí su residencia habitual y el menor y sus padres, en el momento del desplazamiento tuvieran únicamente la nacionalidad de dicho Estado [art. 7.1.a)].

Es decir, padres e hijo españoles, hijo con residencia habitual en España y resolución dictada por tribunal español. Ocurriendo posteriormente un desplazamiento de uno de ellos a Marruecos con el menor violando dicha resolución judicial. En este caso las autoridades marroquíes devolverán sin problemas a un menor español integrado en una familia exclusivamente española. Para llegar a esta conclusión es necesario que interpretemos que la alteración por parte del infractor de la ubicación física del menor no conlleva cambio automático de residencia, pues sino difícilmente en el momento de la solicitud de devolución del menor éste podrá tener su residencia efectiva en el Estado requirente. A este resultado llegamos tras la tortuosa interpretación del art. 11.d) *in fine* del Convenio bilateral, que se asemeja a las previsiones del Convenio de Luxemburgo de 1980 [art. 10.1.b)].

Segundo caso: padres y menor marroquíes y menor con residencia en Marruecos y resolución dictada por tribunal marroquí, ocurriendo posteriormente un desplazamiento a España de uno de ellos (normalmente de la madre) con el menor violando dicha resolución marroquí. Según el Convenio las Autoridades españolas estarán obligadas, sin posibilidad de excepción que se contemple, a devolver al menor a Marruecos en cumplimiento de la sentencia que, como veremos posteriormente otorgará la custodia al padre y por tanto el derecho a decidir la residencia del hijo. Se trata de otro caso de familia integrada exclusivamente en un solo círculo jurídico, en este caso el marroquí.

38. El segundo caso de traslado ilícito y por tanto de devolución inmediata se produce cuando, sin mediar resolución judicial, el traslado violara un derecho de custodia atribuido, exclusivamente al padre o a la madre, por el derecho del Estado del que fuera nacional [art. 7.1.b)] ¿quién, el padre la madre o el menor?

En el derecho español, sólo se producirá la atribución exclusiva de la custodia a uno de los progenitores cuando sólo uno de ellos sea conocido, pues en los demás casos deberá existir una resolución judicial que lo decida. Respecto al derecho marroquí y tras la modificación producida por el Dahir de 1993, quedaron reformados los capítulos III y IV del Código del Estatuto personal dedica-

dos a la *hadana* (guarda del menor) y a la *wilaya* (representación legal o tutela legal). En su art. 97 se define la guarda como la obligación de preservar al niño, en la medida de lo posible, de lo que puede perjudicarle de criarlo y velar por sus intereses.

En el art. 98 se establecen las condiciones de aptitud para poder asumir la guarda y entre ellas se exige que sea capaz de criar al niño y poder salvaguardar su salud y **educación moral** donde se incluye en la práctica la transmisión de los principios de la religión islámica.

En el art. 99 se establece un principio de igualdad respecto al padre y a la madre en cuanto al derecho de guarda mientras queden unidos por matrimonio. En caso de disolución, la guarda del hijo es confiada con prioridad a la madre (siempre que ésta reúna las condiciones de aptitud que vimos anteriormente) y después al padre, etc. En el párrafo segundo, se le atribuye al tutor testimonial (que según el art. 148, es la persona designada por el padre o por un precedente tutor testimonial) la prioridad sobre todos los designados en lo que concierne a la guarda de un niño del sexo masculino o de una niña de corta edad y en el caso de una adolescente, siempre que esté casado, sea digno de confianza y ostente un grado de parentesco que le prohíba contraer matrimonio con ella.

En cuanto afecta a la *wilaya*, el art. 147 del Estatuto personal establece que: *la representación legal de la incapacidad es asegurada por la tutela legal, la tutela testimonial o la tutela dativa.*

Posteriormente el art. 148 establece *que la representación legal corresponde al padre y en segundo lugar a la madre en caso de la muerte del padre o de su incapacidad, aunque en este caso se especifica que la madre no podrá ceder las posesiones sin la autorización del juez.* En el orden de sucesión de la representación legal le sigue el tutor testimonial elegido por el padre o el precedente tutor testimonial, el Juez o el tutor dativo que es aquella persona nombrada por el juez.

De este cúmulo de circunstancias jurídicas aplicables al caso por las autoridades marroquíes, difícilmente se desprenderá la atribución de un derecho de guarda a la madre española, por tanto, el caso planteado *supra* es el típico caso de matrimonio mixto (padre marroquí y madre española), residente en Marruecos que se divorcian y la madre se viene con el hijo a España.

A las Autoridades españolas les obliga el Convenio a la devolución del menor pues el ordenamiento de uno de ellos atribuye exclusivamente el derecho de custodia al padre.

Otro caso: Madre española y padre marroquí casados y residentes en España. El padre se traslada a Marruecos con el menor y las Autoridades marroquíes no estarán obligadas a la devolución del menor por las mismas razones apuntadas *supra*.

39. Posteriormente, el art. 8 incluye un párrafo 2 del siguiente tenor literal: *No obstante, la Autoridad judicial no estará obligada a ordenar la devolución cuando: a) El menor sea nacional, exclusivamente, del Estado requerido y, según la ley interna de ese Estado, el padre con el que se encuentra el menor sea el único titular de pleno derecho de la patria potestad. ¿De qué color es el caballo blanco de Santiago?*

Para que el menor sea exclusivamente nacional del Estado requerido necesariamente sus progenitores tienen que tener la misma nacionalidad ya que ambos ordenamientos aplican el criterio del *ius sanguinis* y dicha nacionalidad tiene que ser la marroquí para que según la ley interna de dicho Estado el padre sea el único titular de la patria potestad. Por tanto, la Autoridad Central marroquí no estará obligada a devolver al menor retenido por su padre en Marruecos a su madre también marroquí que reside en España, por un criterio de dudosa constitucionalidad.

El segundo caso en el que las Autoridades Centrales tampoco estarán obligadas a la devolución del menor se produce cuando se alegue una resolución ejecutiva relativa a la custodia en el territorio del Estado requerido con anterioridad al desplazamiento (art. 8.2).

40. En conclusión, no encontramos supuesto alguno en el que poder fundamentar la devolución inmediata del menor desplazado por su padre marroquí a Marruecos en contra de la voluntad de su madre española a menos que el desplazamiento infrinja un acuerdo concertado entre las partes implicadas, refrendado por una Autoridad judicial de uno de los dos Estados contratantes [art. 7.c)], supuestos, cuanto menos, infrecuente en este tipo de relaciones mixtas por no decir inexistente.

41. Respecto a la prevalencia entre Convenios, hemos de decir que España no es parte en ningún Convenio internacional sobre estas materias en el que también lo sea Marruecos. Si en el futuro llegaran a serlo de algún otro Convenio multilateral, seguirá prevaleciendo el bilateral a menos que las partes decidieran lo contrario y el Convenio multilateral lo permitiera.

Instrumento de cooperación utilizado

42. Como hemos visto el Convenio aúna los instrumentos de los otros dos Convenios multilaterales antes mencionados. 1. Cooperación entre Autoridades Centrales (Ministerios de Justicia) designadas al efecto con funciones similares a las previstas por el Convenio de La Haya de 1980. 2. Cooperación entre autoridades judiciales a efectos del reconocimiento de la sentencia extranjera similar a la prevista en el Convenio de Luxemburgo de 1980, con ejercicio de control de la competencia del tribunal de origen en algunos casos [art. 11.b)]. Establece como novedad la creación de una **comisión mixta consultiva**, con el fin de facilitar la solución de los casos que se planteen en la aplicación del Convenio (art. 5).

43. La protección del derecho de visita como medida preventiva del traslado ilícito o, podríamos decir mejor, del traslado no consentido, la vemos claramente reflejada en el art. 13.3.a) en el que se dice que: *La Autoridad Central, actuando directamente o por mediación del Ministerio Público o del Abogado del Estado: a) Adoptará o hará tomar todas las medidas adecuadas para salvar, en la medida de lo posible, los obstáculos que se opongan al cumplimiento pacífico del derecho de visita.*

En este sentido el Convenio prevé la posibilidad de acudir a la jurisdicción competente para que organice y proteja el derecho de visita o para que resuelva al respecto cuando la resolución que se haya reconocido no se hubiera pronunciado o habiéndose pronunciado no se hubiera reconocido [art. 13.3.b) y c)]. Se nos plantea otra duda: ¿la competencia se determina según las normas de competencia indirecta del convenio o según las normas de competencia judicial internacional de cada ordenamiento autónomo? Creemos que debemos optar por esta última solución, pues el texto del convenio ha asumido los criterios de competencia propios del derecho marroquí que desde nuestro punto de vista no son asumibles por parte del ordenamiento español. De aquí que cuando la solicitud esté dirigida a la Autoridad Central española, el concepto jurisdicción competente deberá ser determinado según las normas de competencia judicial establecidas en el Convenio de La Haya de 1961 o de la LOPJ cuando el texto internacional no sea de aplicación.

Éstos son, algunos de los problemas que se derivan de la ausencia de criterios unificados de competencia judicial internacional que coadyuvarán a la consecución de una respuesta armónica en materia de reconocimiento, pues cada autoridad judicial aplicará sus criterios de competencia quizás distintos a los del domicilio del demandado o de la nacionalidad común de los padres, supuestos en los cuales se podrá denegar el reconocimiento si la sentencia es dictada en ausencia del demandado [art. 11.b)]. Así, si la madre española residente en España, interpusiera ante las Autoridades españolas una acción de reconocimiento de la custodia del menor, residente en España contra el padre residente en Marruecos en virtud de la conexión residencia del menor consagrada en el Convenio de La Haya de 1961 aplicable al caso como veremos posteriormente, el demandado aconsejado por su abogado no se personará para posteriormente alegar la denegación del reconocimiento ante un posible secuestro.

44. Quizás y respecto a nuestras relaciones con Marruecos, hubiera sido más efectiva la ratificación por España del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 concerniente a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parenteral y medidas de protección de los menores que veremos posteriormente y del que Marruecos pasó a formar parte como primer Estado miembro, cuidándose de derogar el bilateral en todos los aspectos cubiertos por el de La Haya y modificarlo en los supuestos en los que se produzcan traslados o retenciones sin dere-

cho sin mediar resolución judicial. En conclusión, podemos decir que estamos ante un texto internacional en el que España se comprometió sin el profundo estudio que ello hubiera requerido y que en alguna medida nace de espaldas al Acuerdo Euromediterráneo en el que España es parte por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte y el Reino de Marruecos, por otra (DOCE L 70/3, de 18 de marzo de 2000) en cuyo art. 2 establece: *El respeto de los principios democráticos y de los Derechos Humanos fundamentales, tal como se enuncian en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, inspira las políticas interiores y exteriores de la Comunidad y de Marruecos y constituye un elemento esencial del presente Acuerdo.*

Legitimados para solicitar una acción en virtud del Convenio

45. La acción de devolución la podrá solicitar quien alegue un desplazamiento ilegal producido con violación de una resolución judicial del Estado requirente, o de un derecho de custodia atribuido, exclusivamente al padre o a la madre, por el Estado del que fuera nacional o cuando infrinja un acuerdo entre las partes refrendado por una Autoridad judicial de uno de los Estados contratantes (art. 7). Asimismo, el art. 14 dispone que podrán presentar una solicitud de exequátur el Ministerio Público o el Abogado del Estado.

D) 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

1. Fuentes de información y estudio para la aplicación del Convenio

45. • El texto oficial del Convenio está contenido en el BOE núm. 199, de 20 de agosto de 1987.

• El texto del Convenio así como su Informe explicativo, doctrina, estado de ratificaciones y Autoridades Centrales se puede encontrar en las páginas web de la Conferencia de La Haya <http://www.hcch.net>.

Estados parte del Convenio: **comunes** con El Convenio de Luxemburgo sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia: *Alemania, Austria, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Portugal, Suiza*. Estados parte **que no lo son** del Convenio de Luxemburgo sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia: China (Región administrativa especial de Macao solamente, Turquía).

• Respecto a los problemas de traducción al castellano del Convenio, resulta interesante la consulta de la monografía de Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS y Alegría BORRÁS “Recopilación de los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional privado (1951-1993), Madrid 1996.

2. Algunos puntos claves del Convenio

Objetivos del Convenio

46. El objetivo del Convenio es establecer un difícil equilibrio entre la competencia judicial internacional y la ley aplicable del Estado de la residencia habitual del menor y de su nacionalidad a la hora de adoptar medidas encaminadas a proteger a la persona y los bienes del menor tratando de conseguir la continuidad de las medidas adoptadas en cada uno de los dos Estados mediante mecanismos de reconocimiento de decisiones y de la relación de autoridad que resulta de la ley nacional (art. 3).

Ámbito de aplicación

47. Este Convenio no establece un concepto material de “menor” ya que quedará determinado tanto según la ley interna de su nacionalidad como según la ley interna de su residencia habitual (art. 12). El Convenio se aplicará a los menores que tengan su residencia habitual en uno de los Estados contratantes.

Este Convenio se aplica a todos los menores de edad según su ley nacional y según la ley de su residencia que sean residentes en España independientemente de su nacionalidad.

48. En los casos excluidos y hasta marzo de 2001 que entre en vigor el Reglamento del Consejo de 2000 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las Decisiones en materia matrimonial y de la responsabilidad parenteral de los hijos comunes (DOCE L 160/19, de 30 de junio de 2000) y, en los casos en los que no sea de aplicación el Reglamento, hasta que España ratifique el 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, **la competencia** de los tribunales españoles, además de por los foros generales del art. 22.2 de la LOPJ se determinará por los foros especiales de los arts. 22.3 y 22.5 de la LOPJ:

Los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes art. 22.3 (...) *en materia de filiación y relaciones paterno-filiales, cuando el hijo tenga su residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España.* (...) 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. Y el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones extranjeras se regirán por los tratados multilaterales y bilaterales en vigor para España que además contienen preceptos de control de la competencia del tribunal de origen de la decisión o por los arts. 951 y ss. de la LEC actualmente vigente hasta que se apruebe y entre en vigor la anunciada ley de cooperación jurídica internacional.

49. Finalmente, en cuanto **a la ley aplicable** y para los casos excluidos a que hacíamos referencia, se aplicará el art. 9.4 que regula las relaciones paterno-filiales o el art. 107 del CC que regula los procesos de nulidad, separación o divorcio. La disyuntiva entre aplicar el art. 9.4 o el art. 107 debe resolverse siempre siguiendo el criterio del interés del menor. La elaboración de una respuesta material basada en elementos normativos de diferentes ordenamientos jurídicos la vemos reflejada en el, aún no ratificado por España, Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, en cuyo art. 15.2 incluye la posibilidad excepcional de aplicar o tomar en consideración la ley de un Estado distinto a la ley interna de la autoridad competente, siempre que presente vínculos estrechos con la relación.

Instrumento de cooperación utilizado

50. El instrumento de cooperación utilizado es el de la unificación de los criterios de competencia judicial internacional y de la ley aplicable en los Estados contratantes a las medidas de protección de los menores. Además introduce el instrumento del reconocimiento de medidas *no ejecutorias* dictadas por otros Estados parte.

Establece como foro prioritario el del lugar de la residencia habitual del menor (será el foro determinante en los casos de peligro, art. 8) por ser el más próximo y más eficaz respecto a las medidas que lleguen a ser adoptadas, siendo aplicable su normativa material interna (arts. 1 y 2). Sin embargo, establece una serie de fórmulas de cooperación, comunicación y respeto con las Autoridades de la nacionalidad del menor (arts. 3, 4, 5, 6 y 13) en aras al respeto de su identidad cultural, según se interpreta la doctrina aunque con serios problemas de operatividad y sin que podamos informar de una práctica positiva al respecto. En cuanto a las competencias atribuidas a las Autoridades de la nacionalidad del menor se refieren a nacionalidad de Estados contratantes (art. 13).

51. A partir de la retirada de la reserva española hecha al art. 15, las Autoridades competentes para conocer de la nulidad, separación o divorcio a tenor de los foros de competencia judicial internacional arbitrados para estas materias, no serán competentes para pronunciarse sobre los derechos de guarda y de visita si su competencia no viene atribuida por los foros establecidos en el convenio. Así, en la actualidad y hasta marzo de 2001 que entre en vigor *el Reglamento comunitario de 2000* mencionado, en España serán de aplicación los criterios de competencia contenidos en los arts. 22.2 (domicilio del deman-

dado en España o sometimiento a los tribunales españoles) y 22.3 de la LOPJ que establecen la competencia de los Tribunales españoles *cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, así como cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española, cualquiera que sea su lugar de residencia, siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro*. De aquí que cuando el tribunal español conozca en virtud de alguno de estos foros y no coincida con los previsto en el Convenio de 1961 no deberá entrar a conocer sobre los derechos de guarda y visita.

52. No contiene normas eficaces en materia de traslado o retención ilícita del menor. Cuando el menor es trasladado de su residencia habitual a otro Estado contratante del Convenio, las Autoridades del nuevo Estado deberán respetar las medidas adoptadas hasta que sean suspendidas o sustituidas por el Estado de la nueva residencia (art. 5). Desde nuestro punto de vista, las Autoridades de la nueva residencia no podrán ser competentes hasta que no se den los requisitos de permanencia estable, arraigo en un entorno social, familiar y escolar propios del concepto "*residencia habitual*" que inspira a todos los Convenios relacionados con el menor que utilizan esta conexión.

53. Las medidas adoptadas en cualquier Estado contratante serán reconocidas en todos los demás Estados contratantes (art.7). Sin embargo esta regla general se convierte en excepción al establecer que en los casos en los que las medidas adoptadas por un Estado contratante lleven aparejadas ejecución, serán aplicables las normas internas o convencionales que, en el caso de España veremos posteriormente.

Legitimados para solicitar una medida protectora.

53. Cualquier persona legitimada según la ley de la residencia habitual o de la nacionalidad del menor.

En el caso de que fuera España el lugar de residencia del menor, las Autoridades españolas serán competentes para adoptar las medidas protectoras de la persona y de los bienes según la ley española. Esta ley determinará las condiciones para el establecimiento, modificación y cesación de dichas medidas. Por dicha ley se regirán también los efectos de esas medidas, tanto en lo que concierne a las relaciones entre el menor y las personas o instituciones a cuyo cargo esté, como respecto a terceros (art. 2).

Junto con este papel prioritario que se le concede a las Autoridades y a la ley de la residencia habitual del menor, aparecen las Autoridades y a la ley de la nacionalidad con las mismas competencias. Dichas Autoridades actuarán con dos condiciones; cuando lo exija el interés del menor y previa notificación a las Autoridades de la residencia habitual (art. 4).

III. CONVENIOS INTERNACIONALES EN VIGOR QUE INCLUYEN MATERIAS DE DERECHO DE FAMILIA

54. Seguidamente vamos a exponer la relación de convenios de cooperación judicial de carácter general que incluyen en su ámbito de aplicación materias relacionadas con el derecho de familia y su relación de prevalencia con otros Tratados internacionales. Al hilo de cada Convenio se especifica: 1.º) Si el Estado en cuestión ha ratificado o no el Convenio de La Haya de 1980 que como sabemos ya, es de aplicación para tomar medidas urgentes de restitución en caso de traslados ilícitos o medidas urgentes para hacer efectivo el derecho de visita (para quien comparta esta interpretación) haya o no resolución judicial o administrativa que declare el derecho. 2.º) En los casos en que dicho Estado haya ratificado también el Convenio de La Haya de 1961 *sobre Competencia y ley aplicable en materia de protección de menores* o el Convenio de Luxemburgo de 1980 *sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y, así como al restablecimiento den dicha custodia*, cual de entre ellos prevalece. 3.º) Finalmente, en los casos de que se trate de Estados a los que le será de aplicación el Reglamento del Consejo de 2000 *relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las Decisiones en materia matrimonial y de la responsabilidad parenteral de los hijos comunes* (todos los Estados comunitarios a excepción de Dinamarca) que entrará en vigor el 1 de marzo de 2001, se establece el orden de prevalencia respecto a los dos Convenios anteriores teniendo en cuenta la especial relación que el mencionado Reglamento con el Convenio de La Haya de 1980 establece en su art. 4: *Los órganos jurisdiccionales competentes con arreglo al art. 3 ejercerán su competencia de conformidad con lo dispuesto en el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, y en particular en sus arts. 3 y 16*. De aquí que se mantenga el criterio atributivo de competencia basado en la residencia habitual lícita cuando, como consecuencia del desplazamiento o retención sin motivo lícito, se ha producido una modificación de hecho de la residencia habitual.

1. Convenio entre España y Francia sobre reconocimiento de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas en materia civil y mercantil, firmado en París el 28 de mayo de 1969 (**BOE núm. 63, de 14 de marzo de 1970**). *Francia ha ratificado el Convenio de la Haya de 1980. Sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras prevalece el Convenio de La Haya de 1961 y de Luxemburgo de 1980 hasta que entre en vigor el Reglamento del Consejo de 2000.*

2. **Convenio entre España e Italia sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias** en materia civil y mercantil, firmado en Madrid el 22 de mayo de 1973 (**BOE 273, de 15 de noviembre de 1977**) *Italia ha ratificado el Convenio de la Haya de 1980. Sobre compe-*

tencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras prevalece el Convenio de La Haya de 1961 y de Luxemburgo de 1980 hasta que entre en vigor el Reglamento del Consejo de 2000.

3. Convenio entre España y la República Federal de Alemania, hecho en Boon el 14 de noviembre de 1983 (**BBOOE núms. 40 y 230, de 16 de febrero de 1988 y 24 de septiembre de 1992**). Alemania ha ratificado el Convenio de la Haya de 1980. *Sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras prevalece el Convenio de La Haya de 1961 y de Luxemburgo de 1980 hasta que entre en vigor el Reglamento del Consejo de 2000.*

4. Convenio entre España y Austria sobre reconocimiento y ejecución recíprocos de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil firmado en Viena el 17 de febrero de 1984 (**BOE núm. 207, de 29 de agosto de 1985**): Austria ha ratificado el Convenio de la Haya de 1980. *Sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras prevalece el Convenio de La Haya de 1961 y de Luxemburgo de 1980 hasta que entre en vigor el Reglamento del Consejo de 2000.*

5. Tratado sobre ejecución de sentencias en materia civil y comercial entre España y Suiza, hecho en Madrid el 10 de noviembre de 1896 (**Gaceta de Madrid de 9 de julio de 1898**). Suiza ha ratificado el Convenio de la Haya de 1980. *Sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras prevalece el Convenio de La Haya de 1961 y de Luxemburgo de 1980.*

6. Convenio entre el Reino de España y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre asistencia judicial en materia civil, hecho en Madrid el 26 de octubre de 1990 (**BOE núm. 151, de 25 de junio de 1997**).

7. Convenio sobre asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles entre España y la República Socialista de Checoslovaquia, hecho en Madrid el 4 de mayo de 1987 (**BBOOE núms. 290 y 22, de 3 de diciembre de 1988 y 26 de enero de 1989**). La República Checa ha ratificado el Convenio de La Haya de 1980.

8. Convenio de cooperación jurídica en materia civil entre el Reino de España y la República de Bulgaria, hecho en Sofía el 23 de mayo de 1993 (**BOE 155, de 30 de junio de 1994**).

9. Tratado entre el Reino de España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil, hecho en Pekín el 2 de mayo de 1992 (**BBOOE núms. 26 y 60, de 31 de enero y 11 de marzo de 1994**). China ha ratificado el Convenio de La Haya de 1980.

10. Convenio entre España y Colombia sobre ejecución de sentencias civiles de 30 de mayo de 1908 (*Gaceta de Madrid núm. 108, de 18 de abril de 1909*).

IV. NORMAS PROCESALES PARA LA APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES

55. Los arts. 1901 y ss. de la LEC redactados según la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, recibieron una calurosa acogida en el momento de su nacimiento y hoy albergan incesantes deseos de reforma que podría estar prevista en el Proyecto de Ley sobre Jurisdicción voluntaria que el Gobierno deberá remitir a las Cortes Generales en enero de 2002 tal y como establece la disposición final decimoctava de la nueva LEC.

56. El art. 1901 tal y como aparece redactado en la actualidad establece: *En los supuestos en que, siendo aplicable un convenio internacional, se pretenda la restitución de un menor que hubiera sido objeto de un traslado o retención ilícita, se procederá de acuerdo con lo previsto en esta Sección.*

Si nos ceñimos a la literalidad del precepto, el procedimiento rápido, sencillo y ágil de los arts. 1902 y ss. de la LEC sólo será de aplicación cuando haya habido un traslado o retención ilícitos que exija restitución, se trate sólo de medidas relativas al retorno de menores y no de reconocimiento de resoluciones extranjeras y el caso se subsuma en un supuesto regulado por un Convenio internacional. Si ello es así, hemos avanzado poco. El principio de legalidad y de seguridad jurídica no puede conllevar la imposición de soluciones legislativas incorrectas e incompletas, sobre todo cuando lesionan precisamente los intereses que las mismas están llamadas a proteger. Hay que leer e interpretar las normas procesales internas a la luz del contenido y de los objetivos de las sustantivas de origen internacional.

57. La ausencia de dedicación parlamentaria al estudio de estos temas que hemos comprobado en los Convenios y que ahora volvemos a comprobar en las normas procesales y sus deficientes resultados no pueden acarrear la imposición del mismo ritmo hermenéutico por parte de los intérpretes y en definitiva por parte del poder judicial. Ante los graves errores legislativos tiene que actuar el juez con una función integradora y armonizadora de resultados. En este sentido, no se puede entender que el titular de un derecho de visita que tiene obstaculizado el ejercicio de su derecho por culpa de otra persona o Institución, no tiene posibilidad de acceder a un procedimiento rápido y sencillo tal y como exigen los Convenios internacionales pues dicha interpretación está comprometiendo la seguridad del menor que pronto será objeto de la intervención violenta del desprotegido titular del derecho de visita.

58. En segundo lugar, cuando el precepto dice ... *siendo aplicable un convenio internacional, se pretenda la restitución de un menor que hubiera*

sido objeto de un traslado o retención ilícita... por Convenio internacional, debemos entender cualquiera que en su ámbito de aplicación no esté excluido el derecho de familia. Así, por ejemplo, el titular de un derecho de visita o de custodia sin desplazamiento del menor que quiera hacer efectivo su derecho en virtud de una sentencia dictada por las autoridades chinas debería poder beneficiarse del procedimiento rápido y abreviado de los arts. 1901 y ss. para poder reconocer su sentencia en virtud del Convenio hispano-chino de 1992 sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil que en virtud del art. 23 remite al ordenamiento interno en materia de procedimiento en vez de seguir el trámite dilatado de los arts. 955 y ss. de la LEC por entender que este convenio no es específico en materia de protección de menores y restitución. Podría ser distinto el caso en el que el titular del derecho no lo reclama con base en ningún Convenio internacional ni específico de protección de menores ni de reconocimiento y ejecución en general, supuesto que trataremos en la segunda de este trabajo.

59. Como venimos diciendo, el procedimiento impone celeridad y sencillez como podemos comprobar:

Artículo 1902. *Será competente el Juez de Primera Instancia en cuya demarcación judicial se halle el menor que ha sido objeto de un traslado o retención ilícitos.*

Podrá promover el procedimiento la persona, institución u organismo que tenga atribuido el derecho de custodia del menor; la autoridad central española encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el correspondiente convenio y, en representación de ésta, la persona que designe dicha autoridad.

Las actuaciones se practicarán con intervención del Ministerio Fiscal y los interesados podrán actuar bajo la dirección de Abogado.

La tramitación del procedimiento tendrá carácter preferente y deberá realizarse en el plazo de seis semanas desde la fecha en que se hubiere solicitado ante el Juez la restitución del menor.

Artículo 1903. *A petición de quien promueva el procedimiento o del Ministerio Fiscal, el Juez podrá adoptar la medida provisional de custodia del menor prevista en la Sección siguiente de esta Ley y cualquier otra medida de aseguramiento que estime pertinente.*

Artículo 1904. *Promovido el expediente mediante la solicitud a la que se acompañará la documentación requerida por el correspondiente convenio internacional, el Juez dictará, en el plazo de veinticuatro horas, resolución en la que se requerirá a la persona que ha sustraído o retiene al menor; con los apercibimientos legales, para que en la fecha que se determine, que no podrá exceder de los tres días siguientes, comparezca en el juzgado con el menor y manifieste:*

a) *Si accede voluntariamente a la restitución del menor a la persona, institución y organismo que es titular del derecho de custodia; o, en otro caso,*

b) *Si se opone a la restitución por existir alguna de las causas establecidas en el correspondiente convenio cuyo texto se acompañará al requerimiento.*

Artículo 1905. *Si no compareciese el requerido, el Juez dispondrá a continuación del procedimiento de su rebeldía citando a los interesados y al Ministerio Fiscal a una comparecencia que tendrá lugar en plazo no superior a los cinco días siguientes y decretará las medidas provisionales que juzgue pertinentes en relación con el menor:*

En la comparecencia se oirá al solicitante y al Ministerio Fiscal y en su caso y separadamente, al menor sobre su restitución. El Juez resolverá por auto dentro de los dos días siguientes a contar desde la fecha de la comparecencia, si procede o no la restitución, teniendo en cuenta el interés del menor y los términos del correspondiente convenio.

Artículo 1906. *Si compareciese el requerido y accediere a la restitución voluntaria del menor, se levantará acta acordando el Juez, mediante auto, la conclusión del procedimiento y la entrega del menor a la persona, institución y organismo titular del derecho de custodia, así como lo procedente en cuanto a costas y gastos.*

Artículo 1907. *Si en la primera comparecencia el requerido formulase oposición a la restitución del menor, al amparo de las causas establecidas en el correspondiente convenio, no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 1817 de esta Ley, ventilándose la oposición ante el mismo Juez por los trámites del juicio verbal. A este fin:*

a) *En el mismo acto de comparecencia serán citados todos los interesados y el Ministerio Fiscal, para que expongan lo que estimen procedente y, en su caso, se practiquen las pruebas, en ulterior comparecencia, que se celebrará de conformidad con lo dispuesto en los artículos 730 y concordantes de esta Ley dentro del plazo improrrogable de los cinco días a contar desde la primera.*

b) *Asimismo, tras la primera comparecencia el Juez oirá, en su caso, separadamente al menor sobre su restitución y podrá recabar los informes que estime pertinentes.*

Artículo 1908. *Celebrada la comparecencia y, en su caso, practicadas las pruebas pertinentes dentro de los seis días posteriores, el Juez dictará auto dentro de los tres días siguientes, resolviendo, en interés del menor y en los términos del convenio, si procede o no su restitución. Contra dicho auto sólo cabrá recurso de apelación en un solo efecto, que deberá resolverse en el improrrogable plazo de veinte días.*

60. El recurso en un solo efecto supone que se puede ejecutar la decisión mientras esté pendiente dicho recurso. Ello conlleva que el menor podrá ser

restituido antes de que se resuelva el recurso pero, si una vez resuelto, éste revoca el auto anterior, el recurrente obtendría una decisión de difícil ejecución, de aquí que en la práctica la posibilidad de recurso tenga un carácter garantista meramente formal. La ejecución provisional de este tipo de resoluciones podrán encontrar solución a partir de enero del 2001 mediante medidas adaptadas al caso concreto tal y como prevé el futuro art. 528 de la nueva LEC o por la futura Ley de Cooperación jurídica internacional en el caso de que la gravedad de estos temas sensibilice a nuestros legisladores y depuren una normativa que necesita de riguroso estudio no sólo jurídico sino interdisciplinar.

61. Finalmente y respecto a los gastos, el **artículo 1909** establece: *Si el Juez resolviese la restitución del menor, en el auto se establecerá que la persona que trasladó o retuvo al menor abone las costas del procedimiento así como los gastos en que haya incurrido el solicitante, incluidos los del viaje y los que ocasione la restitución del menor al Estado de su residencia habitual con anterioridad a la sustracción, que se harán efectivos por los trámites previstos en los artículos 928 y concordantes de esta Ley. En los demás supuestos, se declararán de oficio las costas del procedimiento.*

DERECHO COMPARADO

EL DIVORCIO EN ALEMANIA

ANTONIO APARICIO HACKETT

Abogado

SUMARIO

- I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.
 - II. REGULACIÓN DEL DIVORCIO.
 - III. DENEGACIÓN DEL DIVORCIO EN INTERÉS DE LOS HIJOS O DEL OTRO CÓNYUGE.
 - IV. ASPECTOS PROCESALES.
 - V. EFECTOS DEL DIVORCIO.
 - VI. LA COMUNIDAD DE GANANCIAS.
 - VII. LA COMUNIDAD GENERAL DE BIENES.
 - VIII. SEPARACIÓN DE BIENES.
 - IX. DIVISIÓN DE PENSIONES. PRESTACIÓN COMPENSATORIA.
 - X. COMENTARIOS FINALES.
-

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Con la expansión de la Reforma Protestante, los Estados alemanes fueron dando acogida en sus ordenamientos a la doctrina luterana sobre el matrimonio, según la cual:

- a) El matrimonio *no* es un sacramento; y
- b) El vínculo matrimonial puede disolverse por adulterio ⁽¹⁾ y por *desertio* ⁽²⁾.

Algunos ordenamientos territoriales añadieron luego una nueva causa de divorcio, la *quasidesertio*, de contenido variable, que unas veces se interpretaba como negativa al débito conyugal (*debiti conjugalis denegatio*) y otras veces como destierro, prisión duradera de uno de los cónyuges, u otras circunstancias que hicieran imposible cumplir los fines del matrimonio. En ocasiones, las sevicias o malos tratos también se incluían como *quasidesertio*.

El *Landrecht* prusiano ⁽³⁾ en particular llegó a admitir muchas causas de divorcio, además de las mencionadas: las condenas infamantes y las actividades de uno de los cónyuges que pusieran en peligro la vida, el honor o el patrimonio del otro; la embriaguez; la administración desordenada; la negativa a dar alimentos; ciertas enfermedades venéreas “que causen repugnancia o impidan el cumplimiento de los fines del matrimonio”, y la enfermedad mental prolongada. Para los matrimonios sin hijos bastaba el mutuo disenso e incluso la firme negativa de uno de los cónyuges a seguir conviviendo.

Tras la finalización de la guerra francoprusiana, en 1870, Bismarck impulsó el proceso de unificación legislativa para reforzar la unificación política, oficialmente conseguida a partir del 1 de enero de 1871 (Segundo Reich). Fruto del movimiento codificador fueron: El Código Penal de 1871 (*Reichsstrafgesetzbuch*); los Códigos de Enjuiciamiento Civil (ZPO) y Criminal (StPO), de 1877, y los Códigos de Comercio (HGB) y de la Competencia (KO), de 1879.

(1) Se suele citar, como fundamento del divorcio por adulterio, el siguiente texto del Evangelio de S. Mateo: “Se dijo también: El que despid a su mujer, déle un libelo de repudio. Pero yo os digo: todo el que despid a su mujer, *excepto en asunto de fornicación*, la expone a cometer adulterio; y el que se case con una repudiada comete adulterio” (5,31-32).

(2) El fundamento es el pasaje de la Epístola a los Corintios 1.7,15 de donde arranca también el privilegio paulino del Derecho Canónico; pero interpretando la *desertio* no como conversión religiosa, sino como abandono de hogar.

(3) El Código prusiano (*Das Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten*) data de 1794.

El Código Civil (*Bürgerliches Gesetzbuch* o BGB) fue un producto más tardío. La Comisión encargada de redactar el primer borrador no comenzó los trabajos hasta 1874. Las críticas que suscitó el Proyecto prolongaron las discusiones durante veinte años, tras los cuales se consiguió aprobar un texto definitivo, en 1896⁽⁴⁾, que entró en vigor el 1 de enero de 1900.

El Libro IV del BGB, dedicado al Derecho de Familia (§§1297-1921), ha sufrido considerables reformas, especialmente a partir de la Segunda Guerra mundial, con el propósito de poner la materia en consonancia con los principios constitucionales.

Los artículos de la Constitución (mejor dicho, de la Ley Fundamental o *Grundgesetz*) que principalmente conciernen a la institución matrimonial, son los dos siguientes:

Art. 3: Igualdad ante la ley

- (1) Todas las personas son iguales ante la ley.
- (2) Los hombres y las mujeres tienen iguales derechos.
- (3) Nadie puede ser perjudicado o favorecido por razón de su sexo, nacimiento, raza, lenguaje, origen nacional o social, fe, religión u opiniones políticas.

Art. 6: Matrimonio y Familia, hijos nacidos fuera del matrimonio

- (1) El matrimonio y la familia gozan de una especial protección del Estado.
- (2) El cuidado y educación de los hijos son un derecho natural de los padres y un deber que primordialmente les concierne.
- (3) Los hijos no podrán ser separados de sus familias contra la voluntad de sus progenitores o guardadores, salvo los casos en que con arreglo a las leyes falten a sus obligaciones o exista un peligro de abandono por otras razones.
- (4) Toda madre tiene derecho a la protección y el cuidado de la comunidad.

(4) El texto definitivo no se apartó, sin embargo, mucho del primer borrador, porque se consideró prioritario conseguir la unificación de la legislación civil a toda costa, aun con imperfecciones, antes que abrir de nuevo el torrente de discusiones sobre cuáles de las instituciones variopintas de los antiguos Derechos Territoriales merecían conservarse en el nuevo Código, y cuáles no.

- (5) A los hijos nacidos fuera de matrimonio las leyes les reconocerán las mismas oportunidades para su desarrollo físico y mental y el mismo lugar en la sociedad que tengan los nacidos dentro del matrimonio ⁽⁵⁾.

II. REGULACIÓN DEL DIVORCIO

Esta materia fue reformada por ley de 14 de junio de 1976, que dio nueva redacción a los §§ 1564-1568.

El sentido de la reforma fue regular la materia omitiendo todo reproche culpabilístico en el origen de las crisis matrimoniales, y erigiendo como única y universal causa de divorcio la **quiebra irreparable del matrimonio**.

Se presume *iuris et de iure* que el matrimonio está roto después de **un año de separación**, si el divorcio lo piden los dos cónyuges, o después de **tres años**, si lo pide uno sólo.

La separación a estos efectos se entiende como separación de hecho y es compatible con el mantenimiento del mismo domicilio siempre que sea evidente el cese de la convivencia.

III. DENEGACIÓN DEL DIVORCIO EN INTERÉS DE LOS HIJOS O DEL OTRO CÓNYUGE

El § 1568 prevé la posibilidad de denegar el divorcio, a pesar de existir causa legal, para salvaguardar algún interés preponderante de los hijos menores de edad; y, excepcionalmente, cuando el divorcio resulte especialmente gravoso para el cónyuge que se opone al mismo.

(5) Al socaire de la equiparación de los hijos matrimoniales y no matrimoniales, en Alemania se ha planteado, como en España, el problema de decidir hasta qué punto hay que equiparar también la familia no matrimonial con la matrimonial. La jurisprudencia alemana parece mantenerse firme en los siguientes puntos: (a) Los padres que pudiendo contraer matrimonio deciden no hacerlo, es porque quieren eludir las responsabilidades y cargas que impone el matrimonio, en consecuencia tampoco tienen los beneficios que puedan ir anejos al estado de casados. (b) La pareja de hecho no tiene deberes alimenticios ni su economía común se rige por las reglas de la comunidad de ganancias, sino por lo que tengan estipulado. (c) Las estipulaciones pueden adoptar la forma de una sociedad o de una comunidad ordinaria de bienes, o de ciertos bienes y adquisiciones en común, complementado a veces con testamentos recíprocos y reglas para el reparto de los gastos comunes, etc. Pero el problema subsiste en todas aquellas parejas que no han previsto su futuro ni la eventualidad de una ruptura. Aquí pueden y suelen producirse situaciones de un flagrante enriquecimiento de uno de los convivientes a expensas del otro. El problema no está resuelto.

Estas salvaguardas han sido utilizadas poquísimas veces. Por ejemplo, en OLG ⁽⁶⁾ Hamburg, FamRZ 1986, se aplicó porque se temía que el hijo del matrimonio pudiera suicidarse si los padres se divorciaban. En OLG Koblenz, NJW 1978, se exige, para vetar el divorcio, que del mismo se deriven circunstancias extremadamente duras para uno de los cónyuges.

IV. ASPECTOS PROCESALES

Del divorcio conocen los Juzgados de Familia. También tienen jurisdicción para conocer de los temas conexos: alimentos, división de las ganancias, división de las pensiones, atribución del domicilio conyugal, guarda y custodia, etc.

Aunque la intención del legislador fue que en la misma resolución se decidieran el divorcio y todos los temas conexos, la realidad ha demostrado que las batallas legales se enconan, no al discutir el divorcio en sí, sino al debatir las medidas de acompañamiento. De suerte que en la práctica ha habido que hacer un uso frecuente de una previsión de la Ley procesal que permitía excepcionalmente decidir el divorcio aplazando las medidas para un momento posterior. (Lo que a veces ha suscitado la duda de si el cónyuge “parcialmente divorciado” puede casarse antes de estar terminado el juicio sobre las medidas.)

La competencia viene determinada por el domicilio del demandado. Y si este último no reside en Alemania, por el domicilio del actor. Si ninguno de los cónyuges reside en Alemania, pero uno al menos es alemán (o lo era al contraer matrimonio), la competencia corresponde al Juzgado de Familia de Berlín-Shöneberg.

El esquema del procedimiento es el habitual: demanda y contestación, prueba, y sentencia. Esta última apelable ante el Tribunal de Apelación. Ocasionalmente este último puede admitir un recurso de revisión ante el Tribunal Supremo Federal.

Los trámites del divorcio contencioso suelen tardar un año aproximadamente.

Si es consensual, el juez de Familia normalmente aprueba las medidas que los cónyuges hayan pactado, salvo que perjudiquen a los hijos. Si éstos son mayores de 14 años, pueden también formular propuestas alternativas a la de sus padres.

⁽⁶⁾ OLG: Oberlandesgericht, o Tribunal de Apelación Regional.

V. EFECTOS DEL DIVORCIO

Aparte de los especialmente acordados en la sentencia, el divorcio produce el efecto de permitir a los cónyuges contraer nuevo matrimonio.

En el campo sucesorio, la petición de divorcio hace perder a los cónyuges los derechos que la ley les reconoce en la herencia del otro. Muerto el cónyuge sin testamento, el viudo o viuda hereda una cuarta parte de la herencia si concurre con descendientes; la mitad de la herencia si lo hace con sus suegros, cuñados o hijos de cuñados; la totalidad de la herencia si con otros parientes ⁽⁷⁾; Si además el matrimonio se regía por el sistema legal común, que es la comunidad de ganancias que enseguida veremos, la parte del cónyuge viudo se incrementa en un 25% por su participación en las ganancias del causante.

También produce el divorcio el efecto de poner fin al régimen legal del matrimonio, que en Alemania es el de **comunidad de ganancias**, equivalente, no a la sociedad de gananciales (como parecen dar a entender algunos traductores), sino a nuestro actual régimen de participación.

La comunidad de ganancias se considera extinguida desde la fecha *en que fue pedido* el divorcio.

Mediante escritura notarial, que para su eficacia frente a terceros debe inscribirse en el Registro de Bienes ⁽⁸⁾ del lugar del domicilio, los cónyuges pueden modificar el régimen legal o sustituirlo bien por el régimen de **separación de bienes**, bien por el de **comunidad de bienes**.

Daremos a continuación una idea sucinta de estos tres sistemas patrimoniales.

(7) En la sucesión intestada alemana se reconocen cinco clases de parientes: 1.º descendientes; 2.º padres y su descendencia; 3.º abuelos y su descendencia; 4.º bisabuelos y su descendencia; 5.º cualquier otro pariente. Cada clase excluye a la siguiente. Por tanto la estirpe del causante (hijos y descendientes), que forman la primera clase, excluye a los padres del causante y su estirpe (hermanos y sobrinos), que forman la segunda clase; estos últimos excluyen a los abuelos y su estirpe (primos hermanos y sobrinos de primos hermanos), etc. El resultado de esta clasificación es una herencia más compartida que al modo español, donde los ascendientes *excluyen* al cónyuge como heredero abintestato (art. 935), el cónyuge a los hermanos del causante (art. 944), los hermanos a los sobrinos (art. 947), y en general el pariente colateral de grado más próximo al de grado más remoto. Como excepción, el art. 948 es de cepa germanista, al disponer que concurriendo hermanos con hijos de hermanos (ambos pertenecientes a la estirpe de los padres del causante), los primeros no excluyen a los segundos, sino que “los primeros heredarán por cabezas y los segundos por estirpes”.

(8) El Registro de Bienes del Matrimonio es un registro especial distinto del Registro Inmobiliario.

VI. LA COMUNIDAD DE GANANCIAS

Es, como se ha dicho, el régimen común supletorio que rige en defecto de pacto.

Mientras el régimen está vigente cada esposo conserva la propiedad separada de sus bienes. Tanto de los que tenía antes del matrimonio como de los adquiridos después. Pero se obligan a repartirse, al finalizar el régimen, las ganancias o incrementos de patrimonio habidos durante el matrimonio.

La regla es la misma que la de nuestro art. 1427: el cónyuge que menos haya ganado tiene derecho a la mitad de la diferencia entre las ganancias de ambos ⁽⁹⁾.

La obligación de compartir las ganancias comporta ciertas limitaciones al poder de disposición de los cónyuges sobre sus propios bienes:

- concretamente, el cónyuge propietario del hogar conyugal y de los bienes de uso doméstico no puede disponer de ellos sin consentimiento previo o subsiguiente ratificación del otro cónyuge. Los actos dispositivos llevados a cabo sin este requisito son nulos, y el cónyuge que no los ha consentido puede reivindicar los bienes dispuestos incluso de manos de un tercero de buena fe ⁽¹⁰⁾;
- tampoco puede ninguno de los cónyuges, sin la anuencia del otro, realizar actos dispositivos sobre la totalidad o la mayor parte de su patrimonio ⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ A veces puede alegarse con éxito la incuria y mala administración durante el matrimonio del cónyuge al que le correspondería el crédito de participación. El Tribunal puede moderar dicho crédito si aprecia una grosera falta de equidad (*große Unbilligkeit*), la cual también ha sido estimada en casos de adulterio y de crueldad del cónyuge que, al dividir las ganancias, resulta ser acreedor.

⁽¹⁰⁾ Es una norma diametralmente opuesta a la que rige en el tráfico normal de bienes, donde se protege a ultranza al adquirente de buena fe.

⁽¹¹⁾ En la práctica está prohibido desprenderse por cualquier título, sin consentimiento conyugal, de más del 85% de los bienes propios. Una norma insuficiente para proteger contra otras transacciones fraudulentas más atomizadas, pero que hacen igualmente ilusoria la futura participación del otro cónyuge en las ganancias. Cfr. nuestro art. 1320, por lo que respecta a la disposición de la vivienda y de los muebles de uso ordinario de la familia, y los arts. 1412 (que no impone ninguna cortapisa a que el casado en régimen de participación pueda disponer con toda libertad de sus demás bienes no afectos al uso doméstico), 1423 (sobre cómputo *a posteriori* del valor de los bienes dispuestos a título gratuito), 1433 y 1434 (sobre eventuales impugnaciones de las donaciones y enajenaciones fraudulentas). Nuestro sistema es igualmente insatisfactorio, porque las acciones que concede al cónyuge que se siente defraudado son teóricas, dudosas (se estrellan ante un tercero de buena fe) y tardías (porque hay que esperar, para poder impugnar, a la disolución del régimen y a que no haya bienes en el patrimonio del deudor para pagar el crédito de participación).

Ciertas formas de comunidad de ganancias han existido en Alemania desde la época franca. Estuvieron muy difundidas durante la Edad Media. Todavía al promulgarse el BGB seguía siendo popular, como régimen convencional ⁽¹²⁾, en medios rurales y en las regiones de Württemberg, Westfalia y el Palatinado bávaro. “De todas las formas de comunidad —comentaba Enneccerus— ésta es la que representa menores riesgos para la mujer y la que evita mejor las injusticias que en los matrimonios de corta duración producen las desigualdades de fortuna” ⁽¹³⁾.

La regulación vigente en Alemania estuvo inspirada por la Ley Sueca del Matrimonio, de 1920. Nuestro régimen de participación ha sido vaciado en estos mismos moldes (con algunas variantes menores, como las comentadas *supra*, nota 11).

VII. LA COMUNIDAD GENERAL DE BIENES

Este régimen estuvo en boga en ciertas partes de Prusia antes de la promulgación del BGB, y consiste en que los cónyuges, a partir de la fecha pactada para la entrada en vigor del sistema o, en su defecto, a partir de la fecha de la escritura capitular, se comunican todos los bienes, los cuales pasan a ser **propiedad en mano común**, sin necesidad de ningún acto formal de transmisión, inscripción o conversión.

Lo característico de este patrimonio en mano común (a diferencia del proindiviso) es que aquí **no hay cuotas** ⁽¹⁴⁾. Ninguno de los cónyuges puede disponer de su *participación*, ni pedir el pago o reembolso de la misma. Mientras dura el régimen, las participaciones están fundidas indisolublemente formando una sola mano común. La participación no es más que una expectativa de derecho a la mitad del saldo que resulte de la liquidación, si lo hay.

Los cónyuges pueden **reservarse** determinados bienes en la escritura, en cuyo caso tanto ellos como los que por subrogación real les sustituyan quedan excluidos de la comunicación y continúan siendo propiedad privativa.

(12) Debe tenerse en cuenta que al promulgarse el BGB, el sistema legal no era la comunidad de ganancias sino la **comunidad de administración**, que en esencia equivalía a conferirle al marido la administración de todos los bienes, reservándole a la mujer ciertas atribuciones en la esfera doméstica (la llamada “potestad de la llave” o *Schlüsselgewalt*). Todo esto desapareció por efecto del principio de igualdad antes reseñado.

(13) L. ENNECCERUS, T. KIPP y M. WOLFF: *Tratado de Derecho Civil*, Tomo IV, p. 455 de la 6.ª revisión. Obra espléndidamente traducida, anotada y comentada por Pérez González, Alguer y Castán Tobeñas.

(14) La misma situación que en nuestra sociedad de gananciales. Cfr. el Apéndice de nuestra reseña “El Divorcio en Escandinavia”, en el núm. 3 de esta Revista.

Las adquisiciones hechas durante el matrimonio por cualquiera de los cónyuges se convierten también en propiedad en mano común. “La relación jurídica no ha de construirse como si el cónyuge adquirente representase a la mano común, sino que él adquiere individualmente y la mano común adquiere como sucesora del mismo, aunque la adquisición del cónyuge singular y la sucesión de la mano común estén distanciadas en el tiempo”⁽¹⁵⁾.

En caso de divorcio, una vez deducidas las deudas del patrimonio en mano común, se le devuelve a cada cónyuge el valor de sus aportaciones y el superávit, si lo hay, se divide por mitad entre ellos.

Este sistema —muy engorroso de administrar y también de liquidar⁽¹⁶⁾— está actualmente en franca decadencia. Casi todas las estipulaciones conyugales de sustitución del régimen legal son para acogerse al de separación de bienes.

VIII. SEPARACIÓN DE BIENES

Cada cónyuge conserva la propiedad privativa de sus bienes, tanto de los que tenía al casarse como de los que adquiere después; de forma que, al divorciarse, el proceso liquidatorio queda reducido a la mínima expresión: dividir las deudas contraídas por los dos esposos y los bienes adquiridos también por los dos en proindiviso ordinario⁽¹⁷⁾.

IX. DIVISIÓN DE PENSIONES. PRESTACIÓN COMPENSATORIA

Este tema, y los deberes alimenticios del cónyuge divorciado en ciertos casos, ya lo expusimos, por lo que respecta a Alemania, en el trabajo de Derecho Comparado titulado “Alimentos, Indemnizaciones y Compensaciones entre

(15) ENNECCERUS, *op. cit.*, Tomo IV, p. 405.

(16) Los inconvenientes son los mismos que los de nuestra sociedad de gananciales.

(17) Cfr. nuestros arts. 1435 y ss. Las únicas adherencias “comunitarias” que conserva el régimen de separación son: la obligación de ambos cónyuges de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio en proporción a sus respectivos caudales (art. 1438), y la presunción de que cuando no sea posible determinar a quién pertenece un bien o derecho, se presume que es de ambos por mitad (art. 1441). A estos dos puntos, más los eventuales anticipos y ayudas financieras que los cónyuges hayan podido prestarse durante el matrimonio para atender los gastos comunes, quedará reducida la liquidación en el régimen de separación de bienes. Pero alguna liquidación siempre hay, porque los cónyuges han tenido que hacer frente a gastos comunes durante el matrimonio, y rara vez ocurrirá que lo hayan hecho todas las veces con dinero de los dos y en las debidas proporciones.

Divorciados”, publicado en el número anterior de esta Revista, adonde remitimos al lector, para evitar repeticiones.

X. COMENTARIOS FINALES

1. El BGB alemán está considerado un modelo de rigor, abstracción, claridad y eficacia, y ha dejado su impronta en muchas otras legislaciones (Suiza, Austria, República Checa, Grecia, Turquía, Japón, Perú, etc.). Actualmente estamos asistiendo, además, a un fenómeno curioso, que es la recepción del derecho alemán por los propios alemanes, como consecuencia de la reunificación y de la sustitución del ZGB (Zivilgesetzbuch, Código civil de la extinta República Democrática) por el BGB. Esta recepción es una operación delicada que se ha demostrado estar erizada de problemas. Problemas derivados de las reivindicaciones y compensaciones; pero, sobre todo, de la reintroducción de la propiedad privada, con el consiguiente cambio de mentalidad y eliminación de controles inútiles y de la costra funcional que tenía atenazada a la economía.

2. Para los juristas españoles, endeudados con el Código Civil francés, el BGB ha sido siempre la segunda alternativa y fuente de inspiración en las grandes cuestiones hermenéuticas de nuestro Código Civil. En materia de posesión (posesión mediata, la figura del servidor de la posesión, la interpretación germanista del art. 464 para proteger al adquirente *a non domino* poseedor de buena fe de una cosa mueble); en el ámbito contractual y de tráfico jurídico (¿tienen cabida en nuestro derecho el negocio abstracto y la obligación unilateral?); en Derecho sucesorio (¿se transmite la herencia por el hecho de la muerte del causante⁽¹⁸⁾ o se adquiere en virtud de la aceptación?); en el terreno cuasicontractual (donde la doctrina del enriquecimiento injusto ha ganado ya carta de naturaleza y consagración jurisprudencial); en el inmobiliario registral (donde ha sido profunda la huella germanista dejada en los principios hipotecarios y en temas más puntuales, aclimatados o en curso de aclimatación, como los negocios sobre el rango, el crédito territorial, etc.).

3. En Derecho de Familia, la influencia germánica en la Ley de Divorcio española y en el régimen de participación parece indudable. Aunque se trate de una tendencia común en casi todas las legislaciones modernas, la “desculpabilización” (si se nos perdona el barbarismo) de las causas de divorcio tiene procedencia alemana. Pero así como el BGB es consecuente con la exoneración de culpabilidad, el legislador español no lo ha sido. El BGB articula una única causa neutra de divorcio (la quiebra del matrimonio), que se presume por la separación previa de hecho, que hace como de filtro o sordina de la crisis con-

(18) Ver art. 661.

yugal, puesto que lo que cuenta luego para el divorcio es la duración de la separación y no “la causa” que la motivó. En cambio, el legislador español se ha prodigado en una profusión de causas, sin advertir que muchas de ellas son incompatibles con el espíritu de la ley, que fue limpiar el pleito de divorcio de discusiones y reproches culpabilísticos. ¿En qué cabeza cabe que atentar contra la vida del cónyuge, prostituir a las hijas, corromper a los hijos, negarle los alimentos, maltratar a la mujer, etc., sean asuntos para ser tratados por las víctimas desapasionadamente, como causas incoloras de separación o divorcio *donde no hay cónyuge culpable*? En Alemania esto no ocurre, porque las circunstancias mencionadas no serían nunca causas *directas* de divorcio. Para divorciarse hay que separarse antes de hecho, y para separarse de hecho los cónyuges no tienen que justificarse ni dar explicaciones. La separación previa actúa aquí como el silenciador de la causa culpabilística.

4. También merece un comentario la prestación compensatoria alemana, concebida como forma de que los cónyuges compartan sus pensiones (o expectativas de pensiones) lo mismo que sus ganancias matrimoniales. Tiene toda lógica, puesto que el Tribunal Constitucional Federal considera el derecho a la pensión como una forma del derecho de propiedad (S. 53,257); en definitiva se trata de un elemento patrimonial que acrece a los cónyuges como ganancia matrimonial, y en consecuencia debe ser repartida. La función y el objeto de la prestación compensatoria es aquí muy claro y concreto. No se presta en absoluto a las vaguedades interpretativas que suscita nuestra pensión compensatoria. También aquí pagamos un precio, en términos de desconcierto e incertidumbre, por el afán de componer fórmulas omnicomprendivas de “desequilibrio económico”, sin tener clara la idea de lo que hay que compensar.

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.

DERECHO AL MATRIMONIO DEL TRANSEXUAL OPERADO

M.ª Dolores Moreno-Torres Sánchez.

Magistrada Juez Encargada del Registro Civil de Málaga.

I. INTRODUCCIÓN

Los enormes avances que en las últimas décadas ha experimentado la cirugía plástica han permitido realizar con éxito operaciones de conversión sexual en aquellas personas afectadas por el síndrome de disforia sexual (caracterizado por el sentimiento de irresistible pertenencia al sexo opuesto) planteándose con ello la importante cuestión de las consecuencias jurídicas que esas intervenciones debían tener en la condición y estado civil de las personas sometidas a las mismas.

En algunos países de nuestro entorno se han dictado leyes específicas para dar respuesta a este problema ⁽¹⁾.

En España, por el contrario, el problema no ha merecido hasta el momento la atención del legislador. Solo la reforma del anterior Código Penal por LO 8/83 de 25 de junio incidió indirectamente en la cuestión al despenalizar las

(1) Suecia, Ley de 21 de abril de 1972; Alemania, Ley de 11 de agosto de 1980; Italia, Ley de 14 de abril de 1982; Holanda, Ley de 1 de agosto de 1985.

operaciones de cirugía transexual siempre que mediara un consentimiento libre y expresamente manifestado ⁽²⁾.

La ausencia de regulación en el derecho positivo no impidió que este asunto llegara a los Tribunales donde los afectados empezaron a plantear sus demandas a partir de los años setenta. Se solicitará en ellas la rectificación de los asientos de nacimiento, en lo relativo al nombre y al sexo, de las personas sometidas a este tipo de intervención.

Las memorias de la Fiscalía General del Estado de 1980 y 1986 dan cuenta de algunas decisiones de Juzgados y Tribunales de instancia que por diversas razones no llegaron al Tribunal Supremo. Así, según el primero de los documentos mencionados, un juez de 1.^a instancia de Málaga dictó sentencia (S. de 29 de septiembre de 1979) en la que se resuelve favorablemente la demanda de un transexual operado en Londres con fundamento en los derechos de la personalidad consagrados en la Constitución que llevan al juzgador a la consecuencia de que nadie puede ser obligado a mantenerse dentro de los márgenes de un sexo que psíquicamente no le corresponde. La sentencia quedó firme al no recurrirla el Ministerio Fiscal.

En un caso similar planteado ante un Juzgado de 1.^a instancia de Zamora la demanda fue desestimada. Interpuesto recurso ante la Audiencia Provincial de Valladolid fue estimado por ésta dando lugar a la demanda por la sentencia de 10 de mayo de 1986. Al consentir el Ministerio Fiscal el fallo, la transexualidad quedó legalizada.

II. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo se pronunciará por primera vez sobre el fondo de esta cuestión en la sentencia de 2 de julio de 1987. En ella nuestro alto Tribunal partirá de la consideración de que la transexualidad es un problema de nuestros días, una realidad evidente “que demanda una solución jurídica justa”.

Ante el obstáculo insalvable que representa para el Tribunal de casación la posibilidad de admitir el cambio de sexo —subsiguiente a una operación de conversión sexual— desde una perspectiva biológica o científica, habida cuenta de la inmutabilidad de los cromosomas sexuales, recurrirá a otras consideraciones de índole cultural y sociológica así como a las máximas de experiencia para concluir que dicho cambio sí tiene lugar en dichos casos.

Para articular la concesión de efectos jurídicos a esta mutación sobrevenida de sexo recurrirá a la figura de la ficción. Si el derecho extiende su protección a

⁽²⁾ V. art. 428.2 Código Penal de 1944. V. también art. 156.1.º Código Penal vigente.

las ficciones (arts. 29, 124, 354, 440, 446 del Código Civil), del mismo modo habrá de hacerlo con respecto a la transexualidad “porque el varón operado transexualmente no pasa a ser hembra sino que se le ha de tener por tal por haber dejado de ser varón por extirpación y supresión de los caracteres primarios y secundarios y presentar unos órganos sexuales similares a los femeninos y caracteriologías psíquica y emocional propia de este sexo”.

Con ello el Tribunal Supremo está reconociendo la primacía de los aspectos personales y psicológicos sobre el sexo cromosómico y biológico, inalterable en el estadio actual de la ciencia.

Sin embargo, como señala PÉREZ CANOVAS ⁽³⁾ “El incuestionable avance que para los transexuales va a representar esta primera sentencia de 2 de julio de 1987 por su carácter innovador y rupturista, quedará, no obstante, muy limitado en sus efectos por las concreciones y matizaciones, a veces contradictorias con los principios constitucionales que le sirven de fundamento, que recibirá en sentencias posteriores”.

En efecto, aunque la sentencia de 1987 ya apuntaba que la modificación registral del nombre y de la indicación de sexo no supondría una equiparación total del transexual operado con el sexo femenino para realizar determinados actos o negocios jurídicos, van a ser los fallos posteriores del alto Tribunal los que precisen el alcance de estas limitaciones.

Así la sentencia de 2 de octubre de 1988 declarará que la rectificación de sexo no autoriza a la persona a la que afecta a celebrar futuros matrimonios “porque en la actualidad y por virtud de lo dispuesto en el artículo 73.4.º del Código Civil tales matrimonios serían nulos”. En los mismos términos se pronuncia la de 3 de marzo de 1989. Y, finalmente, la de 19 de abril de 1991 excluye definitivamente la posibilidad de acceso de los transexuales al *ius conubi* pues, a juicio del Tribunal Supremo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene, sin embargo, unos límites inherentes que no deben ser sobrepasados. Por consiguiente si el mencionado principio puede ser invocado como fundamento para un cambio de nombre del transexual operado, de ahí no hay que inferir “una equiparación absoluta con el sexo femenino para determinados actos o negocios jurídicos, especialmente contraer matrimonio como tal transexual, toda vez que cada uno de éstos exigiría la plena capacidad y aptitud en cada supuesto”.

(3) *Homosexualidad: homosexuales y uniones homosexuales en el derecho español*, Comares, Granada, 1996.

III. LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS

En el ámbito gubernativo la DGRN se ha pronunciado también sobre las cuestiones aquí tratadas.

En lo tocante al cauce idóneo para lograr la rectificación del asiento de nacimiento en los casos de cambio de sexo, si bien en un principio consideró adecuado el facilitado por el artículo 93.2 LRC, esto es, el expediente de rectificación de error en cuanto al sexo (RR. de 2 de marzo y 12 de junio de 1971), a partir de la Resolución de 17 de marzo de 1982 esta posición fue abandonada, manteniendo desde entonces el Centro Directivo que la vía judicial era la apropiada para lograr el cambio de sexo en el acta de nacimiento de un transexual operado, quedando limitado el citado expediente a las hipótesis de discordancia originaria (no sobrevenida) o de intersexualidad definida después (incluso con intervenciones quirúrgicas) en sentido opuesto al que consta en la inscripción.

En lo que hace al derecho de los transexuales a contraer matrimonio, la DGRN ha abrazado sin paliativos las tesis del Tribunal Supremo sobre la materia. Así resulta de las resoluciones en que se ha pronunciado sobre la cuestión (RR. de 21 de enero de 1988 y 2 de octubre de 1991). En ellas podemos leer que “el derecho fundamental del hombre y la mujer a contraer matrimonio está limitado a personas de distinto sexo biológico pues si llegara a contraerse un matrimonio entre personas del mismo sexo éste sería nulo por aplicación del artículo 73 en relación con el 45.1.º ambos del Código Civil”. Por ello, según el razonamiento del Centro Directivo en las resoluciones comentadas, “la circunstancia de que ni la sentencia que ordena la rectificación registro ni la inscripción marginal expresen nada sobre la limitación del *ius nubendi* del inscrito, no autoriza a estimar que tal limitación no existe”.

IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

La jurisprudencia del TEDH no ha supuesto tampoco un posicionamiento más progresista respecto a la cuestión examinada que pudiera ofrecer una alternativa esperanzadora al colectivo afectado en sede judicial. Bien al contrario es de justicia reconocer que nuestro Tribunal Supremo ha ido por delante de la Corte de Estrasburgo en lo que a reconocimiento de efectos jurídicos de la transexualidad se refiere.

Así, las sentencias recaídas en los casos Rees (Sentencia de 17 de octubre de 1986) y Cossey (Sentencia de 27 de septiembre de 1990) no consideraron vulnerados los artículos 8 y 12 del Convenio de Roma de 4 de octubre de 1950 (Derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar y derecho a contraer matrimonio, respectivamente) por la negativa del gobierno del Reino Unido a rectificar en el Registro civil el sexo originario de un transexual o permitir el matrimonio de aquel con otra persona de su sexo originario.

Esta doctrina del TEDH fue revisada en lo relativo a la rectificación del Registro al pronunciarse nuevamente sobre la misma cuestión en la Sentencia de 25 de marzo de 1992 (Caso Norbert B.) declarando —por 15 votos contra seis— que la negativa del Estado francés a proceder a la rectificación del sexo en el Registro Civil viola el artículo 8 de la Convención.

Esta revisión hizo surgir expectativas de una evolución favorable de la jurisprudencia de esta alta instancia judicial en cuanto a la posibilidad del matrimonio de los transexuales.

Sin embargo, la más reciente jurisprudencia del TEDH no ha discurrido por los derroteros que parecía apuntar la anterior resolución.

En la Sentencia de 30 de julio de 1998 que resuelve el caso Sheffield y Horsham contra el Reino Unido, el TEDH ha considerado, por lo que respecta a la vulneración del artículo 8 invocada en el mismo, que con posterioridad al caso Cossey no han existido, en el campo del transexualismo, progresos científicos o jurídicos suficientes para apartarlo de las decisiones adoptadas en dicho asunto, esto es, que el Estado demandado puede prevalerse de su margen de apreciación —respecto a las obligaciones positivas derivadas de la aplicación del artículo 8— para justificar su negativa a reconocer registralmente la nueva identidad sexual de los transexuales operados. Y ello porque el hecho de que los demandantes se encuentren obligados a revelar su antiguo sexo en ciertos contextos no les causa, según su criterio, inconvenientes de una gravedad tal que se pueda considerar que ha existido extralimitación del margen de apreciación del Estado demandado (como sucedió en el caso Norbert B.).

En cuanto a la invocada vulneración del artículo 12, el TEDH trae a colación los razonamientos que expuso en los casos Rees y Cossey, y que hace suyos de nuevo para acabar concluyendo que el derecho al matrimonio que garantiza el artículo 12 de la Convención parte de la noción de matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológico diferente, con lo que deja fuera del ámbito de protección del citado precepto al matrimonio del transexual con otra persona de su mismo sexo originario.

V. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN EN LOS REGISTROS CIVILES

Esta jurisprudencia adversa que hemos examinado no ha impedido que en los Registros civiles españoles se hayan seguido presentando solicitudes para contraer matrimonio por personas que habían obtenido una rectificación de su identidad sexual en el asiento de nacimiento.

La respuesta a estas solicitudes no ha sido uniforme. En efecto, apartándose de la doctrina jurisprudencial vigente, algunos jueces han dictado autos en los que han acordado autorizar el matrimonio de un transexual con otro contrayente de su mismo sexo originario.

Generalmente, y pese al criterio contrario a este tipo de matrimonios mantenido por la Fiscalía General del Estado, el Ministerio Público no suele interponer recurso contra las resoluciones favorables a los mismos, por lo que éstos están teniendo lugar en numerosos Registros civiles españoles.

No ha ocurrido así en el reciente caso planteado ante el Registro Civil de Melilla, resuelto favorablemente por el Magistrado-Encargado del mismo por auto de fecha 10 de enero de 2000, pese a la oposición del Ministerio Fiscal, que ha interpuesto recurso contra aquel ante la DGRN. De igual modo se resolvió el supuesto planteado ante el Registro Civil de Sevilla en virtud de auto de fecha 19 de abril de 1995, si bien en este caso el desistimiento de los interesados de su pretensión de contraer matrimonio hizo innecesario el recurso del fiscal.

Los argumentos utilizados en ambos casos para autorizar el matrimonio en cuestión los podríamos resumir de la siguiente manera:

1.º La interdicción del derecho al matrimonio a estas personas choca frontalmente con el artículo 14 de la CE pues da lugar a la exclusión de este colectivo de la posibilidad de ejercer un derecho reconocido constitucionalmente (art. 32 CE).

2.º Supone una intolerable limitación de su capacidad de obrar al no haberse declarado dicha limitación en la forma establecida por la ley (art. 199 Código Civil).

3.º Si por mandato del artículo 2 de la LRC el Registro Civil ha de ser la prueba de los hechos inscritos, una vez obtenida por el transexual operado la rectificación oportuna del asiento de su nacimiento, supondría una vulneración de los principios de seguridad jurídica y del más específico de concordancia del Registro y la realidad extra-registral el no reconocer plena efectividad jurídica a dicha rectificación.

4.º El libre desarrollo de la personalidad, que se invoca como fundamento en las sentencias que ordenan la rectificación del Registro por cambio sobrevenido de sexo, quedaría vacío de contenido si solo sirviera para alterar en aquel algunas menciones de identidad.

5.º Sin negar que en algunos casos la falta del debido consentimiento por error en las cualidades esenciales del otro contrayente (art. 73.4 CC) pueda dar lugar a la nulidad del matrimonio, lo que no es posible admitir es que todo matrimonio contraído por un transexual y otra persona de su mismo sexo originario deba necesariamente hallarse viciado de nulidad *ab initio* por esa causa. Será preciso, eso sí, que el juez del Registro Civil que tiene conocimiento de las especiales circunstancias del contrayente transexual se cerciore, en el trámite de audiencia reservada previsto en el art. 246 del RRC y siempre con el debido respeto a la vida privada de aquel, de que esas circunstancias son conocidas por el otro contrayente.

6.º Admitida la plena efectividad de la rectificación de la identidad sexual en el Registro Civil, tampoco debería representar un obstáculo, para que contrajera matrimonio el transexual beneficiado por esa rectificación, lo establecido en los artículos 44 y 45 del Código Civil.

7.º El Código Civil no contiene una definición de matrimonio en su articulado y de éste tampoco se desprende en ningún caso que entre los fines del mismo se encuentre la procreación.

VI. CONCLUSIONES

Parece obvio que no se debe mantener por mucho tiempo una situación en la que, dependiendo del talante más o menos progresista de los jueces y fiscales que intervienen en los expedientes matrimoniales, los transexuales vean reconocido o denegado su derecho a contraer matrimonio, pues ello atenta plenamente contra el derecho de los ciudadanos a la igualdad jurídica.

No hay visos, sin embargo, de que esta situación vaya a cambiar en tanto no se regule legalmente esta materia.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo que hemos examinado no ha contribuido precisamente a clarificar las dudas que el estatuto jurídico del transexual suscita. Como dice MARINA ⁽⁴⁾, cuya opinión recoge PÉREZ CÁNOVAS en la obra antes citada, solucionar el problema de la transexualidad creando ficciones de hombre o de mujer “es una fuente segura de problemas en un terreno tan necesitado de claridad como el estado civil, donde no es aconsejable vivir a impulsos de resoluciones judiciales”.

La diversidad de respuestas que ha merecido la cuestión del matrimonio del transexual confirma ampliamente este temor.

En definitiva, admitir que es posible la rectificación del sexo en el Registro Civil, pero que esta inclusión en la nueva categoría es meramente nominal equivale a crear un *tertium genus* fuera de toda previsión legal y a propiciar las más diversas interpretaciones sobre las consecuencias jurídicas del cambio de sexo, con la consiguiente vulneración del principio de seguridad jurídica.

Como la solución, entendemos, no puede significar un paso atrás que anule la premisa ya admitida por la jurisprudencia, esto es, que el cambio de sexo es posible por virtud de una intervención de cirugía transexual, habrá que atribuir plena eficacia jurídica a la inclusión en el nuevo sexo del transexual operado.

Se hace preciso, para ello, abandonar las concepciones biologicistas sobre el sexo y sustituirlas por otras de tipo psicológico.

(4) *Op. cit.*, p. 141.

Hay una serie de circunstancias que deben ser tenidas en cuenta en apoyo de este planteamiento:

Desde el punto de vista científico existen ya corrientes que admiten la primacía del sexo psicológico sobre el biológico. En efecto, a la luz de descubrimientos médicos recientes se entiende que el sexo cerebral de una persona debe ser tenido en cuenta especialmente como uno de los indicios de su pertenencia a un determinado sexo⁽⁵⁾.

Desde el punto de vista jurídico, como señala, en su voto disidente de la sentencia de 30 de julio de 1998, el juez del TEDH P. Van Dijk, no se concibe razón alguna para justificar que el reconocimiento jurídico de los cambios de sexo no pueda tener lugar más que si hay igualmente conversión (completa) en el plano biológico pues “el derecho puede otorgar un sentido autónomo a la noción de ‘sexo’, como lo hace, por ejemplo, con las nociones de ‘persona’, ‘familia’, ‘domicilio’, ‘bienes’, etc.”

Desde el punto de vista social no cabe duda de que la mayor parte de los ciudadanos acepta sin limitaciones la plena equiparación del transexual con los restantes miembros del sexo de su elección. La reciente boda de una conocida transexual española y la naturalidad con la que se ha vivido la noticia de la misma, sin causar escándalo o alarma social, demuestran la verdad de este aserto.

Por último, no hay que desconocer tampoco la dimensión humana de este asunto. Como señalaba recientemente la psicóloga Trinidad VERGUEROS con ocasión de la primera intervención de cirugía transexual llevada a cabo en el Hospital Carlos Haya de Málaga, la transexualidad “es una patología que implica un gran sufrimiento (...) olvidar esta patología es sumamente injusto. Con estas intervenciones se hace justicia a un grupo con un gran nivel de sufrimiento”.

Pues bien, otro tanto puede decirse que se logra permitiendo que el resultado de esas intervenciones sea reconocido plenamente en el plano jurídico.

(5) En este sentido se manifiesta el Dr. L.J.G. GOOREN, cuyas investigaciones son citadas en apoyo de sus pretensiones por las demandantes en el caso Sheffield y Horsham, resuelto por el TEDH por sentencia de 30 de julio de 1998.

CRÓNICA LEGISLATIVA

PROPOSICIÓN DE LEY DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL EN MATERIA DE SECUESTRO FAMILIAR DE MENORES E INDUCCIÓN DEL PROGENITOR A QUE EL MENOR ABANDONE EL DOMICILIO FAMILIAR (ORGÁNICA)

(Nº 122/000066 – GRUPO PARLAMENTARIO POPULAR EN EL CONGRESO,
BOCG SERIE B: 9 DE JUNIO DE 2000, NÚM. 751)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El artículo 39 de la Constitución destaca como principio rector de la política social y económica, el de la protección integral de los hijos. Otros preceptos constitucionales tienen también cualificada aplicación en el caso de los menores, demandando medidas de protección adecuadas que aseguren la dignidad de la persona y sus derechos inviolables, de forma proporcionada a la posición más débil del propio menor.

La Convención sobre Derechos del Niño, adoptada por Resolución 24/1995, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratifica la prevalencia del interés superior del menor en toda política que se le aplique, así como la necesidad de asegurar las relaciones de este menor con sus padres, salvo que esto contraría ese interés superior. Desde esta perspectiva el Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, ha otorgado una gran cobertura jurídica al menor, ya sea desde un tratamiento penal específico, ya sea mediante la agravación de responsabilidad cuando la víctima sea de tal condición; en este sentido, se advierte la preocupación indicada incluso desde el punto de vista sistemático al establecer un Títu-

lo específico de “Delitos contra las relaciones familiares”.

Sin embargo, en la práctica la sustracción de menores por sus propios progenitores en situaciones de crisis familiar y eventualmente, en contra de las decisiones jurisdiccionales, no ha encontrado una respuesta adecuada en la aplicación del Código Penal. En efecto, si bien es cierto que el tipo descrito en el artículo 163, relativo a las detenciones ilegales y secuestro, no excluye su aplicación al caso indicado, también es cierto que la interpretación que del mismo realizan los tribunales sí lo ha hecho. La necesidad de un tratamiento específico de lo que ha sido denominado “secuestro parental” es, pues, evidente, no sólo por la peligrosidad de la conducta con respecto a la libertad del menor, sino también desde la necesidad de arbitrar una tipificación que permita activar los mecanismos internacionales de cooperación, ya que su eventual calificación como falta impedía esta posibilidad. En este sentido, el objeto de la reforma se circunscribe a crear tres subtipos, aplicables a los progenitores que realicen una detención ilegal o secuestro de un hijo, o una ocultación, o induzcan a éste a abandonar su domicilio legal.

Artículo único.—Los siguientes artículos del Código Penal quedarán modificados como sigue:

Artículo 163. Se introduce un número nuevo 4, pasando el actual 4 a ser número 5, con el siguiente texto: “Si el culpable fuera ascendiente, descendiente o hermano de la víctima la pena será de dos a cuatro años en el supuesto contemplado en el número 1 del presente artículo y de cuatro a seis años en el supuesto contemplado en el número 3. Se aplicarán, respectivamente, las penas superiores en grado, si siendo la víctima menor de edad o incapaz hubiera sido trasladada a un país extranjero para dificultar su localización”.

Artículo 165. Se introduce un inciso excluyendo su aplicación del nuevo número 4 del artículo 163:

“Las penas de los artículos anteriores, salvo en el supuesto contemplado en el punto cuatro del artículo 163.”

Artículo 223. Se introduce un segundo párrafo con el siguiente texto:

“En las mismas penas incurrirá el progenitor que, en contra de lo dispuesto por la autoridad judicial en cuanto al régimen de estancia de los hijos con éste, no lo presentare ante la persona legalmente habilitada para su cuidado sin justificación para ello.”

Artículo 224. Se introduce un segundo párrafo con el siguiente texto:

“En la misma pena incurrirá el progenitor que induzca a su hijo menor o incapaz a abandonar el domicilio donde conviva con su guardador legal o le induzca a quebrantar el régimen de estancia establecido por decisión judicial.”

DISPOSICIÓN FINAL

La presente reforma entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.

PROPOSICIÓN DE LEY DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL, LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL Y EL CÓDIGO CIVIL, PARA COMBATIR LA SUSTRACCIÓN O RETENCIÓN ILÍCITA DE MENORES (ORGÁNICA)

(Nº 122/000002 – GRUPO PARLAMENTARIO SOCIALISTA,
BOCG SERIE B: 24 DE ABRIL DE 2000, NÚM. 6-1)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La protección de los intereses del menor ha definido una línea de actuación primordial a la hora de legislar en España desde nuestra Carta Magna. Ello ha sido especialmente así en aquellas cuestiones relacionadas con su custodia, tratando con ello de

evitar, en lo posible, los efectos perjudiciales que en supuestos de crisis familiares puedan ocasionarles determinadas actuaciones de sus progenitores.

El Código Penal de 1995, entre otras importantes novedades, procedió a suprimir como delito, con sustantividad propia, la

sustracción de menores de siete años. En cambio agravó la pena para los delitos de detención ilegal o secuestro cuando la víctima fuera menor de edad o incapaz. No obstante, en aquellos supuestos donde quien verifica la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor son sus progenitores, cuando han sido privados legalmente del ejercicio de determinadas facultades inherentes a la patria potestad, resulta necesario prever una respuesta penal clara, distinta al delito de desobediencia genérico, así como prever medidas cautelares, tanto en el ámbito penal como en el civil que eviten las sustracciones o retenciones ilícitas de menores.

Por todo ello se presenta la siguiente, PROPOSICIÓN DE LEY ORGÁNICA

Uno. Se propone añadir en el artículo 224 del Código Penal tres nuevos apartados, pasando su contenido actual a constituir un nuevo apartado 4, quedando redactado de la forma siguiente:

“Artículo 224.1. El progenitor que sustrajere a un menor de su lugar de residencia, sin causa que lo justifique, con el fin de impedir la comunicación o estancia con el otro progenitor, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de dos a cuatro años. Incurrirá, además, en la pena prevista en el artículo 556 cuando los hechos se cometan quebrantando una resolución judicial.

2. Si se exigiese alguna condición para la restitución o se trasladase al menor a un país extranjero para dificultar su localización se impondrá la pena prevista en el apartado anterior en su mitad superior.

3. El responsable del delito previsto en el apartado uno de este artículo quedará exento de pena cuando proceda a la restitución del menor o lo deposite en lugar conocido y seguro sin haberle hecho objeto de acto delictivo alguno o haber puesto en peligro su vida, salud o integridad física o mo-

ral, siempre y cuando el lugar de estancia haya sido comunicado al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro, de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción, o la ausencia no hubiera sido superior a dicho plazo.

4. Contenido actual del artículo.”

Dos. Se propone añadir un nuevo artículo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que sería el 544 ter, con el contenido siguiente:

“544 ter. En los casos en que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 o de los recogidos en los artículos 223 a 232 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte necesario para proteger el interés del menor, imponer, cautelarmente, al imputado la privación de los derechos inherentes a la patria potestad y la extinción de la tutela, curatela, guarda o acogimiento familiar que ostentase, así como la incapacidad para obtener nombramientos para dichos cargos.”

Tres. Se propone la inclusión de un nuevo artículo en el Código Civil que sería el 102 bis y tendría el contenido siguiente:

“Artículo 102 bis. Además de las previstas en ésta y otras leyes, y de las que la situación pueda aconsejar a criterio del juez, se podrá solicitar por las partes, o acordarse de oficio por el juez, tanto en la demanda, como con posteridad a su admisión o como medidas previas, las medidas cautelares siguientes:

1. Medida de prohibición de salida del territorio nacional de los menores y de autorización del cambio de domicilio del menor.

Cuando se tema que cualquiera de los cónyuges o progenitores, pueda proceder a la sustracción del menor, el juez adoptará la medida de prohibición de salida del territorio nacional de éste, comunicándolo a las autoridades competentes. De igual forma cualquier variación del domicilio del menor, que no esté justificado por razones laborales, familiares o de salud, en defecto de

acuerdo con los cónyuges, requerirá autorización judicial.

2. Medida de prohibición de expedición de pasaporte a los menores:

En los mismos casos previstos en el apartado anterior, el juez podrá también adoptar la medida de prohibición de expedición de pasaporte a los menores, comunicándolo a

las autoridades competentes.”

DISPOSICIÓN FINAL

La presente Ley entrará en vigor el mismo día al de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.

Ambas proposiciones de Ley fueron tomadas en consideración en Sesión Plenaria núm. 12, celebrada el martes 13 de junio de 2000.

PUBLICACIONES Y NOTICIAS

TÍTULO: COMENTARIOS A LA NUEVA LEC

Autor *Varios autores*
Editorial Lex Nova. 2000.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que entrará en vigor en enero del próximo año va a cambiar de forma importante la tramitación de los procedimientos judiciales, por lo que se hace imprescindible contar con el material de consulta necesario para el ejercicio profesional. Con esta finalidad, Editorial Lex Nova pone a disposición de todos los profesionales del Derecho la obra “Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, que contiene un riguroso análisis de la Ley 1/2000 realizado por más de cuarenta expertos (catedráticos, profesores universitarios, magistrados, secretarios judiciales, abogados, procuradores y registradores) dirigidos por Antonio María Lorca Navarrete, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad del País Vasco, y coordinados por Vicente Guilarte Gutiérrez, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid y abogado.

El estudio, artículo por artículo, sigue fielmente la estructura de la Ley en cuatro libros, incluyendo en cada comentario, sus antecedentes, la génesis del precepto y una breve referencia al Derecho Comparado.

Los artículos que hacen referencia a los procedimientos matrimoniales y de menores han sido comentados por Antonio Javier Pérez Martín, autor de la Obra Derecho de Familia, que también publica Editorial Lex Nova.

Los comentarios de los procedimientos de filiación y capacidad de las personas han corrido a cargo del Magistrado Eusebio Aparicio Auñón, habitual colaborador de esta revista.

La obra se presenta en una cuidada edición de cuatro tomos (4.868 páginas), encuadrada en tela, que incluye la versión de esta obra en formato cederrón, con una tabla de concordancias entre la antigua y la nueva Ley y un riguroso índice analítico.

TÍTULO: LAS UNIONES DE HECHO. ANÁLISIS DE LAS RELACIONES ECONÓMICAS Y SUS EFECTOS

*Autor: Carolina Mesa Marrero.
Editorial Aranzadi. 2000.*

Durante la última década del presente siglo ha aumentado en una progresión que podemos considerar geométrica el número de parejas de hecho estables, este crecimiento ha sido acompañado de un progresivo nivel de aceptación de esta realidad por parte de la sociedad española, al igual que ha ocurrido en los países de la Unión Europea donde en muchos de ellos su incidencia ha sido anterior y mayor. Desde que en el año 1982 se celebre el primer y único Congreso sobre parejas no casadas bajo el amparo del Consejo de Europa, los países de la Unión Europea han procurado adaptar sus respectivas legislaciones a este fenómeno convivencial. En nuestro país se han iniciado varios intentos de regulación estatal de esta materia, pero ninguno de ellos ha dado resultado. Sólo dos Comunidades Autónomas han dictado sendas leyes dirigidas a dar una solución detallada a estas uniones en convivencia de carácter estable, son: la Ley 0/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja aprobada por el Parlamento de Cataluña, y la Ley 6/ 1999, de 26 de marzo, relativa a las parejas estables no casadas de la Comunidad Autónoma de Aragón.

La legislación de carácter estatal, como se desprende de lo dicho en el párrafo anterior, no ha contemplado de manera completa y matizada este fenómeno, sino que sólo se refiere de una forma fragmentaria a algunos aspectos del mismo. Están siendo los Tribunales de justicia los que aplican soluciones coyunturales o de emergencia a las cuestiones concretas que estos tipos de convivencias plantean, cuestiones, por otro lado, que carecen de un oportuno tratamiento legislativo dado que la realidad social va por delante del Derecho. Hoy podemos decir que el legislador estatal debe abordar la realidad de las parejas de hecho con una regulación normativa propia, para poder así conseguir un criterio uniforme en la resolución por parte de los Tribunales de las contiendas jurídicas a ellos sometidas en este ámbito. La ausencia de una legislación específica que regule esta materia no hace sino generar problemas de muy difícil solución, cuando no, provocar —como dice el Preámbulo de la Ley aragonesa—, importantes injusticias: en unos casos, para los propios miembros de la pareja; en otros, y esto es mucho más grave, para la prole nacida de la misma. Desconocer el fenómeno desde el punto de vista legislativo no conlleva sino agravar esas situaciones de desamparo e injusticia que hoy sólo tratan de atajar los Tribunales de justicia.

La presente obra ofrece respuestas a las cuestiones, sobre todo y básicamente a las de carácter patrimonial, que las uniones de hecho plantean (*v. gr.*:

vivienda, obligación de alimentos, donaciones entre convivientes, formación y liquidación del patrimonio de los integrantes de la pareja, sucesorios,...) Las respuestas nos las propone la autora tras un debido cotejo de los escasos datos legales de nuestro ordenamiento, doctrinales y jurisprudenciales, y el oportuno contraste de algunos modelos de derecho comparado.

Hay que felicitar a la autora por el trabajo realizado, por la seriedad y minuciosidad de su ejecución, por la sistemática del mismo, por la utilidad del material que aporta y por sus observaciones.

JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA

LA CORUÑA

Los días 22 y 23 de septiembre se celebrarán en La Coruña las II Jornadas de Derecho de Familia organizadas por Enfoque XXI en colaboración con el Ilustre Colegio de Abogados de La Coruña y con la Asociación Española de Abogados de Familia. Los temas a tratar y ponentes serán los siguientes:

Las medidas previas, provisionales y definitivas en los procedimientos de familia: D.^a Susana Moya Medida. Abogado.

Los procesos matrimoniales. La Prueba. Los recursos: D. Ramón Tamborero del Pino, Abogado.

La ejecución de sentencias matrimoniales: D. Antonio Javier Pérez Martín, Secretario del Juzgado de Familia n.º 5 de Málaga.

El procedimiento para la liquidación de la sociedad de gananciales: D. Angel Rebolledo Varela, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela.

Procedimientos relativos a la modificación de medidas, parejas de hecho, menores y filiación: Ilmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

VALENCIA

Los días 29 y 30 de septiembre se celebrarán en Valencia (Salón de Actos del Colegio de médicos) las IV Jornadas de Derecho de Familia organizadas por Enfoque XXI en colaboración con el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia y con la Asociación Española de Abogados de Familia. Los temas a tratar y ponentes serán los siguientes:

Las medidas previas, provisionales y definitivas en los procedimientos de familia: D.^a Susana Moya Medida. Abogado.

Los procesos matrimoniales. La Prueba. Los recursos: D. Luis Zarraliqui, Abogado y Presidente de la Asociación Española de Abogados de Familia.

La ejecución de sentencias matrimoniales: D. Antonio Javier Pérez Martín, Secretario del Juzgado de Familia nº 5 de Málaga.

El procedimiento para la liquidación de la sociedad de gananciales: D. Angel Rebolledo Varela, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela.

Procedimientos relativos a la modificación de medidas, parejas de hecho, menores y filiación: Ilma. Sra. D^a Pilar González Vicente, Magistrada-Juez del Juzgado de Familia nº 29 de Madrid.

SEVILLA

Durante los días 5 y 6 de octubre próximo se celebrarán en Sevilla (c/ Chicarrereros s/n) las V Jornadas de Derecho de Familia organizadas por la Asociación Española de Abogados de Familia en colaboración con el Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla. En esta ocasión dichas jornadas están dedicadas con carácter monográfico a los procedimientos de familia en la nueva LEC. Los temas a tratar y los ponentes son los siguientes:

Procedimientos relativos a modificación de medidas, parejas de hecho, menores y filiación: Ilma. Sra. D.^a Margarita Pérez Salazar, Magistrada del Juzgado de 1.^a Instancia n.º 3 (Familia) de Pamplona.

Las medidas provisionales y definitivas en los procedimientos de familia: Ilma. Sra. D.^a Pilar González Vicente, Magistrada del Juzgado de 1.^a Instancia n.º 29 (Familia) de Madrid.

Los procesos matrimoniales: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda, Magistrado del Tribunal Supremo.

La ejecución de sentencia: D. Antonio Javier Pérez Martín, Secretario del Juzgado de 1.^a Instancia n.º 5 (Familia) 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.

La apertura correrá a cargo del Excmo. Sr. D. Augusto Méndez de Lugo y López de Ayala, Presidente del TSJ de Andalucía y la clausura se efectuará por el Excmo. Sr. D. Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Presidente de la AEAFF y por el Excmo. Sr. D. José Joaquín Gallardo Rodríguez, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla.

BARCELONA

Los días 20 y 21 de Octubre se celebrarán en Barcelona unas jornadas monográficas sobre “Los procedimientos de familia en la nueva LEC” organizadas por Enfoque XXI en colaboración con la Asociación Española de Abogados de Familia. Los temas a tratar y ponentes serán los siguientes:

Las medidas previas, provisionales y definitivas en los procedimientos de familia: D. Luis Zarraluqui, Abogado y Presidente de la Asociación Española de Abogados de Familia.

Los procesos matrimoniales: La Prueba. Los recursos: D. Ramón Tamborero del Pino, Abogado.

La ejecución de sentencias matrimoniales: D. Antonio Javier Pérez Martín, Secretario del Juzgado de Familia nº 5 de Málaga.

El procedimiento para la liquidación de la sociedad de gananciales: D. Francisco Vega Sala, Abogado.

Procedimientos relativos a la modificación de medidas, parejas de hecho, menores y filiación: Ilma. Sra. D^a. Mercedes Caso Señal, Magistrada Juez de Familia de Barcelona.

VI CURSO DE FORMACIÓN EN MEDIACIÓN FAMILIAR

El próximo mes de noviembre dará comienzo el “VI Curso de Formación en Mediación Familiar”, organizado por la Unión de Asociaciones Familiares (UNAF), y con el siguiente programa.

- Introducción al concepto de mediación familiar.
- Aspectos jurídicos y psicosociales de la separación y el divorcio.
- Estructura y etapas del proceso de mediación familiar.
- Modelos teóricos de acercamiento a la mediación.
- Obstáculos y agentes facilitadores de la comunicación. Técnicas específicas de la mediación.
- Tipos de conflicto y su gestión positiva.
- Fase de integración I.

- Entrevistas de acogida y premediación.
- Responsabilidades parentales.
- Elaboración del presupuesto económico.
- Aspectos fundamentales sobre el reparto de bienes.
- El lugar del hijo en la mediación.
- Fase de integración II.
- El “saber ser” del mediador.

Información: Unión de Asociaciones Familiares. C/ Alberto Aguilera, 3, 1.º izqda. A. 28015 Madrid. Telf.: 981.446.31.62 / 50. Fax: 91.445.90.24. E-mail: unaf@ctv.es

LUIS ZARRALUQUI NOMBRADO PRESIDENTE DEL CAPÍTULO EUROPEO DE LA INTERNATIONAL ACADEMY OF MATRIMONIAL LAWYERS

La International Academy of Matrimonial Lawyers (IAML) ha nombrado, en su congreso anual que se ha celebrado en Chipre, Presidente de su Capítulo Europeo a Don Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga.

La IAML es una asociación a nivel mundial que reúne a abogados expertos en derecho de familia en sus respectivos países.

La Academia fue fundada en 1986 siguiendo el éxito de la American Academy of Matrimonial Lawyers, una organización creada en 1962 para perfeccionar la práctica del derecho y la administración de justicia en el campo del derecho de familia en Estados Unidos. Desde 1986 la Academia ha crecido enormemente, no sólo en cuanto al número de miembros, sino también en el número de países representados. Originariamente la mayoría de sus miembros eran americanos o ingleses, pero el número de países representados en estos momentos asciende a 23 y el número total de miembros supera los 300. En la actualidad la Academia tiene dos organizaciones regionales o capitales, el europeo y el americano. Además de miembros europeos y americanos, hay otros de Australia, Canadá, Hong Kong, Israel, Sudáfrica y Sudamérica.

Son miembros de esta Academia los españoles Domingo Medina Riera, Jorge Marfil Gómez, José M.^a Ferré Martí, Isabel de los Riscos Angulo y Luis Zarraluqui Navarro.

Para poder llegar a ser miembro de la IAML se ha de ser invitado por la propia Academia, con aprobación del Comité de Admisión general y del especí-

fico de cada capítulo. Para ser aceptado como miembro es necesario que los candidatos tengan un reconocido prestigio y reputación profesional, demuestren un interés activo en el derecho de familia y exhiban un alto nivel de competencia dentro del marco exigido por el Comité de Admisión y aprobado por el Comité de Dirección.

El primer objetivo de la IAML es mejorar el nivel de experiencia de los abogados de derecho de familia alrededor del mundo y proporcionar una organización a través de la cual sus miembros puedan obtener la mejor asistencia profesional sobre temas de derecho matrimonial internacional en cualquier parte del mundo.

Además de su principal objetivo, la Academia promueve la publicación de artículos, libros y demás literatura explicando y aconsejando sobre derecho de familia y comparando las distintas legislaciones. Promueve la promulgación de reformas legislativas y, cuando es posible, la armonización de leyes, particularmente las relativas a aspectos sustantivos.

El objetivo de la IAML es continuar aumentando el número de sus miembros, para lograr tener el mayor número de especialistas en derecho de familia en el mundo. Intenta también ser una importante voz en la práctica, desarrollo y, en la medida de lo posible, armonización del derecho de familia a nivel mundial.

CONCLUSIONES DEL SEGUNDO CONGRESO EUROPEO DE DERECHO DE FAMILIA CELEBRADO EN ALICANTE LOS DÍAS 24 AL 28 DE MAYO DE 2000

Área *EL GENOMA HUMANO.*

Ponencia: *LA INTIMIDAD DEL GENOMA Y LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS DE PATERNIDAD.*

Ponente: *Luis Zarraluqui. Abogado.*

Primera.—El derecho a la determinación de la filiación no es un derecho fundamental, pero es un derecho preeminente, que debe ser respetado, y que tiene que ser regulado, así como la práctica de las pruebas biológicas.

Segunda.—Deben establecerse plazos de caducidad de las acciones tanto de impugnación como de reclamación de paternidad o maternidad, que deben ser iguales para ambas acciones y computarse desde que el actor tiene conocimiento de los hechos base de su acción o sospechas sobre los mismos. Estos

plazos no comenzarán a correr durante la minoría de edad de los hijos o mientras estén declarados incapacitados.

Tercera.—Las acciones de filiación deberán ser admitidas por Auto, sólo si la relación de hechos contiene un grado de verosimilitud y se acompaña a la demanda una prueba sumaria de la realidad de tales hechos. En caso de que el actor no disponga de tal prueba, propondrá los medios de prueba de que se proponga valer para acreditar tal verosimilitud y practicada la que el juez considere pertinente, a la vista del resultado, el Juez acordará o no su admisión. También podrá denegarse la admisión o rechazarse la acción, cuando la misma contraviniera el principio del beneficio del menor. Contra la admisión no se dará recurso alguno. Contra la denegación cabrá recurso de apelación ante la Audiencia Provincial.

Cuarta.—Se regulará la práctica de la prueba biológica de paternidad y la citación de las partes para la toma de muestras en el organismo designado para ello por el Juez, señalando que se considerará negativa a dicha práctica, la inasistencia al acto de toma de muestras por dos veces, sin justa causa a juicio del Juez. Igualmente, se regulará la toma, custodia y conservación de muestras, la realización de las pruebas, el alcance limitado de los exámenes, el secreto de los resultados, la destrucción de los informes y la posibilidad de una prueba contradictoria.

Quinta.—En los supuestos de negativa, expresa o tácita, de acuerdo con la conclusión anterior, a la toma de muestras decretada por el Juez para la realización de la prueba biológica de paternidad, el Juez, además de imponer las sanciones oportunas por negativa a colaborar con la administración de Justicia, podrá ordenar la obtención de tales muestras por los organismos designados para la práctica de la prueba, incluso contra la voluntad de las personas, recurriendo incluso al concurso de la fuerza pública, siendo dichas muestras, en estos casos, las mínimas posibles de cabello de las personas que se hubieran negado.

Sexta.—Si una paternidad hubiera sido determinada por otro medio que no fuera la prueba biológica, incluso por medio de sentencia firme, podrá ser modificada cuando existiera la mencionada prueba biológica, con resultado diferente del ya determinado.

Área: *EL GENOMA HUMANO.*

Ponencia: *PATENTABILIDAD DE LAS INVENCIONES GENÉTICAS.*

Ponente: *Antonio Pérez-Tenessa. Consejero Permanente de Estado.*

El avance tecnológico en el sector de la biología, y más concretamente en lo relativo al genoma humano, no hay quien lo pare. Las inversiones, tanto públicas como privadas, que se vienen realizando en este campo son muy cuantiosas. El sistema de patentes ha demostrado ser un estímulo para los investiga-

dores y un buen modo de retribuir el esfuerzo de los inversionistas. La tendencia aperturista sirve mejor a los intereses generales de un país que no quiere quedarse rezagado y a los intereses particulares de unos profesionales. Además, hay fundamentos jurídicos suficientes para sostener la patentabilidad de las invenciones biotecnológicas aunque todavía no se ha llevado a cabo en España la transposición de la Directiva 98/44/CE.

Por tanto, en conclusión, creemos que las invenciones relacionadas con el genoma humano son, ya desde ahora, patentables en España aplicando los mismos criterios que rigen para la patente europea.

Área: LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO DE FAMILIA.

Ponencia: LA OPCIÓN RELIGIOSA EN EL TRATAMIENTO PROCESAL DE LAS CRISIS MATRIMONIALES. SU RECONOCIMIENTO EN LA UNIÓN EUROPEA.

Ponente: Rafael Rodríguez Chacón. Abogado. Universidad Complutense de Madrid.

Primera.—Cuando se está en trance de una crisis matrimonial, es un fenómeno generalizado en Europa el atribuir sólo efectos muy matizados y casi siempre indirectos a la opción religiosa que acaso efectúen los cónyuges.

Segunda.—Precisamente por eso llama la atención que, en ese contexto, tres países de la Unión Europea —lo cual es un porcentaje apreciable, ya que representa una quinta parte de los Estados miembros— tengan prevista en su legislación la posibilidad de que algunos de sus ciudadanos opten por solventar ante la jurisdicción religiosa de la Iglesia Católica el tratamiento procesal de su crisis conyugal. El fenómeno resulta tanto más llamativo cuando ocurre que ninguno de los quince —tampoco esos tres— permite algo parecido con otras religiones.

Tercera.—No encuentro justificado que tal singularidad se haya tenido en cuenta en el Reglamento elaborado a partir de Bruselas II, al menos con la extensión con la que se ha contemplado. En efecto, puede entenderse que el reglamento comunitario tome la cautela de aclarar que sus disposiciones no afectarán a los compromisos concordatarios que Portugal, Italia y España tienen asumidos con la Iglesia Católica. Seguramente, esos compromisos conectan con la idiosincrasia de estos tres países y hasta forme parte de su identidad cultural. Pero esto es una cosa y otra muy distinta el abrir la posibilidad de que los tres países en cuestión vayan a exportar a todos los demás miembros de la Unión algo que para los demás países europeos será anómalo y extraño.

Cuarta.—Matizando la anterior idea y profundizando en ella, añadiría que es indudable la buena intención que ha animado a los autores del Reglamento a incluir las resoluciones canónicas homologadas en Portugal, España o Italia

entre aquellas resoluciones matrimoniales que han de surtir efectos en los demás Estados de la Unión Europea. Se trata de una iniciativa que no puede tacharse de ilógica, pues pretende que, quien ha obtenido en uno de esos tres países la declaración —jurídicamente eficaz en el ámbito civil— de que, aunque un día celebró matrimonio, realmente no ha estado válidamente casado, pueda obtener que esa declaración resulte también operativa en todos los demás Estados miembros.

Quinta.—Dicho lo anterior, convendría tener especialmente en cuenta que la Santa Sede, que no es un miembro de la Unión, no ha pretendido ese efecto extensivo para sus resoluciones concordatarias. No se les irrogaría ofensa alguna por no atribuir a sus decisiones matrimoniales efectos en los Estados miembros que no han pactado con la Iglesia un concordato. Porque, de no haberse incluido el artículo 40 en el Reglamento, se daría a las resoluciones canónicas con cobertura en los Concordatos suscritos en Portugal, España e Italia un tratamiento idéntico al que se da a los exequatur que puedan tener comprometidos en instrumentos bilaterales con terceros Estados; tampoco esos exequatur son traspolables a los demás países de la Unión.

Sexta.—En cambio, de este modo, el mecanismo arbitrado supone someter a las resoluciones canónicas a un “segundo juicio de homologación”, ya no sujeto a las normas concordadas con la Iglesia, sino a la peculiar lógica del Reglamento mismo y subordinada a la concreta forma de que cada país tenga de entender un concepto, por lo demás variable en el espacio y en el tiempo, como es el orden público. Y esto sí puede desembocar en situaciones poco gratas para todos. Ha de tenerse en cuenta que el concepto mismo de nulidad de matrimonio, que para los canonistas resulta asequible y coherente, desde una mentalidad secularizada tiene otras connotaciones y, a veces, un significado muy diverso; para algunos países europeos, como Finlandia y Suecia, es incluso un concepto superado y decididamente anómalo; por lo mismo, no sería de extrañar que sea tratado con singular recelo.

Séptima.—Como a todo ello se unen muy patentes disfunciones que produce en el propio Reglamento la inclusión de las resoluciones matrimoniales canónicas homologadas por los Tribunales de Portugal, Italia y España entre aquellas que tendrán que reconocer también aquellos países que no tienen compromiso concordatario, en mi modesta opinión, debería reconsiderarse este punto y dar marcha atrás. Si no se quiere rectificar del todo, sugiero una vía intermedia: puntualizar, al menos, que sólo si las resoluciones matrimoniales canónicas concordatarias son aceptadas por ambos interesados y lo pide su eficacia sea cuando puedan acogerse al régimen trazado por el Reglamento. Una fórmula así podría conectarse con un concepto menos forzado de la autonomía de la voluntad; y quién sabe si tal vez podría hacerse extensible a otras confesiones religiosas.

Quizá el período que parece va a mediar ente la publicación del Reglamento y su aplicabilidad real proporcione una ocasión para considerar estas otras opciones.

Área: LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO DE FAMILIA.

Ponencia: EL CONVENIO REGULADOR Y SU APROBACIÓN JUDICIAL.

Ponente: José Almagro Nosete. Magistrado del Tribunal Supremo.

Primera.—El convenio regulador tiene una naturaleza bifronte de negocio jurídico privado, en cuanto a los pactos que fuera del contenido mínimo no desvirtúan éste, ni incidan sobre los límites que aquél no puede violentar, así como de negocio jurídico procesal, en cuanto que su incorporación al proceso y aprobación judicial determina que despliegue eficacia con plenitud.

Segunda.—El control del convenio regulador no es necesariamente formal, sino que afecta al examen material de su contenido en orden a establecer que no lesione el interés de los hijos, no perjudique gravemente a uno de los cónyuges.

Tercera.—La firmeza de la sentencia que pone término al proceso impide que, por vicios procesales que deberían haber sido objeto de recurso, se ataque indirectamente la validez del convenio.

Cuarta.—El convenio, no obstante, pese a la firmeza de la resolución, puede ser impugnado por los vicios sustanciales que determinarían la nulidad de la transacción.

Quinta.—La liquidación de la sociedad de gananciales practicadas en el convenio regulador no impide, en su caso, la rescisión por lesión de la partición efectuada.

Área: DERECHOS Y GARANTÍAS DE LOS MENORES EN EL DERECHO EUROPEO.

Ponencia: EL MINISTERIO FISCAL COMO GARANTE DE LOS DERECHOS DEL MENOR.

Ponente: Luis María Delgado López. Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de Valladolid.

El Ministerio fiscal, en cuanto protector del interés público, asume la defensa del interés del niño en tanto que es interés público y derecho fundamental suyo. Le ha venido siendo encargada dicha defensa paulatinamente a lo largo de la historia, a partir del momento en que fueron reconocidos al menor derechos específicos preferente a los de sus padres.

Con la Ley 5/2000 se ha conseguido un ajuste a los Convenios Internacionales a nivel legislativo, pero en la práctica se tropieza con las carencias de

medios personales y materiales para la efectiva defensa de los derechos del menor.

Al asumir el Ministerio Fiscal la defensa del menor, la identidad de aquél puede redefinirse acercándose más al término magistratura de amparo. Por tanto, se desdoblaría su actuación profesional de una parte como acusador en las causas penales, y como defensor en las causas en las que son parte los menores, teniendo en estas últimas que asumir un papel efectivo y directo.

Área: DERECHOS Y GARANTÍAS DE LOS MENORES EN EL DERECHO EUROPEO.

Ponencia: LOS CONVENIOS Y LOS ACUERDOS BILATERALES EN MATERIA DE MENORES.

Ponente: Alegría Borrás. Catedrática de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Barcelona.

La situación actual es insatisfactoria desde el punto de vista de los litigios matrimoniales en cuanto afectan a los hijos por la insuficiencia de normas convencionales que regulen estos aspectos.

No obstante, son numerosos los convenios bilaterales y multilaterales relativos a distintos aspectos de la protección de los niños. Los convenios bilaterales pueden resultar útiles para resolver cuestiones puntuales, pero resultan más satisfactorios los convenios multilaterales, y en particular, los elaborados en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

En este contexto, es de destacar la importancia de la adopción del Reglamento Comunitario sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial, incluyendo las cuestiones relativas a la responsabilidad parental, respecto a los hijos comunes (Bruselas II), que se aprobará próximamente. Un instrumento de esta naturaleza será de utilidad al ciudadano europeo y constituye un eslabón en la construcción del espacio judicial europeo.

Área: LAS PAREJAS DE HECHO: SU REGULACIÓN EN EL DERECHO EUROPEO.

Ponencia: LAS UNIONES EXTRAMATRIMONIALES: LOS ASPECTOS COMPETENCIALES Y PROCESALES.

Ponente: Eduardo Hijas Fernández. Presidente de la sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

Sin perjuicio de haber concretado y aclarado, en la medida de lo posible, las cuestiones competenciales y procesales, en lo que concierne a los pleitos sobre custodia y alimentos, la nueva legalidad ha desperdiciado tan irrepetible

oportunidad para regular globalmente esta materia, ignorando una realidad social que, en continua expansión, está necesitada de una clarificación en sus diversos aspectos jurídicos, y entre ellos el procesal, lo que puede dar lugar, como hasta el presente momento, a dispares criterios de actuación judicial.

Lo único que en la misma se contempla de forma expresa son las contien- das afectantes a los hijos comunes, y con limitación, además de los aspectos de custodia, alimentos y medidas cautelares, con remisión de las normas aplicables en los procesos de separación, divorcio o nulidad. En consecuencia, parece que toda otra pretensión, ya afectante a los hijos —visitas, uso del domicilio— y a los propios convivientes —pensiones, indemnizaciones, liquidación de la comunidad económica que pudieran haber constituido—, deberá discurrir por un *iter* distinto, esto es ya el juicio verbal ya el ordinario (artículos 548 y ss.), sin posibilidad de acumulación, ni siquiera en vía reconvenzional.

Por lo demás, no existirá ya problema alguno en orden a la ejecución provi- sional de la sentencia, dado que, con carácter general, dispone el artículo 774-5 que “los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta”.

No intento con todo ello hacer un juicio catastrofista de la nueva legalidad, que aporta criterios modernos y prácticos en muchas de las materias contempla- das en la misma, sino tan sólo apuntar algunos de los problemas derivados de su contenido, cual acaece necesariamente con toda reforma legislativa, que proba- blemente, en muchos de sus aspectos, habrán de encontrar soluciones a través de criterios que sienten Juzgados y Tribunales. No deja, sin embargo, de ser lamentable que no se hayan abordado en dicha Ley, quizás por falta de las debidas consultas y asesoramientos, problemas que podrían haber obtenido una mejor y más precisa regulación.

Área: LAS PAREJAS DE HECHO: SU REGULACIÓN EN EL DERE- CHO EUROPEO.

Ponencia: LAS UNIONES EXTRAMATRIMONIALES EN ESPAÑA.

Ponente: Antonio Ripoll Jaén. Notario.

Primera.—Nos son satisfactorias las Proposiciones de Ley presentadas en la anterior Legislatura por los grupos parlamentarios de Izquierda Unida-Inicia- tiva por Cataluña, Partido Socialista, Coalición Canaria y Grupo Popular, por las razones que se indican en la Ponencia.

Segunda.—La proposición del Grupo Popular presenta graves problemas en cuanto al contenido de la escritura pública, ya que parece posibilitar, aparen- temente, la sucesión contractual, desestabilizando con ello el sistema del CC, que la prohíbe en el art. 1271: presentando graves problemas de interpretación.

La Ley francesa sobre “Pacto Civil de Solidaridad y Concubinato”, por aquel entonces sólo Proyecto de Ley, no se parece en nada a la proposición popular, siendo aquélla la de superior calidad.

Tercera.—Deben regularse en leyes independientes las uniones heterosexuales, las homosexuales y la situación jurídica del transexual: una Ley para cada una de estas situaciones.