

El efecto 2001

Desde hace algunos años se vaticinaba que el día uno de enero del año 2000 muchas cosas podrían dejar de funcionar. El problema estaba en que gran parte de los sistemas informáticos sólo asignaban a los años dos dígitos, lo que lógicamente crearía un conflicto importante en todas aquellas operaciones que dependieran de fechas cuando del 99 pasásemos al 00. ¿Qué se podía hacer ante tan trágicos augurios? Más de uno atrasó la fecha del ordenador, pero claro, esto no era demasiado serio, así que comenzó una arrolladora campaña de adaptación al efecto 2000. Surgieron empresas especializadas, se publicaron infinidad de libros, innumerables programas informáticos solucionaban el problema, se celebraron jornadas de prevención del efecto 2000 y, sobre todo, se hicieron multitud de pruebas para comprobar que, efectivamente, estábamos adaptados al nuevo milenio.

Aún no repuestos del efecto 2000, todos los juristas —e indirectamente todos los ciudadanos— nos vemos de pronto amenazados por el efecto 2001. Efectivamente, en los primeros días del próximo año (si nadie lo remedia) entrará en vigor la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil que sin duda supondrá una auténtica revolución en la administración de justicia (realmente se debería llamar “la aplicación de la ley” en vez de “la administración de justicia” porque eso de justicia parece muy profundo, y a veces aplicando la ley muchas personas dicen que no hay justicia).

Sobre el juez —que ahora se llama tribunal— recaerá todo el peso de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: deberá dictar un auto para admitir la demanda, celebrar las vistas, presenciara las declaraciones de las partes (con interminables interrogatorios cruzados) y de testigos (con preguntas y repreguntas orales), los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen y cualquier otro acto de prueba que, conforme a lo dispuesto en esta Ley, deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente (todo ello

será extensible al cumplimiento de exhortos en los que se interesen diligencias de este tipo). En fase de ejecución, dictará auto despachándola, y en caso de oposición del ejecutado celebrará la vista correspondiente. En la liquidación de la sociedad de gananciales, si surgen discrepancias en la formación del inventario o en el cuaderno particional, también deberá intervenir y celebrar la vista o juicio.

Para que quede constancia de todo ello, el art. 147 de la nueva LEC señala que “las actuaciones orales en vistas y comparecencias se registrarán en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen”, aunque luego, el art. 187 elimina la imagen y deja el sonido, y al final, incluso sin imagen y sin sonido. Si todo esto se lleva a efecto tal y como ha previsto el legislador, surgirán una serie de imprevistos. ¿Habrá medios de grabación en todos los juzgados? Si sólo se dota a algunas Salas de Audiencia de estos medios y hay que compartirlas entre todos los juzgados, el retraso en los señalamientos será la norma (en muchos juzgados de familia hay señalamientos todos los días). ¿Quién manipulará las cámaras? ¿Quién duplicará las cintas para entregar las copias a las partes? ¿Será necesario que el Secretario Judicial visioné la cinta después de cada juicio y certifique el contenido de la misma? ¿Si el tribunal lo considera necesario y hay que transcribir la grabación, se ha pensado el tiempo que se invertirá en esta tarea?...

Esperemos que las partes no se dejen llevar por los avances tecnológicos, porque puestos a innovar ¿sería admisible una demanda de separación o divorcio presentada en vídeo? Desde luego, nada sería más real. El hecho que hace referencia a la fecha en que se contrajo el matrimonio podía ilustrarse con unas imágenes del día de la boda; el nacimiento de los hijos se acreditaría con el vídeo que suele grabarse en la clínica (¡tengo un amigo que grabó el parto de su primer hijo!) o del bautizo; el referente a la vivienda familiar quedaría perfecto mostrándole al juez unas imágenes recorriendo cada una de las habitaciones del domicilio (luego serviría para hacer el inventario de bienes muebles); como causa de separación podrían servir las imágenes de una discusión familiar. La contes-tación seguiría las mismas reglas, aunque como generalmente se trata de aparentar que no se tienen ingresos, se aconseja la grabación en blanco y negro y sin maquillaje.

¿Es tan necesario que las vistas de los procesos matrimoniales queden registradas en soporte magnético? No dudamos de la utilidad de estos medios en procesos penales, pero extenderlos a los procedimientos

civiles y en especial a los de familia puede ser un esfuerzo presupuestario inútil e innecesario, máxime si aún existen en nuestro país muchos juzgados que sólo cuentan con máquinas de escribir.

¿Podemos afirmar que los juzgados y tribunales están adaptados al efecto 2001? Si la inmensa, por no decir la totalidad de los juzgados civiles y en especial los juzgados de familia están soportando un número mayor de demandas que la establecida por el CGPJ como módulo aceptable, nos tememos que la nueva LEC y “sus grabaciones” nos van a traer “retrasos” en la tramitación de los asuntos y quizás, la extinción por agotamiento de los jueces de familia.

La estructura piramidal de los juzgados con una importante base de funcionarios, pero con una sola persona para resolver (los Secretarios judiciales ya no pueden dictar autos propuesta, ni propuestas de providencia) es posible que no resista más cambios procedimentales. La nueva LEC está pensada para otros juzgados muy diferentes. Si se quiere dar fiel cumplimiento a sus normas es necesario modificar esa estructura piramidal reduciendo la base (un juez, un secretario, y dos o tres funcionarios a lo sumo) y por supuesto reduciendo drásticamente el número de asuntos a incoar por año. Si no se quiere dar fiel cumplimiento, habrá que seguir como estamos, aunque quizás eso ya no sea posible si nos mira atenta una cámara de vídeo.

Mucho nos tememos que no haya adaptación al efecto 2001 y que, a excepción de unos precipitados cursos de información para funcionarios y la distribución de unos cuantos ejemplares de la LEC, a primeros del próximo año tengamos que ir improvisando, sin prever los perjuicios que ello pueda generar en los justiciables.

Antonio Javier Pérez Martín

ÍNDICE

Página

ESTUDIOS DOCTRINALES

— La separación de hecho. <i>Juan José Reyes Gallur</i>	21
— La mediación familiar intrajudicial (un reto para la práctica del derecho de familia). <i>Pascual Ortuño Muñoz</i>	43
— Aspectos jurídico-legales de la crioconservación de gametos en pacientes neoplásicos. <i>Carmen Sánchez Hernández</i>	67

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	87
I. Prueba biológica en procedimientos de filiación (<i>Auto de 14 de junio de 1999</i>)	87
II. Procedimiento de menores (<i>Auto de 14 de junio de 1999</i>)	90
TRIBUNAL SUPREMO	99
I. Filiación	99
1. Reclamación de paternidad no matrimonial cuando falta la posesión de estado (<i>Auto de 9 de marzo de 1999</i>)	99
2. Reclamación de paternidad con posesión de estado (<i>S. de 13 de marzo de 1999</i>)	100
3. Legitimación para reclamar la filiación paterna no matrimonial (<i>S. de 22 de marzo de 1999</i>)	102

	<u>Página</u>
II. Regímenes económicos-matrimoniales	105
1. Régimen de separación de bienes	105
1.1. Responsabilidad por deudas en el régimen de separación de bienes (<i>S. de 6 de marzo de 1999</i>)	105
2. Sociedad de gananciales	108
2.1. Gestión y disposición de bienes gananciales (<i>S. de 15 de febrero de 1999</i>)	108
2.2. Responsabilidad por deudas contraídas por un cónyuge (<i>S. de 27 de marzo de 1999</i>)	111
2.3. Resolución de compraventa de un bien ganancial dirigida exclusivamente contra uno de los cónyuges (<i>S. de 9 abril de 1999</i>)	114
2.4. Pacto de no liquidación de los bienes (<i>S. de 15 de marzo de 1999</i>)	116
III. Separación y divorcio	119
1. Legitimación para ejercitar la acción de separación o divorcio (<i>S. de 27 de febrero de 1999</i>)	119
IV. Patria potestad	123
1. Responsabilidad civil de los padres por daños causados por los hijos sujetos a patria potestad (<i>S. de 12 de mayo de 1999</i>)	123
V. Sucesiones	125
1. Inexistencia de simulación en la donación de un inmueble (<i>S. de 6 de marzo de 1999</i>)	125
2. Donación modal: revocación por incumplimiento de la donataria (<i>S. de 6 de abril de 1999</i>)	127

	<u>Página</u>
VI. Penal	131
1. Responsabilidad civil subsidiaria de la Administración respecto a menor declarado en desamparo (<i>S. de 26 de marzo de 1999</i>)	131
TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA	137
I. Regímenes económicos matrimoniales (<i>TSJ ARAGÓN, S. de 26 de febrero de 1999</i>)	137
II. Pensiones de viudedad	143
1. Concurrencia de dos beneficiarias en la pensión de viudedad (<i>TSJ CANARIAS, S. de 5 de febrero de 1999</i>)	143
III. Derecho fiscal (<i>TSJ CANARIAS, S. de 28 de enero de 1999</i>) ..	145
AUDIENCIAS PROVINCIALES	147
I. Causas de separación, divorcio y nulidad	147
1. Separación	147
1.1. La circunstancia de que el padre dejara de abonar cantidades para el sustento de la familia es causa de separación. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 26 de julio de 1999</i>	147
2. Divorcio	149
2.1. Desestimación de la demanda de divorcio al no haberse acreditado que la separación de hecho fue libremente consentida. <i>AP MÁLAGA, Sec. 5.ª, S. de 23 de abril de 1999</i>	149

	Página
3. Nulidad	150
3.1. Desestimación de la demanda de nulidad matrimonial al no haberse acreditado un diagnóstico médico de la enfermedad que la esposa pudiera padecer, ni de su gravedad o alcance, ni, en último término, de que dicha anomalía ya existiera, aun en forma latente, al tiempo de la celebración del matrimonio. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 13 de julio de 1999</i>	150
II. Patria potestad, guarda y custodia, y régimen de visitas	152
1. Patria potestad	152
1.1. No procede privar de la patria potestad al no haberse acreditado motivo alguno para ello, ya que solo constan simples afirmaciones de parte tal como que el demandado ha insultado y maltratado de palabra y psicológicamente a los menores. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 15 de julio de 1999</i>	152
2. Guarda y custodia	153
2.1. Cambio de guarda y custodia a favor del padre como consecuencia de la obstaculización del régimen de visitas por parte de la madre. <i>AP MÁLAGA, Sec. 5.ª, Auto de 31 de marzo de 1999</i>	153
2.2. No procedencia de la guarda y custodia compartida por periodos de tiempo. <i>AP BARCELONA, Sec. 18.ª, S. de 30 de abril de 1999</i>	154
2.3. Atribución de la guarda y custodia al padre en base a que éste se encargará de facilitar una mayor y más normalizada relación con los progenitores al presentar un mayor equilibrio psicológico. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 5 de julio de 1999</i>	155

	<u>Página</u>
3. Régimen de visitas	157
3.1. No procede ampliar las visitas del padre heroinómano sin haber justificado cambio alguno en esta situación y, sin, ni siquiera, constancia de haber cumplido con el deber de relacionarse con la menor en la forma recogida en la sentencia. <i>AP CÓRDOBA, Sec. 2.ª, S. de 15 de abril de 1999</i>	157
3.2. No es conveniente para la menor ni para los padres la fijación de un régimen de visitas de fines de semana alternos durante todo el año sin contemplar períodos de vacaciones. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 20 de abril de 1999</i>	158
III. Vivienda familiar	159
1. No procede fijar en la sentencia de separación medidas respecto al abono de un préstamo hipotecario sobre una vivienda que no constituye el domicilio familiar, ya que disuelta la sociedad de gananciales el régimen jurídico es el de la comunidad ordinaria. <i>AP GRANADA, Sec. 3.ª, S. de 16 de marzo de 1999</i> .	159
2. Acreditado que los hijos y la esposa tienen su domicilio en otra vivienda no existe obstáculo para, hasta que se liquide la sociedad de gananciales, se atribuya el uso de la vivienda familiar al esposo. <i>AP BADAJOZ, Sec. 1.ª, S. de 27 de abril de 1999</i> .	161
3. No atribución del uso del domicilio familiar a la esposa e hijo, ya que el mismo pertenecía con anterioridad al esposo y a los hijos del primer matrimonio que siguen utilizando la vivienda. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 16 de julio de 1999</i>	162
IV. Pensión alimenticia y contribución a las cargas del matrimonio	163
1. No procede fijar alimentos a los hijos en un procedimiento matrimonial cuando estos conviven con los abuelos. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 25 de junio de 1999</i>	163
2. Extinción de la pensión alimenticia del hijo mayor de edad que percibe ingresos por la realización de su actividad laboral y ha adquirido un vehículo nuevo. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 30 de junio de 1999</i>	164

	Página
V. Pensión compensatoria	165
1. No fijación de pensión compensatoria en los matrimonios de escasa duración. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 25 de marzo de 1999</i>	165
2. Procede declarar extinguida la pensión compensatoria al quedar acreditado que la beneficiaria de la misma convivía en el domicilio del tercero y mantenían una c/c a nombre de ambos. <i>AP ASTURIAS, Sec. 5.ª, S. de 24 de marzo de 1999</i>	165
3. No procede temporalizar la pensión compensatoria teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el caso. <i>AP ASTURIAS, Sec. 1.ª, S. de 18 de marzo de 1999</i>	166
4. No procede fijar una pensión compensatoria a favor de la esposa cuando lo peticionado en la demanda era una contribución a las cargas del matrimonio. <i>AP ZARAGOZA, Sec. 2.ª, S. de 24 de marzo de 1999</i>	167
5. No es procedente fijar una pensión compensatoria en un procedimiento de modificación de medidas del divorcio. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 27 de marzo de 1999</i>	168
6. La circunstancia de que se haya liquidado la sociedad de gananciales no impide la fijación de una pensión compensatoria. <i>AP ALBACETE, S. de 22 de mayo de 1999</i>	169
VI. Cuestiones procesales	169
1. No existe ningún obstáculo para que, en fase de apelación, los cónyuges puedan solicitar el cambio de procedimiento conforme a lo establecido en el apartado K) de la disposición adicional 6.ª <i>AP ASTURIAS, Sec. 4.ª, S. de 23 de marzo de 1999</i>	169
2. Procede fijar litisexpensas en el procedimiento de divorcio, aun cuando se encuentre disuelta la sociedad de gananciales. <i>AP CÓRDOBA, Sec. 1.ª, S. de 17 de marzo de 1999</i>	170
3. El progenitor con el que convive el hijo mayor de edad tiene legitimación para solicitar la pensión alimenticia de estos en el procedimiento de divorcio. <i>AP ALICANTE, Sec. 5.ª, S. de 22 de marzo de 1999</i>	172

	<u>Página</u>
VII. Ejecución de sentencias	173
1. Procede descontar de la cantidad reclamada por el progenitor custodio, y solo por esta vez, las cantidades que el no custodio ha abonado en concepto de comedor escolar de la hija. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, Auto de 7 de julio de 1999</i>	173
2. Eficacia retroactiva de la pensión alimenticia fijada por la Audiencia Provincial desde la fecha de la sentencia de instancia. No devolución de pensiones alimenticias ya abonadas. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, Auto de 6 de julio de 1999</i>	174
3. Condena en costas e intereses a la parte que incumple lo resuelto en la sentencia matrimonial. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, Auto de 23 de junio de 1999</i>	175
4. Eficacia de la pensión compensatoria desde la sentencia de 1.ª instancia al haber sido confirmada en apelación. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 16 de julio de 1999</i>	176
VIII. Régimen económico matrimonial	176
1. La circunstancia de que la esposa conociera desde el mismo momento de su celebración el contenido del contrato suscrito exclusivamente por su esposo y los terceros implica la existencia del consentimiento tácito en la disposición de bienes gananciales. <i>AP ORENSE, S. de 24 de abril de 1999</i>	176
2. Carácter privativo del inmueble adquirido por uno de los cónyuges constante el matrimonio al haber quedado acreditado que el importe del mismo se satisfizo con fondos de una cuenta bancaria privativa. <i>AP ALICANTE, Sec. 6.ª, S. de 19 de mayo de 1999</i>	179
3. Inclusión en el activo de la sociedad de las cantidades que el esposo extrajo de la cuenta antes de disolverse la sociedad de gananciales. <i>AP LEÓN, Sec. 2.ª, S. de 24 de mayo de 1999</i>	180
4. No procede estimar la acción de rescisión de las capitulaciones matrimoniales interpuesta por un acreedor al tratarse de una acción de carácter subsidiario ante la inexistencia de bienes, circunstancia que no se da en el presente supuesto. <i>AP LUGO, S. de 7 de abril de 1999</i>	181

	Página
IX. Procedimientos de menores	182
1. Investigación de la filiación biológica por el adoptado. Dene- gación de datos. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, Auto de 31 de</i> <i>julio de 1999</i>	182
2. No procede suspender las visitas cuando los menores se en- cuentran internados en un centro. <i>AP MÁLAGA, Sec. 5.ª, Auto</i> <i>de 9 de julio de 1999</i>	184
X. Filiación	185
1. No es obstáculo para la declaración de filiación que el hijo haya dejado transcurrir un largo plazo de tiempo para el ejer- cicio de la acción, ya que, en virtud de lo dispuesto en el ar- tículo 133.1 del Código Civil, la misma podía ejercitarla du- rante toda su vida. <i>AP SALAMANCA, S. de 8 de junio de 1999</i>	185
XI. Uniones de hecho	187
1. La actividad económica conjunta desarrollada durante la unión de hecho con aportación de esfuerzo personal de ambos, deriva en la existencia de actos concluyentes reveladores de un pacto tácito dirigido a formar un patrimonio comunal. <i>AP ÁLAVA,</i> <i>Sec. 2.ª, S. de 17 de abril de 1999</i>	187
2. Existencia de pacto tácito para hacer comunes los bienes ad- quiridos por los convivientes de hecho durante el periodo en que se prolongó dicha convivencia. <i>AP LAS PALMAS, Sec. 1.ª,</i> <i>S. de 24 de abril de 1999</i>	189
3. Inexistencia de derecho a la indemnización por fallecimiento en accidente de circulación al no haber acreditado la existencia de una unión de hecho entre la reclamante y su tío carnal. <i>AP</i> <i>LEÓN, Sec. 2.ª, S. de 31 de mayo de 1999</i>	191
XII. Temas penales	192
1. Procede condenar por impago de pensiones al denunciado que estando dado de alta en la Seguridad Social no atiende sus obli- gaciones alimenticias. <i>AP LA CORUÑA, Sec. 4.ª, S. de 25 de</i> <i>marzo de 1999</i>	192

RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.

1. Filiación	197
1.1. Determinación de la filiación no matrimonial paterna a través de un expediente registral cuando no existe oposición del Ministerio Fiscal ni de ningún interesado y la pretensión es fundada. <i>R. de 30 de enero de 1999</i>	197
1.2. Inscripción de la filiación paterna matrimonial del nacido durante la separación de hecho de los cónyuges al no haber quedado destruida la presunción legal. <i>R. de 8 de febrero de 1999</i>	199
2. Matrimonio	201
2.1. Denegación de la autorización para contraer matrimonio entre súbdito marroquí y española por falta de verdadero consentimiento matrimonial. <i>R. de 11 de enero de 1999</i> ..	201
2.2. Denegación de la inscripción de un matrimonio celebrado en la embajada rusa en España entre un español y una súbdita rusa. <i>R. de 23 de enero de 1999</i>	203
3. Regímenes económicos matrimoniales	205
3.1. Posibilidad de que los cónyuges, con posterioridad al comienzo de la sociedad de gananciales, atribuyan carácter ganancial a bienes que ya eran de la propiedad privativa de alguno de ellos, pues la citada aportación a la sociedad conyugal constituye un negocio jurídico válido y lícito atendiendo a la libertad de pactos y contratos aplicable entre los cónyuges y extraños. <i>R. de 21 de diciembre de 1998</i>	205
3.2. Para el embargo de bienes propiedad de la esposa por deudas del marido con la Tesorería General de la Seguridad Social contraídas antes de la disolución de la sociedad de gananciales es necesario dirigir el procedimiento frente al cónyuge titular siendo insuficiente la notificación del embargo. <i>R. de 28 de diciembre de 1998</i>	209

	<u>Página</u>
4. Sucesiones	212
4.1. La separación o divorcio de los cónyuges no conlleva la revocación por ministerio de ley de las disposiciones testamentarias efectuadas por uno de ellos en favor del otro y es necesaria la revocación del testamento mediante voluntad expresada con las solemnidades exigidas para testar. <i>R. de 26 de noviembre de 1998</i>	212

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

— Propuesta modificada de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes	219
--	-----

DERECHO COMPARADO

— Efectos civiles en la Unión Europea de las decisiones canónicas de nulidad matrimonial (y II). <i>Rafael Rodríguez Chacón</i>	245
— Addenda	305

TRIBUNA ABIERTA

— Las uniones de hecho en la nueva LEC	311
--	-----

CRÓNICA LEGISLATIVA 321

PUBLICACIONES Y NOTICIAS

— Publicaciones y Noticias 327

ESTUDIOS DOCTRINALES

LA SEPARACIÓN DE HECHO

JUAN JOSÉ REYES GALLUR

Abogado

Miembro de la Asociación Española de Abogados de Familia

SUMARIO

I. CONCEPTO

II. POSIBILIDADES DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL

III. CLASES DE SEPARACIÓN DE HECHO

1. **Separación de hecho reconocida por determinados artículos del Código Civil, en su vigente redacción por la Ley 30/81, de 7 de julio.**
2. **Separación de hecho reconocida por otros preceptos del Código Civil.**

IV. VALOR DE LOS CONVENIOS DE SEPARACIÓN

V. REDACCIÓN Y CONTENIDO

VI. EFICACIA DE LOS PACTOS DE SEPARACIÓN DE HECHO

1. **Eficacia de los pactos privados.**
2. **Pactos notariales.**

VII. EFECTOS EN EL DERECHO CIVIL

1. **Adopción.**
2. **Pensión compensatoria.**

3. **Bienes gananciales.**
4. **Embargo de bienes del cónyuge separado de hecho.**
5. **Regímenes de participación.**
6. **Domicilio de cada uno de los cónyuges.**
7. **Presunción de paternidad.**
8. **Derecho de arrendamientos urbanos.**
9. **Litis expensas.**
10. **Derecho sucesorio.**

VIII. EFECTOS EN EL DERECHO PENAL

IX. EFECTOS EN EL DERECHO FISCAL

X. CONSIDERACIONES SOBRE LA FECHA DE LA SEPARACIÓN DE HECHO

I. CONCEPTO

En la separación de hecho la suspensión de la vida en común opera sin observar las formalidades legalmente establecidas, lo que sin duda tiene una gran trascendencia jurídica, y tanto es así que ha sido expresamente contemplada en las reformas del Derecho de familia de 13 de mayo y 7 de julio de 1981.

Como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1982, es obvio que la separación de hecho no hace desaparecer los derechos derivados de la relación conyugal, ni otorga un omnímodo derecho de libertad a los cónyuges, pues implica la subsistencia de iguales deberes para uno y otro consorte.

Con las denominaciones de separación «extrajudicial», «amistosa», «convencional», y «de hecho», se alude a situaciones anormales del estado matrimonial ajenas a la actuación judicial y del Ministerio Fiscal, y que no obstante pretenden tener eficacia frente a los cónyuges y terceros.

Concretándonos a la denominada separación convencional, diremos que se trata de acuerdos suscritos por los cónyuges, siempre con carácter privado, en los que ambos, ante desavenencias en su vida matrimonial, regulan tanto su situación personal y patrimonial como la de sus hijos, ya sean menores o mayores de edad, sin intervención alguna de la jurisdicción civil o eclesiástica.

En cuanto a su forma, los pactos de separación de hecho matrimonial son predominantemente escritos, privados o públicos, pero además, en ese afán de privacidad, llegan a ser, en no pocas ocasiones, de carácter verbal.

II. POSIBILIDADES DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL

Al amparo del art. 1333 del Código Civil que alude a los «hechos» que modifiquen el régimen económico, con invocación del principio de documentación pública del art. 23 de la Ley del Registro civil y 81 del Reglamento, entendemos que será la escritura de capitulaciones matrimoniales la que deberá presentarse, en el caso de separación convencional; y en el caso de separación unilateral, en que por definición no hay convenio, el acta notarial de notoriedad en que se declare tal separación, y las circunstancias de la misma, la que actuará como título inscribible (en contra de este criterio la S. de 19 de junio de 1984, Audiencia Territorial de Burgos), por lo que en modo alguno pueden tener alcance al Registro aquellos pactos plasmados en documentos privados.

Ha de añadirse que la separación de hecho a que aludimos difiere por completo de la situación regulada en el art. 105 del Código Civil, en el supuesto de que por causa razonable y por decisión unilateral uno de los cónyuges decida salir del domicilio conyugal, siempre que en el plazo de treinta días formule la correspondiente demanda o solicitud.

En tanto que la separación de hecho comporta una continuidad en el tiempo, pactada o no, esta salida del domicilio conyugal constituye un remedio legal transitorio como antecedente de la obligada actuación judicial.

III. CLASES DE SEPARACIÓN DE HECHO

1. Separación de hecho reconocida por determinados artículos del Código Civil, en su vigente redacción por la Ley 30/81, de 7 de julio

Entre las causas de separación legal previstas en el art. 82 del Código Civil, respecto a la primera de ellas se determina que no podrá invocarse como causa la infidelidad conyugal si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue.

Además de la causa 5.^a, cese efectivo por más de seis meses libremente consentido, la sexta de las causas legales de separación del mismo art. 82 se configura también como otro supuesto de separación de hecho, al definirse como «el cese efectivo de la convivencia conyugal durante el plazo de tres años».

Entre las causas de divorcio fijadas en el artículo 86 del Código Civil, se establecen el cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años interrumpidos, desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho [art. 86.3.^a, a) en relación con el art. 82.5.^a], y el cese

efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges (art. 86.4.^a).

Como resulta del artículo 87 del propio Código, la separación de hecho a que se refieren los artículos 82 y 86 del mismo se identifica con «el cese efectivo de la convivencia conyugal».

2. Separación de hecho reconocida por otros preceptos del Código Civil

Comprende los casos de ausencia, según la regulación de los arts. 181 y 184 del Código Civil.

Con arreglo al art. 1388, entre otros supuestos, los Tribunales podrán conferir la administración de la sociedad de gananciales a uno solo de los cónyuges cuando existiere separación de hecho.

Conforme al art. 1393, núm. 5.^o, la sociedad de gananciales concluirá por decisión judicial a petición de uno de los cónyuges, en el supuesto de llevar separado más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar.

Por último, en cuanto al art. 1442 del mismo Código, la presunción que en él se establece cuando un cónyuge haya sido declarado en quiebra o concurso no regirá si los cónyuges están separados de hecho.

Por otra parte, la separación de hecho legitima para solicitar la separación legal o el divorcio en los supuestos previstos en los artículos 82 y 86 del Código Civil.

Otro supuesto de separación de hecho es el recogido en el art. 855 del Código Civil, que enumera las justas causas para desheredar al cónyuge y que declara, en su párrafo segundo, que «para que las causas que dan lugar al divorcio lo sean también de desheredación, es preciso que no vivan los cónyuges bajo un mismo techo».

La jurisprudencia reconoce que el cónyuge separado de hecho puede solicitar alimentos al amparo de los artículos 142 y siguientes del Código Civil, aunque dichos preceptos no lo sancionen expresamente.

IV. VALOR DE LOS CONVENIOS DE SEPARACIÓN

Durante mucho tiempo estos pactos fueron calificados de ilícitos por los Tribunales de justicia, principalmente porque estimaban que iban en contra de la institución matrimonial, aunque lo argumentaban a través de distintos razonamientos.

Superada esta concepción, al menos desde la publicación de la Constitución española, los únicos límites que tienen los cónyuges son los que se derivan del régimen jurídico de cada una de las materias sobre las que pueden recaer los pactos.

En cuanto a la prohibición de transigir que establece el art. 1814 del Código Civil (“no se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros”), hay que decir que los pactos de separación no suponen necesariamente una transacción entre los cónyuges. Si así lo fuera encontrarían un obstáculo legal en el mencionado artículo.

Así pues, los cónyuges podrán disponer convencionalmente sobre:

- La atribución o uso de la vivienda común.
- Pueden pactar una pensión en los términos del art. 97.
- Pactar sobre el establecimiento de indemnizaciones del art. 98 o 1438 del Código civil.
- Una deuda de alimentos, según los arts. 142 y ss.
- Pueden otorgar capitulaciones matrimoniales para liquidar el régimen económico matrimonial vigente, o sustituirlo por otro.
- Fijar la contribución de cada cónyuge al levantamiento de las cargas familiares.
- Acordar sobre el cuidado de los hijos menores de edad, al amparo del artículo 159.
- Acordar la atribución de algunas facultades derivadas de la patria potestad, como la guardia y custodia de los mismos, para lo que no constituye un inconveniente el art. 156.4.
- Establecer un régimen de visitas del progenitor que no conviva con los hijos menores.
- Establecer un régimen de guarda y custodia compartido.

Como resulta de la S. de 31 de diciembre de 1985, AT Barcelona, Sala 3.^a, es de destacar que:

“...los convenios privados reguladores de la separación matrimonial han perdido la nota de ilicitud de causa que les caracterizaba, y ha quedado sin validez la antigua afirmación jurisprudencial que consideraba a estos convenios «nulos de pleno derecho».”

La validez de los pactos entre cónyuges aparece reforzada a partir de la vigencia de la Ley de 7 de julio de 1981, que modifica la regulación del matri-

monio ya que no sólo se atribuye una gran relevancia a los pactos de separación matrimonial (núm. 1.º del art. 81), sino que se les atribuye trascendencia normativa, al admitirse en el art. 90 la posibilidad de que los convenios reguladores «serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges», disponiéndose a continuación que «las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias».

V. REDACCIÓN Y CONTENIDO

El contenido de los convenios que puedan suscribirse es muy variado, si bien normalmente en el mismo se incluyen las cláusulas normalmente previstas para el convenio de separación judicial, y de hecho, en la mayoría de las veces, éste sirve como convenio del divorcio o de la separación, bien porque en él se ratifiquen los cónyuges, bien porque el juez, conforme le indica el Código Civil, siempre debe atender en primer lugar a los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges, salvo que fueren gravemente perjudiciales para ellos o para los hijos (arts. 91, 96, 103 y 104 del Código Civil).

Obviamente, lo que nunca debe faltar en un acuerdo de separación de hecho es la sustitución del régimen económico por el de separación de bienes, lo que es preciso hacer de forma notarial para que surta efectos frente a terceros tras su inscripción registral.

Es igualmente recomendable que, de ser posible, además de la sustitución del régimen económico se produzca notarialmente la liquidación de la sociedad ganancial, bien de forma total y efectiva o bien fijando las bases para su liquidación.

VI. EFICACIA DE LOS PACTOS DE SEPARACIÓN DE HECHO

Distinguiremos por su trascendencia los pactos privados de los notariales.

1. Eficacia de los pactos privados

Evidentemente, la eficacia de los pactos privados es «inter partes», y en primer lugar va a permitir al juez tener unos criterios orientativos, que generalmente traslada a su resolución judicial.

En cuanto a la exigibilidad de la pensión alimenticia pactada en un convenio privado de separación, la Sentencia de 16 de noviembre de 1964, AT Barce-

lona, Sala 2.^a, estudia una escritura en que los cónyuges, ante Notario, acordaron la suspensión de la vida conyugal por tiempo indefinido, por motivos de salud de la esposa y en evitación de riesgo de más gravedad y definitiva desavenencia; el Tribunal concluye estableciendo la cantidad que en concepto de alimentos se pactó en aquella escritura.

La Sentencia de 19 de septiembre de 1983, AT Las Palmas de Gran Canaria, alude a que en documento privado, entre otros particulares, los cónyuges pactaron que el importe del alimento, vestido y estudios del hijo menor habría de ser cubierto por ambas partes, correspondiendo un 60% al marido y un 40% a la esposa, pacto que, aunque no es vinculante, sí es orientativo para su determinación.

- Carecen de ejecutividad directa.
- Acreditan el cese de la convivencia matrimonial, si se apoya con otros medios de prueba.
- Caso de procederse a la liquidación de la sociedad de gananciales, dicho pacto es válido y eficaz, y puede exigirse su cumplimiento en la vía ordinaria (STS 21-12-1998).

Hoy día, la validez de los pactos de los cónyuges es plena y eficaz, como mantiene en una clara línea doctrinal el Tribunal Supremo, dando validez, a los documentos privados suscritos entre los cónyuges, bien para regular sus situación de separación de hecho, como para liquidar su sociedad de gananciales.

Así tenemos la reciente sentencia de 21-12-1998 TS (Sala 1^a), que establece:

“Como tiene reconocido esta Sala (Sentencias de 25 de junio de 1987, 26 de enero de 1993 y 24 de abril y 19 de diciembre de 1997), la Ley 7 de julio de 1981 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 la separación o el divorcio, cuestiones entre las que no se encuentran las económicas o patrimoniales entre los cónyuges; 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 judicial 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. Ahora bien, ello no impide que, al margen del convenio regulador, los cónyuges establezcan los pactos que estimen convenientes, siempre dentro de los límites de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el convenio aportado con la petición de separación o divorcio, ya se haga de forma simultá-

nea, pero con referencia al convenio, a la suscripción de éste o posteriormente haya sido aprobado o no el convenio judicialmente; tales acuerdos, que si bien no podrán hacerse valer frente a terceros son vinculantes para las partes siempre que concurren en ellos los requisitos esenciales para su validez, al haber sido adoptados por los cónyuges en el libre ejercicio de su facultad de autorregulación de las relaciones derivadas de su separación matrimonial, y no concurrendo ninguna de las limitaciones que al principio de libertad de contratación establece el artículo 1255 del Código Civil, pues como dice la Sentencia de 22 de abril de 1997 «no hay obstáculo para su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez. No lo hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico.»

2. Pactos notariales

Dichos pactos, de ser escrituras notariales, permiten no sólo el cambio de régimen económico, y su liquidación, sino que la primera copia de la escritura es un título ejecutivo que permite su ejecución directa, frente al obligado al pago, de forma que puede ser exigida judicialmente cualquier pensión establecida, así como cualquier otro reconocimiento de deuda que se establezca.

En cuanto a la exigibilidad de la pensión alimenticia pactada en un convenio privado de separación, la Sentencia de 16 de noviembre de 1964, AT Barcelona, Sala 2.^a, estudia una escritura en que los cónyuges, ante Notario, acordaron la suspensión de la vida conyugal por tiempo indefinido, por motivos de salud de la esposa y en evitación de riesgo de más gravedad y definitiva desavenencia; el Tribunal concluye estableciendo la cantidad que en concepto de alimentos se pactó en aquella escritura.

En este punto existe el problema de la competencia judicial exclusiva de los juzgados de familia o de los ordinarios, lo que aún no está claramente determinado por la doctrina jurisprudencial.

Curiosamente en contra de este sentir jurisprudencial, y aun cuando utiliza como argumentación las dos sentencias antes citadas del Tribunal Supremo, la Audiencia Provincial de Málaga, en su sección sexta, no reconoce validez plena al pacto notarial en el que se reconoce y se fija una pensión compensatoria a la esposa, desestimando la validez del mismo, por entender que precisa de un reconocimiento judicial, además de entender que no puede utilizarse la vía del proceso civil ordinario ni la del título ejecutivo (al ser una primera copia de escritura pública, artículo 1429.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) para su reclamación, remitiendo a las partes a la ejecución del proceso matrimonial para reclamar las pensiones que median entre el pacto y la sentencia (Sentencia número 784/99, de fecha 22 de noviembre de 1999).

VII. EFECTOS EN EL DERECHO CIVIL

1. Adopción

Conforme al art. 177.2.1.º del Código Civil, en su vigente redacción según la Ley de 11 de noviembre de 1987 y la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, deberá asentir a la adopción, en la forma establecida por la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cónyuge del adoptante, salvo que medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.

2. Pensión compensatoria

Los pactos privados de separación tienen una trascendencia directa sobre la pensión compensatoria, por cuanto la renuncia en ellos establecida o la determinación de la misma tendrá verdadera eficacia jurídica entre las partes, debiendo el juzgador someterse a lo acordado por las partes.

La reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 22 de octubre de 1998 realiza un estudio sobre la naturaleza jurídica del pacto privado, así como de su trascendencia y vigencia jurídica, llegando a la determinación de que la renuncia a la pensión compensatoria en dicho pacto privado es absolutamente válida, debiendo atenderse el juzgador a tal pacto.

“La primera cuestión que debe plantearse es la de la naturaleza jurídica de un convenio extrajudicial de separación matrimonial, tendente a regular la separación de hecho entre dos consortes.

La convención así perfeccionada si bien no constituye el convenio regulador que contempla el artículo 90 del Código Civil, y al que se refieren los artículos 81 y 86, dada la falta de aprobación judicial, «conditio iuris» de su eficacia, no es menos cierto que se trata de un negocio jurídico de derecho de familia, que no está inmerso en el proceso de separación matrimonial, pero que tiene eficacia como contrato de carácter consensual y bilateral, aceptado y reconocido por las partes, con la concurrencia de mutua anuencia, objeto y causa, y con carácter obligatorio para los suscribientes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil, tal como proclama la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1997, y, siempre que sus estipulaciones o convenciones no sean contrarias a las leyes, la moral, ni al orden público.

Tercero.—Sentadas tales consideraciones sobre la naturaleza del convenio extrajudicial de separación, debe precisarse que su vigencia será la referida al tiempo que dure la separación de hecho de los esposos, y por su consecuencia el contenido de sus estipulaciones pueden ser modificadas en el ulterior proceso matrimonial, si las mismas están relacionadas a las medidas del artículo 91 del Código Civil, que son extrañas al principio dispositivo, dado poder ser apreciadas incluso de oficio por el órgano jurisdiccional, en defecto de acuerdo entre los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, y ello por constituir medidas o efectos civiles complementarios a las causas matrimoniales sujetas al orden público y en suma constitutivos de un «ius cogens».

En cuanto a las medidas o efectos de carácter dispositivo, tales como las referidas a la división del patrimonio común de los consortes, a la disposición de bienes tanto a título oneroso como lucrativo, y a la pensión de carácter compensatorio, las estipulaciones del consorte constituyen y ostentan carácter contractual, de obligado cumplimiento entre los suscribientes, ante la concurrencia del mutuo consenso, objeto y causa, que integran los elementos esenciales de todo negocio jurídico, a tenor del artículo 1261 del Código Civil.

Siendo ello, así, ha declarado la Sala con reiteración el carácter dispositivo de la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil, y en su consecuencia la posibilidad de su renuncia, tal como ha proclamado la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1987, la cual puede perfectamente efectuarse en convención extraña al proceso matrimonial, en sede de un convenio privado de naturaleza extracontractual, que ostenta el rango de negocio jurídico de derecho de familia, y así si los contratantes al tiempo de regular el cese de la convivencia marital, que es el momento que debe tenerse en cuenta para la apreciación del desequilibrio económico del artículo 97 del Código Civil, reconocen la inexistencia de tal presupuesto, base o razón de ser de la pensión compensatoria, o de forma expresa renuncian a su establecimiento, es, obvio, y dadas las argumentaciones ya explicitadas sobre la naturaleza del convenio extrajudicial y la eficacia de la estipulación de efectos sujetos al principio dispositivo, que, no puede ser concedida en tiempo posterior a la ruptura o crisis matrimonial y en sede de los procesos de este orden, la pensión de referencia, ya renunciada, o sin la concurrencia de sus presupuestos configuradores al tiempo del cese de la convivencia marital.

Ante lo explicitado, la Sala ha de llegar a la necesaria conclusión de dejar sin efecto la pensión compensatoria concedida en la sentencia apelada, dado haberse renunciado expresamente a la misma en convenio extrajudicial, regulador de la separación de hecho del matrimonio constituido entre las partes, al ser tal renuncia lícita en derecho, dado no ser contraria al interés o al orden público ni perjudicar a tercero, al ser tal prestación de carácter personal que afecta a cualquiera de los consortes.”

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de julio de 1994 establece que:

“La pensión por desequilibrio económico a la que se refiere el artículo 97 del Código Civil constituye un derecho de carácter personal, renunciable y de carácter dispositivo por estar sometido al principio de rogación que impide ser apreciada de oficio por el órgano jurisdiccional, conforme se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1987.”

La Sentencia de la Sección 12.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31 de julio de 1996 viene igualmente a establecer que:

“...en tanto que se trata de un supuesto, el del artículo 97 del Código Civil, de derecho dispositivo y no necesario o imperativo (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9174) y varias de las antiguas Salas de la Audiencia Territorial de esta ciudad, como las de 9 de septiembre de 1987, 20 de abril y 12 de septiembre de 1988), permite desde luego, respetar los acuerdos a que los interesados hubieren llegado, no sólo porque los pactos privados de separación conyugal vienen admitidos por la doctrina jurisprudencial (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1987 y las de la antigua Sala 3.^a de esta Audiencia Territorial de 19 de noviembre de 1985, 4 de febrero de 1986 y 19 de diciembre de 1987), siempre de los límites impuestos a la autonomía de la voluntad, sino porque siendo como es de derecho voluntario se aceptan, en unión de la renuncia misma.”

En el mismo sentido que las anteriores sentencias se ha pronunciado la Sentencia de la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Málaga de 17 de julio de 1995:

“Es reiterada doctrina jurisprudencial que la figura jurídica establecida por el artículo 97 del CC es una pensión compensatoria y no de carácter alimenticio y que es un derecho sometido a la total autonomía de la voluntad privada en el sentido de que el juez, en el marco de la justicia rogada, queda sometido a los límites y prueba de la pretensión que se ejercita, sin que pueda ni deba actuar de oficio como ocurre respecto de los derechos de los hijos menores o incapacitados.”

3. Bienes gananciales

El medio consistirá en acordar la conclusión de la sociedad de gananciales, (arts. 1325, 1326, 1327, 1392, núm. 4.^o, y demás concordantes del Código Civil), sustituyéndola por otro régimen económico distinto mediante el otorga-

miento de capitulaciones matrimoniales en escritura pública, o bien, si los cónyuges ya las hubieren otorgado, modificándolas en lo que sea necesario, también en escritura pública.

Cuando no exista documento alguno de separación de hecho, el problema de la vigencia o no de la sociedad de gananciales se complica.

En este sentido, y acudiendo al art. 1361 del Código Civil, la presunción de ganancialidad puede siempre ser desvirtuada y, para ello, debemos acudir a cuál es la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, debiendo entenderse que la existencia y finalidad del régimen de gananciales es la puesta en común de ambos esposos de sus bienes y derechos en un plano de igualdad, de forma que “se hacen comunes (...) las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella”, (art. 1344 CC), con la finalidad de atender las cargas del matrimonio (art. 1318 del CC), o las necesidades ordinarias de la familia (art. 1319 del CC). Es decir, la razón de la existencia y continuidad de la sociedad de gananciales es la convivencia matrimonial, la puesta en común de ambos de las ganancias para el sostenimiento de la familia. Y tanto es así, que incluso son de cargo de la sociedad de gananciales “las obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges en caso de separación de hecho” cuando éstas son “para atender los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad de gananciales” (art. 1368 CC).

Igualmente, la ley sanciona al cónyuge que se extralimita en la administración de los bienes gananciales o en fraude de la misma (arts. 1373, 1390, 1391, 1393 CC, entre otros).

Como vemos, la verdadera esencia y finalidad de la sociedad de gananciales es la convivencia matrimonial, y así se evidencia con claridad, del tenor del art. 1392, que de las cuatro causas de conclusión de pleno derecho, tres de ellas se refieren a la ruptura matrimonial por decisión judicial (se disuelva el matrimonio; sea declarado nulo; se decrete la separación de los cónyuges), y el propio artículo 1393.3.^a nos remite a la situación no recogida en el anterior, es decir, la separación de hecho.

Pues bien, retomando el problema, qué ocurre cuando tras una separación de hecho libremente consentida no se solicita judicialmente la extinción de la sociedad de gananciales. En este caso, el Tribunal Supremo, con acertado criterio, viene sosteniendo una doctrina jurisprudencial pacífica, recogida ya ampliamente por la jurisprudencia menor (AP Gerona, 1 de julio de 1994, o la AP Asturias, 25-06-93) al mantener en las SS. 13-06-1986, 26-11-87, 17-6-1988 y 23-12-92 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 (art. 3.1 del CC).”

Debe razonarse con las citadas sentencias, y como manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo de 17-6-1988, que:

“Rota la convivencia conyugal con el asentimiento de la mujer, no puede ahora reclamar sus derechos pasados más de 40 años en que se mantuvo esa situación, para obtener unos bienes a cuya adquisición no contribuyó en absoluto, pues tal conducta, contraria a la buena fe, conforma uno de los requisitos del abuso de derecho al ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites éticos (consistentes en la protección del matrimonio conviviente), teleológicos y sociales (esto es la seguridad en las relaciones mantenidas por el afecto de los cónyuges), lo cual constituye el ejercicio anormal de un derecho que los Tribunales deben impedir en aplicación del artículo 7.2 del CC.”

Y además de las sentencias indicadas, otra sentencia de nuestro Alto Tribunal, manteniendo el criterio de la necesidad de convivencia matrimonial como fundamento de la existencia de la sociedad de gananciales, llega aún más lejos interpretando el art. 1394 del CC, al declarar la retroactividad de la disolución a la fecha de la separación de hecho, sentencia que recoge Joaquín J. Rams Albesa, en su obra *La sociedad de gananciales* (Ed. Tecnos, 1992, pág. 415), donde textualmente dice:

“La sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 7 de marzo de 1980, manifiesta que conforme al criterio tradicional y a la letra del art. 1394, inciso primero del CC, que la comunidad subsiste, pese a que se dé causa de disolución, en tanto no se declare judicialmente la separación, pero esta resolución debe matizarse, pues hay que tener en cuenta que la pervivencia de la sociedad de gananciales no tiene verdadera razón de ser cuando está privada voluntaria o consentidamente de su finalidad esencial, por lo que al menos «inter partes» sería congruente predicar la retroactividad de los efectos económicos a la fecha del cese de la convivencia o como mínimo al de la interposición de la correspondiente demanda, otra cosa sería predicar la retroactividad respecto de terceros acreedores del consorcio, para quienes el régimen debe mantenerse, al menos en tanto confíen en la apariencia que proporciona la solvencia que es propia de la economía familiar con la que se venían guiando y no haya publicidad registral de la disolución.”

Con fecha 11 de febrero de 1998 la Audiencia Provincial de Asturias dicta una sentencia que resume muy claramente cuanto venimos exponiendo, reco-

giendo la doctrina unánime ya sentada por el Tribunal Supremo sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, y por tanto la exclusión de ésta en situaciones de separación de hecho. Textualmente nos dice:

“Primero.—Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia matrimonial, e impide el acrecentamiento de los bienes de esta naturaleza a costa del trabajo exclusivo de uno de los cónyuges separados, de tal modo que la conducta de quien reclama derechos sobre unos bienes a cuya adquisición no contribuyó, debe calificarse de 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 (Sentencias de 13 de junio de 1986, 26 de noviembre de 1987, 17 de junio de 1988, 23 de diciembre de 1992, 18 de noviembre de 1997 y 27 de enero de 1998).

Segundo.—(...) Está también probado que quince años después de producirse la separación de hecho el marido adquirió una vivienda mediante escritura pública de compraventa de 24 de julio de 1981, en la que se indicaba (estipulación primera) que la compraba para su sociedad de gananciales. No consta, por último, cuál fuera la causa que hubiera motivado en su día la ruptura de la convivencia, existiendo testigos tan cualificados como las hijas del matrimonio que discrepan abiertamente, culpando a uno o a otro progenitor.

Tercero.—La aplicación de la doctrina que ha quedado expuesta en primer término, ha de conducir a conclusión distinta de la alcanzada en la sentencia de instancia, que desestimó la pretensión del marido demandante de que se declarase que la indicada vivienda le pertenece con carácter privativo. Se dan en el presente caso todos los requisitos necesarios para la operatividad de esa línea jurisprudencial, desconocida en la resolución impugnada, pues se está ante una prolongada separación de hecho, ésta debe considerarse libre y mutuamente consentida, pues con independencia de cuál fuera la causa última de la ruptura, ambos cónyuges aceptaron tal estado de cosas, sin mediar denuncia ni demanda de clase alguna hasta veintiocho años después, revelando así una conformidad tácita, pero inequívoca y concluyente, con dicha situación, y, por último, esa separación fue total, abarcando tanto la esfera personal como la patrimonial. Desaparecido así el fundamento de la ganancialidad, la vivienda adquirida por el marido debe considerarse privativa, pues, como reconoce la propia demandada (respuesta a la posición séptima de la prueba de confesión), no entró dinero alguno a su esposo durante los treinta años que duró la separación, sin que puedan computarse a estos efectos unas supuestas cargas alimenticias del marido, que no fueron declaradas hasta muchos años después y que se desconoce si existían aquellas fechas, pues nada consta acerca de los ingresos y de la situación económica que entonces tuviera uno y otro cónyuge y existen patentes contradicciones en la declaraciones de los testigos acerca de cuál de los padres

quedó en compañía de los tres hijos del matrimonio. Finalmente, no puede reconocerse mayor trascendencia a la manifestación recogida en la estipulación primera de la escritura de venta pues, además de que viene a configurarse como una cláusula de estilo en las adquisiciones onerosas realizadas por personas casadas, la prueba practicada es claramente reveladora de la inexactitud de ese dato, como hasta aquí ha quedado razonado.”

A modo de conclusión, insistir en que nuestro derecho sanciona de forma especial el abuso de derecho, por lo que a dicha figura hemos de acudir en defensa del bien cuya ganancialidad se reclame, al igual que solicitar de los Tribunales, como bien ha hecho el Tribunal Supremo, la interpretación de las normas conforme a la realidad social. Todo ello sin olvidar la posibilidad de solicitar, al amparo del art. 1394 del CC, la retroactividad de los efectos económicos a la fecha del cese de la convivencia.

4. Embargo de bienes del cónyuge separado de hecho

Conforme al art. 1368 del Código Civil, los bienes gananciales responderán de las obligaciones contraídas por uno sólo de los cónyuges en caso de separación de hecho para atender a los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad de gananciales.

Por tanto, si la deuda es contraída por uno de los cónyuges de forma exclusiva, sin consentimiento del otro (arts. 1367 y 1370 Código Civil) y siempre que no sea una deuda de la sociedad conyugal (arts. 1369 Código Civil), el cónyuge separado de hecho, puede argumentar tal situación y acreditarla en el momento del embargo solicitando la aplicación del artículo 1373 del Código Civil, con toda la problemática que dicho artículo plantea.

5. Regímenes de participación

Al igual que el de gananciales, como sus normas (arts. 1411 y ss. del Código Civil) suponen serios inconvenientes para la vida independiente de los cónyuges, la solución será la antes expresada respecto a los bienes gananciales.

6. Domicilio de cada uno de los cónyuges

Al establecer el art. 69 del Código Civil la presunción de que los cónyuges viven juntos, admite prueba en contrario; de acreditarse la separación de hecho o convencional queda inoperante el art. 64 LEC.

7. Presunción de paternidad

Como sabemos, se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a la separación.

ción de hecho de los cónyuges; aun faltando esta presunción, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos (arts. 116 y 118, Código Civil).

Es claro que cuando hay separación de hecho se invierte la carga de la prueba y es la madre del hijo nacido después de los trescientos días siguientes de la separación, o el hijo o sus herederos, arts. 131 y ss. del Código Civil, el que en su caso deberá probar que el marido es realmente el padre.

Conforme a esta orientación jurisprudencial, la S. de 29 de septiembre de 1975, AT Barcelona, Sala 2.^a, declaró que:

“...separados convencionalmente los esposos sin intervención judicial, acordando entre ellos su separación conyugal por tiempo indefinido y conviniendo los pactos pertinentes en cuanto a la adjudicación de los bienes de la sociedad conyugal y a la pensión alimenticia, dada la separación de hecho perfectamente acreditada hace varios años, procede dar lugar a la impugnación de la filiación matrimonial que había sido inscrita en el Registro civil por la mujer, pues correspondía a ella, sostenedora de dicha filiación, efectuar prueba para acreditar que durante la separación cohabitó con su esposo, carga de la prueba que le incumbía según la jurisprudencia que se cita.”

8. Derecho de arrendamientos urbanos

En relación con la subrogación «inter vivos» en favor del cónyuge no titular la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (BOE núm. 282, de 25 de noviembre de 1994) dispone en el art. 12 que:

«1. Si el arrendatario manifestase su voluntad de no renovar el contrato o de desistir de él, sin el consentimiento del cónyuge que conviviera con dicho arrendatario, podrá el arrendamiento continuar en beneficio de dicho cónyuge.

2. A estos efectos, podrá el arrendador requerir al cónyuge del arrendatario que manifieste su voluntad al respecto.

Efectuado el requerimiento, el arrendamiento se extinguirá si el cónyuge no contesta en un plazo de quince días a contar de aquél.

El cónyuge deberá abonar la renta correspondiente hasta la extinción del contrato, si la misma no estuviera ya abonada.

3. Si el arrendatario abandonara la vivienda sin manifestación expresa de desistimiento o de no renovación, el arrendamiento podrá continuar en beneficio del cónyuge que conviviera con aquél siempre que en el plazo de un mes de dicho abandono el arrendador reciba notificación escrita del cónyuge manifestando su voluntad de ser arrendatario.

Si el contrato se extinguiera por falta de notificación, el cónyuge quedará obligado al pago de la renta correspondiente a dicho mes.

4. Lo dispuesto en los apartados anteriores será también de aplicación en favor de la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual durante, al menos, los dos años anteriores al desistimiento o abandono, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia.»

Al mismo tiempo, se introduce como novedad en el art. 15 que:

«1. En los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 y 96 del Código Civil.

2. La voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda.»

Como vemos no se recoge la posibilidad de la separación de hecho, que entiendo debe tener cabida no por este artículo 15, sino por el art. 12, salvo que se acredite documentalmente el acuerdo de separación, donde se debió actuar conforme establece el art. 12, sin embargo, caso de no preverse, podrá enviarse al arrendador un requerimiento acompañando el convenio.

Los preceptos citados (art. 12 y 15 LAU) son también aplicables a los contratos celebrados antes de 9 de mayo de 1985.

En cuanto a la subrogación «mortis causa», el art. 16.1.a), establece que:

“En el caso de muerte del arrendatario, podrán subrogarse en el contrato: a) El cónyuge del arrendatario que al tiempo del fallecimiento conviviera con él.”

No obstante, hay que tener en cuenta que los contratos de arrendamientos de viviendas celebrados antes del 9 de mayo de 1985 que subsistan en la fecha de entrada en vigor de la Ley 29/1994, continuarán rigiéndose por el art. 58, pero la subrogación sólo podrá tener lugar a favor del cónyuge del arrendatario no separado legalmente o de hecho o, en su defecto, de los hijos que conviviesen con él durante los dos años anteriores a su fallecimiento; en defecto de los anteriores, se podrán subrogar los ascendientes del arrendatario que estuviesen a su cargo y conviviesen con él con tres años, como mínimo, de antelación a la fecha de su fallecimiento (Disposición Transitoria Segunda).

9. Litis expensas

El derecho de la mujer para solicitar y obtener de su marido lo necesario para poder litigar contra él cuando, careciendo de bienes, no puede conseguir el beneficio de justicia gratuita por impedírsele el cómputo de los ingresos procedentes de los bienes de su consorte no quiebra, como estableció la S. de 25 de marzo de 1966, mientras no se suspenda o cese legalmente el vínculo conyugal, no siendo suficiente al efecto la mera separación de hecho convenida entre los esposos.

De modo que si la esposa formula contra su marido una reclamación de alimentos, la separación de hecho no puede ser óbice para privar a la esposa del auxilio de las litis expensas, máxime cuando reiterada jurisprudencia, SS. de 28 de febrero de 1969 y 17 de junio de 1972, no estima que la separación de hecho prive de un modo genérico y sin atender a las circunstancias personales, que concurren en cada caso concreto, del derecho de uno de los esposos de recibir alimentos de su consorte (resumen de la S. de 11 de diciembre de 1979, AT Granada).

10. Derecho sucesorio

El cónyuge separado de hecho no pierde por esta circunstancia los derechos que la ley le reconoce en la sucesión por causa de muerte de su consorte.

Así, el art. 834 del Código Civil sólo priva al cónyuge sobreviviente de sus derechos legitimarios cuando medie separación legal decretada por su culpa.

Por consiguiente, la separación de hecho no produce ningún efecto, por sí sola, en los derechos legitimarios derivados del art. 834, aunque sí concurre alguna justa causa de desheredación con referencia al art. 855 (1.ª Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales; 3.ª Haber negado alimentos a los hijos o al otro cónyuge), la concurrencia de tal causa con el hecho de no vivir ambos cónyuges bajo un mismo techo confiere al agraviado la posibilidad de privar al otro de la legítima.

Sigue este criterio la S. de 21 de febrero de 1974, AT La Coruña, Sala 1.ª, al declarar que por la mera separación de hecho el cónyuge supérstite no pierde su derecho a la cuota legal usufructuaria en la herencia del difunto, pues el art. 834 del Código Civil priva de su participación usufructuaria al culpable cuando así haya sido declarado por sentencia competente.

En la sucesión intestada, el art. 945 del Código Civil contiene una excepción a la regla general del art. 944, en la que se concede relevancia a la separación de hecho:

«...no tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviera separado por sentencia firme, o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.»

Por tanto, el art. 945 concede trascendencia a la separación de hecho a los efectos de enervar el derecho del cónyuge viudo separado en la sucesión intestada de su consorte. La fehaciencia es algo más que la simple prueba de la existencia de la separación, y sólo puede lograrse a través de documento público, o documento privado que cumpla alguno de los requisitos del art. 1227 del Código Civil.

VIII. EFECTOS EN EL DERECHO PENAL

En lo relativo a la responsabilidad civil dimanante del delito contenida en los arts. 116.1, 110 y 122 del Código Penal, la SAP Gerona de 29 de noviembre de 1979, 246, hace aplicación de la jurisprudencia del TS que específicamente ha tratado el problema de los perjudicados en caso de muerte, cuando entiende que tal carácter corresponde a los herederos, siempre que el óbito del causante determine para ellos un efectivo detrimento económico y material o moral, y declara que no puede reputarse perjudicada a la esposa que hace años vivía separada de hecho del interfecto, pues la muerte de él no supuso para ella un perjuicio material concreto en la disminución de sus ingresos, ni tampoco determinó la interrupción de unos lazos de afecto y convivencia conyugales, ni de unas relaciones de beneficioso mutuo socorro y ayuda que no existían ya cuando el siniestro se produjo.

En cuanto al delito de abandono de familia (226 CP), es evidente que la separación de hecho puede tener influencia en este delito por la vía de la culpabilidad o de la misma antijuridicidad, pues consentida la separación de hecho, no existe abandono de familia en el amplio sentido del término, ya que para el nacimiento del delito debe existir una denuncia del perjudicado inmediata en el tiempo del abandono, que es incompatible con una separación de hecho consentida, en los términos que la hemos conceptualizado.

Además, en algunos supuestos y conforme a cierta orientación jurisprudencial, el documento privado de separación podrá enervar el matiz penal, al demostrarse así que el inculpado se ausentó de su hogar con razón exteriorizada y motivo conocido (STS de 27 de enero de 1944).

Así, la STS de 6 de noviembre de 1962, con esta misma orientación llega a un fallo absolutorio de la esposa inculpada de abandono de familia, en un interesante caso en que la mujer se había ausentado del hogar familiar, produciéndose denuncias recíprocas por abandono de familia y una demanda de sepa-

ración; se establece que es menester que la acción se ejecute maliciosamente, «lo que supone que además de ser producto de la voluntad del agente, se efectúe con mala intención, con el propósito deliberado y resuelto de romper la convivencia familiar y de desatender los restantes deberes impuestos a los cónyuges por la religión, la ética y el Derecho».

En el mismo sentido, S. de 18 de junio de 1963, que valora «las obligaciones de naturaleza económica consignadas en un pacto, cualquiera que fuera su alcance en el orden obligacional civil y aun el extremo de su licitud».

A igual pronunciamiento absolutorio llegan las SS. de 26 de abril de 1963 y 28 de diciembre de 1963, en un caso en que los cónyuges vivían separados por mutuo acuerdo. La S. de 28 de mayo de 1966 excluye también el delito de abandono de familia «si el matrimonio está separado de común acuerdo y vive cada cónyuge en casa de sus respectivos padres».

Y asimismo lo elimina, según la S. de 22 de mayo de 1967, el convenio privado donde se refleja: «la existencia de discrepancias conyugales que hacen imposible la convivencia».

También la S. de 15 de mayo de 1982 estima que se enerva el delito de abandono de familia «si consta probado que la marcha del procesado del hogar familiar fue producto de un convenio de separación amistosa pactado por ambos cónyuges».

En cambio, la S. de 22 de noviembre de 1967 estima la existencia del delito, por incumplir el marido la obligación estipulada en documento privado de separación conyugal, dejando de entregar a su esposa la cantidad mensual fijada, sin que conste la imposibilidad de hacerlo por alguna causa justificada; aunque hubiera salido del domicilio conyugal con entrega a la esposa de todos los bienes del matrimonio.

La moderna jurisprudencia penal, S. de 6 de octubre de 1986, insiste en que el calificativo de «malicioso» queda eliminado cuando se justifica el abandono por causas o motivos legitimados por normas jurídicas extrapenales o por la normativa socio-cultural que acepta como satisfactorio el abandono, al realizarse no para liberarse del cumplimiento de los deberes conyugales y filiales, sino para la cesación de situaciones insostenibles para la normal convivencia; al deberse el abandono del hogar conyugal a notoria desarmonía familiar, la ruptura de la convivencia matrimonial no debe ser tratada de caprichosa o arbitraria. Se estima que en tales casos tal conducta carece del dolo específico de inatendimiento de los deberes familiares, obedeciendo al propósito de interrupción de una situación difícil de convivencia familiar, cuya continuidad se considera imposible.

Con referencia al artículo 227 del Código Penal siguen quedando fuera del tipo todas aquellas prestaciones económicas que los cónyuges hayan pactado de forma extrajudicial, por acuerdo privado o notarial, dado que el artículo mantiene la expresión “convenio judicialmente aprobado”.

IX. EFECTOS EN EL DERECHO FISCAL

Queda descartada de deducción cualquier cantidad satisfecha por un cónyuge a otro en virtud de pactos por separaciones hechas mediante documentos privados o notariales, pues para que se computen como incrementos o disminuciones, en lo referente al Impuesto sobre la renta de las personas físicas, tiene que preceder decisión judicial.

X. CONSIDERACIONES SOBRE LA FECHA DE LA SEPARACIÓN DE HECHO

Tiene especial importancia la fecha del documento privado de separación, ya que la separación de hecho y el cese de la convivencia conyugal constituyen la premisa de la separación judicial y del divorcio, conforme a la regulación de sus causas en los arts. 82 y 86 del CC, al establecerse determinados plazos legales que a partir de la separación de hecho o del cese de la convivencia conyugal permiten acceder a la separación y al divorcio, plazos cuyo cumplimiento es imprescindible a fin de que se acuerde uno u otro.

De haberse extendido el documento privado de separación, podemos atender a múltiples datos para obtener la fecha del mismo:

- Papel del timbre de Estado o de la Mutualidad General de Previsión de la Abogacía, en el que consta una numeración de control, hay una precisión de autenticidad de fecha, pues no puede ser anterior a la de salida del papel numerado del organismo estatal o corporativo expendedor, dato fácilmente comprobable dirigiendo a tal fin un simple oficio al organismo de que se trate. Si bien no es prueba plena, pues puede haber sido utilizado el papel en fecha muy posterior a su impresión.
- Cambio del logotipo del papel.
- Ocasionalmente el azar podría concretar más la fecha del documento, como sería en el caso de haber fallecido uno de los testigos firmantes.

- Haberlo presentado a un organismo público.
- Haber sido testimoniada la firma ante notario.
- Cualquier otra prueba indirecta.

Además de las comprobaciones anteriores, la adveración de la fecha del documento privado de separación cabe establecerla indirectamente por medio de acto de conciliación, en cuya demanda uno de los cónyuges requiera al otro para que se avenga a reconocer la realidad de la separación tal como se ha convenido entre ambos, transcribiendo en la demanda y en el acta de conciliación, celebrada con avenencia, el contenido de las cláusulas de dicho documento.

LA MEDIACIÓN FAMILIAR INTRAJUDICIAL (UN RETO PARA LA PRÁCTICA DEL DERECHO DE FAMILIA)

PASCUAL ORTUÑO MUÑOZ

Magistrado de la Sec. 12.ª de la AP de Barcelona

SUMARIO

- I. LA EXPERIENCIA JURISDICCIONAL FRUSTRADA**
- II. LA MEDIACIÓN FAMILIAR INTRAJUDICIAL COMO ALTERNATIVA**
- III. HACIA UNA NUEVA REALIDAD DE LA PRÁCTICA JUDICIAL**
- IV. LÍNEAS PARA UNA REGULACIÓN DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR**
 - 1. De las distintas clases de mediación familiar.**
 - A) Mediación privada y mediación pública.
 - B) Mediación intrajudicial y mediación extrajudicial.
 - 2. Reglas comunes aplicables a todo proceso de mediación familiar.**
 - A) Del acta inicial de la mediación.
 - B) De la presencia de las partes en la mediación, y la intervención de los letrados.
 - C) La presencia de terceros en la mediación.
 - D) El acta final de la mediación familiar.
 - E) Eficacia de los acuerdos alcanzados en la mediación familiar.

3. Reglas específicas de la mediación familiar intrajudicial.

- A) Remisión del conflicto a la mediación.
- B) Propuesta y designación de las personas mediadoras.
- C) Alcance de la mediación.
- D) Duración de la mediación.
- E) Finalización anticipada de la mediación familiar.
- F) Finalización definitiva de la mediación.

V. INSERCIÓN DE LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN EL DERECHO ESPAÑOL VIGENTE

- 1. **El mutuo acuerdo como criterio prevalente.**
- 2. **La imposición judicial de la mediación familiar.**
- 3. **Límites de la decisión judicial introductoria de la mediación familiar.**
- 4. **La remisión a la mediación, y las fases del proceso.**

- A) La mediación en la fase de medidas provisionales.
- B) La mediación durante la fase declarativa.
- C) La reconversión de la prueba pericial de “dictamen de especialistas” del artículo 92 del Código Civil en actividad de mediación.
- D) La mediación en ejecución de sentencia.

VI. LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ EN LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL

VII. BIBLIOGRAFÍA

I. LA EXPERIENCIA JURISDICCIONAL FRUSTRADA

A la “mediación familiar” puede llegarse desde diversos caminos: la terapia familiar, la psicología infantil, la psiquiatría, la pedagogía o el trabajo social. Uno de ellos, no el más importante, pero sí altamente significativo, es el de la práctica judicial. Con referencia al trabajo en el ámbito de la justicia de familia se observa la insuficiencia del sistema y la inadecuación del método de tra-

bajo ⁽¹⁾, y si los operadores jurídicos no sufren las consecuencias directas del anacrónico procedimiento judicial del que se dispone, como lo padecen los ciudadanos que acuden por necesidad al mismo, sí se genera en el entorno de abogados y jueces de esta especialidad ⁽²⁾ una honda y preocupante sensación de frustración, como profesionales del servicio público de la justicia, al observar que, ante los juzgados, los conflictos entre la pareja y los hijos se potencian, se agudizan y se cronifican.

Como señalaba el profesor de Derecho procesal de la Universidad de Barcelona MUÑOZ SABATÉ, el procedimiento judicial nunca resuelve el conflicto, sino que, por el contrario, lo eterniza. En efecto, todavía no se conoce un solo 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. Quien ha perdido un pleito, por el contrario, ve incrementado el rencor hacia la otra parte y la desconfianza ante el sistema judicial y, si este efecto es inevitable en otras esferas del derecho, al ser consustancial con el estado democrático que las disputas obtengan una resolución judicial fundada en criterios objetivos, en materia de derecho de familia los intereses en juego, la naturaleza subjetiva de las pretensiones y la dimensión extralegal de todo el proceso de ruptura de una pareja requieren otra metodología de enjuiciamiento que potencie las soluciones de consenso, que ayude a los miembros de la pareja a encontrar la racionalidad del discurso litigioso, y que preserve los intereses de las personas que, no siendo partes directas en el conflicto, van a resultar afectadas por sus consecuencias, como son los hijos.

La tradición de considerar la vía jurisdiccional como la única vía de resolución de controversias, implantada en nuestro país desde el racionalismo de la Ilustración y potenciada por los sistemas autoritarios que han regido la vida pública en los últimos dos siglos, salvo periodos muy cortos de tiempo, ha sobredimensionado cuantitativa y cualitativamente la función de la jurisdicción, cargando sobre ella materias que no le son propias, en un recto entendimiento del mandato constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. La ausencia de tradición divorcista, por otra parte, y las tensiones sociales que se

(1) *Libro Blanco de la Justicia*. Edita: Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1997, p. 211 y ss.: “Hay que analizar en profundidad lo que se refiere al proceso en materia de familia, en el que hay una coincidencia generalizada sobre su innecesaria complejidad y sobre su inadecuación a la realidad social”.

(2) José M.^a PRIETO. Magistrado de Familia de Madrid (Juzgado 22). Revista “Abogados de Familia”, Edit. La Ley-Actualidad, año II, n.º 7. Madrid, febrero 1998. “*Dada la trabazón y urdimbre a que vengo haciendo referencia, la fórmula más certera para intervenir en las crisis familiares —por no decir la única posible—, es la de buscar, hasta la extenuación si necesario fuere, el acuerdo de los interesados*”.

generaron como consecuencia del debate parlamentario de la ley del divorcio, de 7 de julio de 1981, con la presión —a modo de cruzada— ejercida por los sectores conservadores, condicionaron la promulgación de la ley, que resultó insuficiente, especialmente desde el punto de vista procesal, pues para el enjuiciamiento de estos litigios mantiene el mismo modelo que estaba implantado desde el siglo pasado para la resolución de pleitos de naturaleza económica y patrimonial.

II. LA MEDIACIÓN FAMILIAR INTRAJUDICIAL COMO ALTERNATIVA

Desde el campo de la psicología se ha puesto de manifiesto que el proceso de crisis familiar es de naturaleza “diacléctica”, por cuanto los sujetos van pasando por diversas etapas perfectamente definidas ⁽³⁾. Tras la ruptura, cada miembro de la familia va siguiendo su propia evolución, en cuanto a los diversos procesos psicológicos que F. KASLOW analizó ya en 1983, poniendo de relieve que, junto al divorcio legal, se produce la separación física, que implica una revolución del sistema de apoyos emocionales, hábitos sexuales, sustrato económico y entorno social, así como una ruptura de los “roles” clásicos en relación a los hijos. Esta perspectiva global del hecho de la separación muestra claramente la insuficiencia del modelo judicial clásico, que se limita a acoger la pretensión de una parte y a condenar a la otra, imponiendo unas reglas rígidas para regular las consecuencias de la ruptura.

La experiencia del derecho comparado, especialmente de las soluciones que se han implantado en EE.UU., Inglaterra, Francia, Canadá, Argentina, Alemania, etc., han llevado a concluir que en los procesos de familia “es preciso dar a las partes una oportunidad para convenir los términos de lo que está ocurriendo en sus vidas, reflexionando sobre el futuro de la familia, y renegociando su marco de relaciones”, tal como destacó la Comisión Legal del Parlamento británico en el informe previo a la reforma de la “Divorce Reform Act” de 1990 ⁽⁴⁾.

En el marco del Consejo de Europa, la Recomendación 12/1986 del Comité de Ministros ya imponía a los jueces, como una de sus tareas principales, la

⁽³⁾ COY, A., BENITO, F. y MARTÍN CORRAL, S.: “Divorcio: ¿Justicia sin juzgados?”, Revista Jurídica de la Región de Murcia, 1986, n.º 3, p. 86-101.

⁽⁴⁾ CRETNEY, S.M., *Elements of Family Law*. Edit. Sweet & Maxwell, Londres, 1992, 2.ª edic., p. 60-61.

búsqueda de un acuerdo amigable entre las partes, en todos los asuntos que se planteen, al inicio del proceso, o en cualquier fase apropiada del mismo, y la novedosa *Recomendación n.º 1/1998*, adoptada por el Comité de Ministros el 21 de enero de este mismo año ⁽⁵⁾, insta a los Estados miembros a instituir y promover la mediación familiar o, si fuera el caso, a reforzar y profundizar la regulación ya existente y desarrolla los principios básicos por los que ha de regularse la misma. El “Libro Blanco de la Justicia”, elaborado en fechas recientes por el Consejo General del Poder Judicial, también pone el énfasis en la necesidad de reformar el procedimiento de familia en el marco de la reforma de la justicia, por lo que es posible que asistamos, en los próximos años, a una metamorfosis del planteamiento general de esta problemática, que mejore sustancialmente el tratamiento de los litigios de familia e integre como colaboradores de la Administración de justicia, apostando por un tratamiento pluridisciplinar de la materia, a terapeutas familiares, psicólogos y mediadores.

III. HACIA UNA NUEVA REALIDAD DE LA PRÁCTICA JUDICIAL

Es frecuente, cuando se efectúa una primera aproximación a la mediación familiar en España, tener noticia de las experiencias que, de muy diverso signo, se están llevando a cabo en los juzgados de Bilbao, San Sebastián, Madrid, Oviedo, Sevilla, Valencia, Ibiza o Barcelona ⁽⁶⁾, que han aportado una enriquecedora muestra de los problemas que presenta la implantación del método, tanto desde la perspectiva de su inserción en el marco del proceso, como en la propia dinámica en la que se han desarrollado, respecto a lo que hay que destacar que la ausencia de un modelo consensuado ha generado resultados muy dispares, y no en todos los casos satisfactorios. Ha de apuntarse, así mismo, que han surgido con ello las primeras opiniones críticas, que en ocasiones se han manifestado como rechazos frontales al sistema provenientes de determinados sectores de la abogacía, que ven en la mediación familiar un posible competidor profesional y acusan de intrusismo cualquier experiencia relevante en este ámbito.

De hecho, desde que un grupo de psicólogos de los equipos técnicos de los juzgados de familia, encabezados por Antonio Coy, comenzaron en los años

(5) Diario del “Conseil de l’Europe”. DIR/JUR (98) 4. Estrasburgo 5-2-1998.

(6) ELVIRA MÉNDEZ. *La experiencia de mediación intrajudicial en la administración de justicia*. Informe-resumen del encuentro realizado en el Centro de Estudios del Menor y de la Familia, el 6 de junio de 1996, con representantes de los servicios de mediación familiar intrajudiciales.

ochenta a investigar sobre el tema ⁽⁷⁾, y a poner en marcha experiencias piloto, el camino que se ha recorrido ha sido importante y lo que inicialmente se presentaba como algo utópico empieza hoy a tener, incluso, un marco legal que todavía necesita ser desarrollado, pues la necesidad de que se normativice la práctica de la mediación es hoy una necesidad de primer orden para el éxito de la implantación del sistema, ya que la proliferación de centros de mediación, sin ningún tipo de control de calidad, puede generar resultados ambiguos, cuando no prácticas negativas, guiadas por un excesivo ánimo mercantilista, que hagan generar una opinión pública desfavorable de este sistema, alternativo a la vía judicial, de resolución de conflictos.

Entre los últimos acontecimientos más relevantes, ha de destacarse la introducción legal de la mediación familiar en el nuevo “Código de Familia” de Cataluña. Esta comunidad autónoma, con competencias en derecho civil, ha procedido a regular, en sede de derecho catalán, junto con otras instituciones jurídicas históricas, los efectos de la separación y el divorcio y prevé, en su artículo 79, cuando hace referencia a las materias sobre las que, necesariamente, deberá pronunciarse el juez en los litigios de esta naturaleza, que “si atendidas las circunstancias del caso, la autoridad judicial considera que determinados aspectos todavía es posible que sean resueltos por acuerdo, puede remitir a las partes a una persona, o a una entidad mediadora, con la finalidad de que intenten resolver las diferencias” ⁽⁸⁾. Se trata de la primera mención expresa, en un texto legal de derecho interno, de la mediación familiar y viene reforzada por la Disposición Final 3.^a de la expresada ley, por la que el Parlamento de Cataluña impone al gobierno de la Generalidad la obligación de presentar un proyecto de ley reguladora de la mediación familiar, sobre las siguientes bases: a) confidencialidad absoluta del contenido de las sesiones de mediación; b) libertad de las partes para apartarse o desistir de la mediación en cualquier momento; c) necesidad de aprobación judicial de los acuerdos alcanzados en la mediación y d) duración máxima del proceso de mediación, limitada a tres meses, prorrogables por el mismo tiempo a petición del mediador o mediadora. Esta ley es un impulso importante para la implantación de la mediación familiar en todo el estado. Cuando menos, va a suponer la apertura de un debate necesario entre los colectivos que trabajan en torno a la familia, la ruptura matrimonial, la infancia y la justicia, y ha de propiciar el acercamiento entre los profesionales que han venido abordando la problemática de un mismo hecho, desde compartimentos estancos y cerrados, toda vez que la mediación, ante todo, es

⁽⁷⁾ COY, A., “Algunas consideraciones sobre el trabajo de los psicólogos en los juzgados de familia, y propuesta de un modelo de intervención”. *Actas del III Congreso Nacional de A.E.T.C.O.* Gijón, noviembre 1985.

⁽⁸⁾ Ley 9/1998, de 15 de julio, del Parlament de Cataluña. BOE 19-8-1998.

un reto pluridisciplinar, que sólo se consolidará si cuenta con la dedicación de profesionales bien preparados, para acometer la difícil tarea de devolver a los ciudadanos la capacidad necesaria para resolver los problemas de su propia vida, de su propia intimidad, de sus propios hijos y para encontrar las soluciones honestas y adecuadas que supongan la superación positiva de los conflictos. No obstante, y aun siendo importante que las comunidades autónomas vayan implantando, por vía legal o reglamentaria, la práctica de la mediación, es necesario que se cree un ambiente profesional y social favorable a la promulgación de una norma legal de ámbito estatal que la reconozca expresamente y la regule. La oportunidad puede venir con la anunciada reforma de la Ley de Procedimiento Civil, cuyos trabajos preparatorios se encuentran muy avanzados y que en un futuro próximo verá su entrada en el Parlamento.

IV. LÍNEAS PARA UNA REGULACIÓN DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

Desde la experiencia que aporta el derecho comparado ⁽⁹⁾, fundamentalmente la regulación de la mediación en Canadá, en el estado de California y en Francia, se ha tratado de elaborar un protocolo de actuación en lo que se refiere a la mediación intrajudicial en el que ha participado una comisión de expertos, tras el análisis del proyecto “piloto” que fue implantado en los juzgados de familia de Barcelona y las orientaciones de la Recomendación 1/1998 del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Por su interés, siquiera sea para que pueda servir de base para el debate, es ilustrador reproducir sus líneas esenciales:

1. De las distintas clases de mediación familiar

A) Mediación privada y mediación pública

La mediación familiar puede ser privada o pública. Tiene aquella consideración la que se desarrolla con la intervención de un mediador profesional libremente elegido por las partes y tiene la naturaleza pública cuando el mediador profesional presta sus servicios en el ámbito de la administración de justicia, o de las administraciones autonómica, local o institucional. En el primer caso, los honorarios que se devenguen por la intervención del mediador han de ser libremente concertados entre el mismo y las partes, sin que en ningún caso pueda ser

⁽⁹⁾ MARTÍN-CASALS, M. y SANTDIUMENGE, J., “La Mediación Familiar: Líneas generales d’una visió comparada”. Documents de Treball. Centre d’Estudis Jurídics de la Generalitat de Catalunya, 1995.

establecida “cuota litis”. Los honorarios del mediador público serán regulados por la administración correspondiente.

B) Mediación intrajudicial y mediación extrajudicial

Tendrá consideración de mediación intrajudicial aquélla que se desenvuelva dentro del ámbito de la sustanciación de un litigio ante los tribunales, tanto si es en fase de medidas provisionales, como si lo es en fase de ejecución de sentencia o durante la tramitación del proceso declarativo. En este caso se suspenderá el curso de los autos mientras la mediación tiene lugar, sin perjuicio de que el juez, de oficio, a instancias de las partes o del Ministerio Fiscal, adopte las medidas provisionales, cautelares o tutelares que estime convenientes para salvaguardar los intereses de las partes y de los menores o incapaces.

La mediación extrajudicial es la que tiene lugar fuera del ámbito del proceso y sin interferencia alguna en el mismo, ya sea anterior a la interposición de la demanda o con posterioridad a la misma. El acuerdo de someter la resolución del conflicto a los trámites de la mediación, que haya sido alcanzado en acto de conciliación o en virtud de requerimiento o acta notarial, tendrá la consideración de mediación extrajudicial.

2. Reglas comunes aplicables a todo proceso de mediación familiar

A) Del acta inicial de la mediación

Toda mediación familiar ha de iniciarse con el levantamiento de un acta, suscrita por ambas partes en litigio y por el mediador que intervenga en la misma, en la que se expresará la fecha del inicio del proceso, la obligación de confidencialidad de todo lo que se trate en las sucesivas sesiones y la renuncia a utilizar la información que se desvele o los pormenores que resulten de las mismas en un posterior proceso contencioso ante los tribunales, en el caso de que la mediación, en todo o en parte, fracasase. También se hará constar la voluntariedad del sometimiento al método de la mediación que, en cualquier momento, podrá darse por concluida por la manifestación de voluntad fehaciente de cualquiera de las partes ante el mediador. En caso de que la mediación sea intrajudicial, el mediador deberá poner de inmediato tal desistimiento en conocimiento del juzgado que la haya acordado.

B) De la presencia de las partes en la mediación, y la intervención de los letrados

Es imprescindible la presencia directa de las propias partes en las sesiones de mediación familiar, sin que puedan éstas valerse de apoderados o interme-

diarios. Los abogados de las partes pueden, en todo momento, recabar del mediador la información que precisen sobre el desenvolvimiento del proceso, y también interesar del mismo la celebración de reuniones de trabajo conjuntas, complementarias de las que el mediador haya realizado directamente con las partes, en cuyo caso, si ambos litigantes contasen con su propia dirección letrada, deben asistir necesariamente los abogados de las mismas. Fuera de estos casos, la presencia de los letrados en las sesiones de mediación junto con sus representados sólo podrá ser acordada por el mediador, si apreciara la conveniencia o necesidad de esta modalidad de entrevista, sin perjuicio del derecho individual de cada parte a contar con el asesoramiento jurídico que precisase, que no podrá ser limitado en modo alguno por el mediador.

C) La presencia de terceros en la mediación

A las entrevistas y sesiones de un proceso de mediación pueden ser llamadas otras personas vinculadas a las partes, cuyos intereses estén en juego en el conflicto que trate de resolverse. La presencia de los hijos menores de edad, no obstante, deberá tener carácter extraordinario y el mediador deberá procurar que los hijos no se vean involucrados en las disputas entre sus progenitores.

D) El acta final de la mediación familiar

La mediación finalizará con un acta en la que se ha de hacer constar: a) La imposibilidad de alcanzar un acuerdo global sobre todos los puntos en litigio. En este caso no puede hacerse constar la causa del fracaso, ni ninguna otra valoración que condicione la resolución judicial futura. b) Los acuerdos parciales alcanzados, debidamente pormenorizados y especificados, haciendo mención a aquellos extremos sobre los que el acuerdo no haya sido posible. c) Si se ha alcanzado una solución respecto a todos los puntos del conflicto sometidos a mediación, se reflejarán los pactos en párrafos separados y con la necesaria claridad, para evitar futuras discrepancias interpretativas. Siempre que las partes contasen con asesoramiento jurídico, el letrado de cada una de las mismas deberá asesorar en la redacción final de los acuerdos.

E) Eficacia de los acuerdos alcanzados en la mediación familiar

En los casos de mediación extrajudicial, los acuerdos alcanzados tienen la misma consideración que los contratos privados interpartes y su eficacia queda sometida al régimen general de los contratos, salvo en el caso de que afecten a los intereses de menores o incapacitados que, en todo caso, precisan la homologación judicial. Sin embargo, cuando se trate de mediación intrajudicial, el me-

diador deberá remitir el acta en la que se recoja el acuerdo al juzgado correspondiente, para la prosecución del litigio por vía consensuada. Si el acuerdo fuera parcial, se continuará el litigio por la vía contenciosa, sólo respecto a los extremos en los que persistiese el desacuerdo. Si la mediación se hubiese producido en los trámites de ejecución de sentencia, su ratificación ante el juzgado pondrá fin al incidente correspondiente, una vez que se apruebe u homologue por el juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal.

3. Reglas específicas de la mediación familiar intrajudicial

A) Remisión del conflicto a la mediación

El juez competente para el enjuiciamiento de un litigio de naturaleza familiar cuando aprecie de oficio, a instancia de parte o por propuesta del Ministerio Fiscal, que todavía es posible que se alcance una solución consensuada entre las partes en relación con las medidas reguladoras de los efectos de la crisis familiar, podrá remitir a las partes, en cualquier fase del procedimiento, a que se sometan a la mediación familiar de una tercera persona física o jurídica. La mediación familiar podrá ser acordada, igualmente, en los litigios entre uniones civiles no matrimoniales, cuando se ventilen intereses de menores o incapacitados.

B) Propuesta y designación de las personas mediadoras

La resolución por la que se disponga el sometimiento a la mediación familiar deberá ser adoptada previa audiencia de ambas partes, que serán convocadas al efecto, siempre que no sea posible la conciliación ante el mismo juez, en cuya comparecencia se intentará que las partes designen a un mediador privado y a su costa y, si no fuese posible, se designará el que corresponda de los servicios de asistencia técnica judicial o de la Administración pública correspondiente. Si el mediador fuera una persona jurídica, su representante legal propondrá a la persona o personas físicas que habrán de llevar a término la mediación. El mediador familiar designado deberá poner en conocimiento del juzgado su aceptación, en el término más breve posible. Así mismo, podrá examinar las actuaciones judiciales en la secretaría del juzgado. Son de aplicación a los mediadores familiares las causas de abstención y recusación previstas para los peritos judiciales en la Ley de Enjuiciamiento Civil ⁽¹⁰⁾.

(10) LECiv., artículo 621.

C) Alcance de la mediación

La mediación puede referirse a todo o parte de la materia litigiosa, quedando exceptuadas las cuestiones sobre estado civil. La resolución judicial por la que se acuerde el sometimiento de las partes a la mediación familiar determinará la suspensión del curso del proceso en el estado en el que se encuentre, como consecuencia del pre-acuerdo entre las partes. No obstante lo anterior, la existencia de una mediación en curso no impide que el juez, de oficio, a propuesta de las partes o del Ministerio Fiscal, adopte las medidas provisionales, cautelares o tutelares que considere oportunas.

D) Duración de la mediación

La duración del procedimiento de mediación, desde la fecha en la que sea aceptado el cargo por el mediador designado, no puede exceder de tres meses. A instancias del mediador familiar, y mediante petición motivada que cuente con el asentimiento de ambas partes, este periodo podrá ser prorrogado por una sola vez y por igual periodo de tiempo.

E) Finalización anticipada de la mediación familiar

En cualquier momento el juez puede poner fin al procedimiento de mediación, a instancias de cualquiera de las partes, del Ministerio Fiscal o del propio mediador. El juez también puede poner fin de oficio a la mediación iniciada, previa audiencia de las partes, si considera que la continuación del procedimiento puede suponer un daño o perjuicio para alguno de los participantes, o para los menores o incapacitados cuyos intereses se ventilen en el proceso, o si advirtiera que, atendidas las circunstancias, es inútil y puede determinar el retraso injustificado del litigio contencioso. En este caso, la resolución deberá ser notificada al mediador familiar designado en el plazo más breve posible.

F) Finalización definitiva de la mediación

Cuando se haya alcanzado acuerdo entre las partes, o una vez que se haya agotado el término establecido en la resolución judicial, el mediador familiar presentará el informe correspondiente ante el juez o tribunal, del que se dará traslado a las representaciones de los litigantes y al Ministerio Fiscal para que, en el plazo de tres días, formulen las alegaciones que tengan por conveniente. Si se hubiese alcanzado un acuerdo, una vez ratificado, el juez lo homologará, salvo que resulte perjudicial para los intereses de los menores o incapacitados, o

para una de las partes. Si las partes no hubiesen alcanzado un acuerdo, el juez levantará la suspensión decretada y fijará la fecha para la prosecución de las actuaciones judiciales en el estado en el que se encontraran. En el caso de que el acuerdo fuese parcial, ratificadas las partes en los pactos de los que se trate, se proseguirá el proceso para el enjuiciamiento de aquellos extremos en los que no se hubiese alcanzado acuerdo.

V. INSERCIÓN DE LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN EL DERECHO ESPAÑOL VIGENTE

1. El mutuo acuerdo como criterio prevalente

Todas las instituciones jurídicas que tienen por objeto la regulación del ejercicio de la patria potestad compartida sobre los hijos menores de edad, como las medidas consecuentes con la separación o el divorcio, establecen como criterio prevalente el común acuerdo entre las partes. Así el artículo 159 del Código Civil, a propósito del ejercicio de la patria potestad, señala que “si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el juez decidirá...”, y el artículo 90 del mismo texto legal introduce la figura del “convenio regulador”, instrumento necesario para las separaciones y divorcios consensuados—artículos 81.1.º y 86, último párrafo, del Código Civil—, en el que las partes han de reflejar los acuerdos que hayan alcanzado sobre el cuidado de los hijos, la atribución del uso de la vivienda, la contribución a los alimentos y cargas, la liquidación del régimen económico del matrimonio y la pensión compensatoria. La conclusión que cabe extraer es que, aun cuando expresamente el texto legal no lo proclame, es necesaria una actividad previa de negociación entre las partes, que propicie la autorregulación de los conflictos de familia. Conviene realizar esta precisión, por cuanto los preceptos aludidos matizan y sitúan dentro del ámbito que les es propio la prohibición a la que se refiere el artículo 1814 del Código Civil, que establece que “no se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre los alimentos futuros”, toda vez que, como ya fuera fijado por la jurisprudencia clásica (STS 17-6-1944, 13-10-1966 y 31-1-1985, entre otras), este precepto no se extiende a las consecuencias de naturaleza puramente patrimonial que puedan derivarse del estado civil de persona determinada, ni afecta al orden público que los cónyuges suscriban un documento de separación de hecho y atribución de los hijos, ya que tal materia no afecta a la sustancia del vínculo matrimonial.

Nada impide que este proceso de negociación, que en la mayor parte de los casos es previo a la interposición del litigio, prosiga o se inicie después de planteado el pleito ante los tribunales, pues el “desidetarum” legal sitúa siempre el

mutuo acuerdo como criterio prevalente respecto a la resolución judicial dirimente, que sólo debe producirse cuando sea imposible el pacto entre las partes, y sin perjuicio de las facultades que, por lo que se refiere a la homologación judicial de los acuerdos relativos a los intereses de los menores, conserva el juez, y ha de vigilar el Ministerio Fiscal.

La apertura de un proceso de mediación por voluntad común de los litigantes, previa solicitud de la suspensión del curso de los autos, es facultad inalienable de las partes, que disponen en todo momento de la posibilidad de detener de consuno el curso del proceso judicial, con la garantía, para cualquiera de ellas, de que basta la solicitud del demandante o del demandado para que se levante la suspensión y prosiga el litigio, si de las sesiones de mediación iniciadas se desprendiera su previsible inutilidad. Las modalidades de insertar la mediación intrajudicial por solicitud de las partes son, en consecuencia, muy diversas y comprenden desde la posibilidad de someter, de mutuo acuerdo, las controversias a un mediador privado, como de nombrar, en sede del propio litigio, a un miembro de los gabinetes psicosociales, en los tribunales que estén provistos de los mismos, o de una tercera persona, del ámbito público o privado, en virtud de la práctica que haya podido instaurarse en cada partido judicial. Es de consignar, a tal respecto, que por medio de convenios entre los colegios de abogados, juzgados, servicios sociales, instituciones públicas o privadas, universidades, centros de terapia familiar o asociaciones que promueven la mediación, se están generando en nuestro país sistemas muy diversos e imaginativos de colaboración, para introducir la mediación como método alternativo a la decisión judicial dirimente que, desde luego, cuentan con el impulso y apoyo de los jueces, salvo en casos muy puntuales y anecdóticos, y que ponen de manifiesto que la realidad de la práctica forense está abriendo nuevos caminos, a pesar de la ausencia de una norma legal expresa que propicie la mediación intrajudicial, por cuanto es claro que ninguna prohibición existe en cuanto a la implantación del sistema.

2. La imposición judicial de la mediación familiar

Todas las experiencias que han venido desarrollándose en determinados juzgados de España, en cuanto a la remisión a la mediación, por decisión judicial, han encontrado su base y fundamentación jurídica en el artículo 158.3.º del Código Civil, que otorga al juez amplias facultades para adoptar las medidas que estime convenientes para apartar a los menores de cualquier peligro grave. La convicción que puede alcanzar el juez, en un caso concreto, de que la situación de confrontación entre los progenitores puede deparar unos perjuicios irreparables, especialmente de índole psicológica, a los hijos menores de edad, sirve de sustrato a la remisión de las partes a la mediación, aun cuando no medie solicitud expresa de ninguno de los litigantes. En ocasiones la solicitud puede provenir, bien del Ministerio Fiscal, bien de los técnicos del gabinete psico-

social que están interviniendo en un caso para la realización de un dictamen psico-social. Al igual que el juez dispone de la facultad de ordenar un internamiento urgente del menor en un centro de acogida, o puede disponer la necesidad de una intervención quirúrgica, aun en contra de la opinión de sus progenitores, tiene también la facultad de imponer a los mismos el sometimiento a la mediación, cuando advierta que es necesario, para salvaguardar el superior interés del niño, que se intente una solución consensuada de las disputas entre las partes.

3. Límites de la decisión judicial introductoria de la mediación familiar

Mientras no exista una previsión legal en el Código Civil, como la que se ha introducido en el artículo 79 del Código de Familia de Cataluña, el primer límite que existe para la remisión de las partes a un mediador es que sólo puede ser acordada esta medida cuando existan hijos menores de edad, pues el sentido teleológico del artículo 158 del Código Civil es el de dar la necesaria protección a los hijos menores de edad.

La segunda limitación viene impuesta por la naturaleza esencialmente voluntaria del proceso de mediación. Es evidente que no se puede obligar a nadie a negociar si, de forma clara y rotunda, se expresa ante el juzgado la negativa a entablar conversaciones con la otra parte. Esta posición no siempre es infundada, pues existen casos en los que se han padecido malos tratos físicos, abusos sexuales o las consecuencias del alcoholismo o la drogadicción, se han agotado realmente las vías del entendimiento y es necesaria una decisión judicial impuesta, incluso, de forma coactiva. En los ordenamientos jurídicos en los que la mediación ha sido incorporada a los textos legales, la voluntariedad del sometimiento a la misma es, en todo caso, uno de los principios fundamentales. Sin perjuicio de lo anterior, la heterogeneidad de las legislaciones presenta peculiaridades significativas y así, a título de ejemplo, la postura más drástica es la del “California Code of Civil Procedure” —arts. 1730-1772—, que establece la mediación familiar obligatoria (también denominada imperativa, “mandatory”), aunque limitada a las materias relativas a la patria potestad, sistema al que han de someterse las partes en todo caso y que sólo finalizará cuando el mediador certifique la imposibilidad del acuerdo, lo que dejará libre la vía contenciosa, mientras que un modelo intermedio puede encontrarse en la “Family Act Law” de Gran Bretaña —§ 3.11—, que para la admisión a trámite de la demanda de divorcio exige que se acredite haber asistido a una “sesión informativa” sobre la mediación, o el sistema introducido en Canadá por la “Children’s Law Reform Act” —§ 31—, en el que el sometimiento del litigio a la mediación sólo depende de la voluntad de las partes, si bien en virtud de la reforma del

código de procedimiento de 9 de marzo de 1993 —artículo 815.2—, el tribunal, en cualquier momento del litigio, puede suspender la tramitación para remitir a las partes a un mediador, modelo que también fue acogido por la “Family Law Council Report” de Australia y es muy similar al definitivamente aprobado por la ley de 8 de febrero de 1995 de la República francesa, que, en sede de la ley de procedimiento civil, establece que “el juez, después de haber obtenido el acuerdo de las partes, puede designar a una tercera persona que reúna los requisitos fijados por el Consejo de Estado, para proceder a: 2.º una mediación, cualquiera que sea el estado en el que se encuentre el proceso, para intentar que las partes alcancen un acuerdo”. Finalmente ha de remarcarse que la Recomendación 1/1998 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, al establecer los principios sobre los que se deberá regir la mediación familiar, menciona: (...) II.a) “La mediación, en principio, no deberá ser obligatoria”, y viene a recoger la experiencia habida hasta ahora en los países en los que se encuentra implantada, en el sentido de que se trata de un medio alternativo de resolución de conflictos que ha de introducirse mediante la convicción social de su bondad, y no por la imposición legal que, en definitiva, puede deparar el riesgo de que se convierta en un trámite burocrático más, determinante de su desprestigio.

4. La remisión a la mediación, y las fases del proceso

Dejando a un lado la mediación extra-judicial y centrándonos en la que puede ser suscitada durante la tramitación del proceso, una vez judicializado el conflicto contencioso, la oportunidad de dar a las partes una nueva oportunidad de recomponer sus diferencias presenta, lejos de lo que pueda parecer, un porcentaje considerable de posibilidades de éxito. Son dos las razones fundamentales que cabe apuntar. La primera de ellas tiene su base en la naturaleza evolutiva de los litigios de familia que, al contrario de otros conflictos de naturaleza patrimonial, no permanecen nunca estáticos, y la negativa a un acuerdo razonable que pueden haber mostrado las partes antes de plantear la demanda, motivada por posicionamientos emotivos, vindicativos o económicos, puede modificarse por la presencia de nuevas circunstancias, tales como la superación o mitigación de las frecuentes depresiones consecuentes al proceso de ruptura afectiva, la mejoría de las perspectivas económicas o profesionales de alguno de los miembros de la pareja, la reacción de los hijos y la evolución de sus posicionamientos respecto a cada uno de sus progenitores, y otro cúmulo de factores que inciden en el proceso de racionalización de la ruptura de la convivencia. El segundo de los factores tiene relación con el desvanecimiento del “mito” de la justicia, ya que, frente a la creencia de que el propio abogado conseguirá una victoria aplastante sobre el adversario, o de que el juez se decantará hacia la propia posición de una manera palmaria, los ciudadanos advierten, por el contrario, que los trámites legales son complejos, farragosos, insatisfactorios res-

pecto a las previsiones y fabulaciones iniciales y, en definitiva, se va alcanzando una imagen mucho más real de la limitada respuesta que puede dar el sistema legal a unos intereses que, esencialmente, tienen una serie de componentes que son extra-jurídicos.

A) La mediación en la fase de medidas provisionales

El “auto de medidas provisionales” es la primera resolución judicial que llega a las partes tras la iniciación del conflicto contencioso, mediante el cual se establecen las reglas por las que la familia en crisis ha de regir sus relaciones personales y económicas. Lo más llamativo para el ciudadano es que en esta decisión judicial no va a establecerse ningún pronunciamiento sobre la responsabilidad de la ruptura, ni sobre la causa de separación invocada, sino que es en cierto modo “aséptica” por lo que se refiere al fondo de la controversia. El juez no va a declarar que una parte es el “bueno” y la otra el “malo” y, por el contrario, va a fundar su criterio en las limitadas pruebas que las partes hayan podido obtener y presentar en el proceso. Equivale a lo que en el derecho anglosajón se denomina el “mini trial”. La imposibilidad de un esclarecimiento en profundidad de las circunstancias reales, ocultadas en lo posible por los abogados de las partes para obtener ventajas en el proceso, dará como resultado una insatisfacción en cuanto al resultado obtenido y una primera frustración, que contribuirá a la ruptura del “mito”. En la experiencia piloto habida por el Juzgado de Familia de Barcelona, único del que se disponen datos contrastados, la imposición de la mediación, como una medida más de las acordadas en el “auto de medidas provisionales”, ha puesto de manifiesto dos datos muy reveladores: el primero, que la remisión a la mediación acordada en esta fase, siempre de forma simultánea a la regulación provisional de los efectos de la separación, en los casos en los que se apreciaba la posibilidad de un entendimiento, ha sido aceptada por ambas partes de forma voluntaria, en la práctica generalidad de los casos y con muy pocas excepciones; el segundo dato pone de relieve que, efectuando un estudio comparativo entre las medidas impuestas por el juez y las que las partes han establecido con posterioridad, tras el sometimiento a la mediación, las diferencias eran asombrosas, pues —por ejemplo— mientras la resolución judicial había partido del “hecho probado” de que la esposa no tenía trabajo remunerado, en el convenio regulador consensuado tras la mediación, no sólo no se establecía pensión para la misma, sino que reconocía contar con suficiencia de medios económicos; o mientras en la resolución judicial se establecía un régimen de comunicación paterno-filial muy limitado, ante las alegaciones, denuncias y pruebas testificales que ponían de relieve el alcoholismo agresivo del esposo, en el convenio regulador se implantaba un amplio régimen de visitas paterno-filial, que comprendía una pernocta intersemanal, fines de semana alternos amplios y mitad de periodos vacacionales. La conclusión a extraer es evidente:

ante el litigio contencioso se agudizaron y magnificaron las condiciones negativas, mientras que en el acuerdo de mediación se potenciaron las posibilidades de colaboración entre los miembros de la pareja.

B) La mediación durante la fase declarativa

En menos ocasiones, pero también con notable éxito, la remisión a la mediación, por iniciativa del juez, al finalizar la fase probatoria, es recomendada en diversos casos. Las partes ya han tenido oportunidad de alegar, en la demanda y en la contestación, cuanto han querido. Han dado su versión parcial de los hechos y han imputado las culpas al contrario. Han tenido la satisfacción moral de practicar ante el juez las pruebas que han considerado oportuno proponer, han llevado a todos los amigos íntimos para que testificaran y han podido someter al contrario a la prueba de confesión judicial. Parte de los sentimientos de venganza quedan cumplidos, y les queda esperar una decisión del juez cuando advierten que no todo lo que pretendían probar ha quedado claro, que algunos testigos no han querido comparecer ante el juzgado, que incluso los hijos han mantenido una postura ambigua en la exploración judicial y que en el Registro de la Propiedad no aparecen las fincas que se pensaba que eran titularidad del otro. Es una fase en la que la familia ya tiene un cierto rodaje en la vivencia de la separación, están respetando unas medidas provisionales que les han sido impuestas y se han desvanecido las ilusiones de reconciliación, cuando no se hayan presentado en el horizonte otras perspectivas personales o económicas o, como elemento de primer orden, se ha tenido conocimiento del dictamen psicosocial del gabinete técnico del juzgado, que no ha sido tan favorable como se esperaba. Después del sufrimiento que, en muchos casos, se ha padecido durante la tramitación del litigio, el ofrecimiento de una oportunidad de negociación suele ser bien acogido. En estos casos es el psicólogo, o el trabajador social que haya intervenido en la prueba pericial, el que formula la propuesta de que el caso puede ser susceptible de mediación y es conveniente que el juez pida el parecer a las partes, con carácter previo a acordar la suspensión de los autos para remisión a la mediación, pues su imposición automática no sólo contraría el deber de impulso procesal, sino que puede añadir más demora en la resolución del litigio.

C) La reconversión de la prueba pericial de “dictamen de especialistas” del artículo 92 del Código Civil, en actividad de mediación

El artículo 92 del Código Civil introdujo el “dictamen de especialistas”, como prueba pericial “sui generis” propia del derecho de familia, que tiene por objeto coadyuvar en el enjuiciamiento, desde el ámbito de la psicología y el trabajo social, en las materias relativas a los hijos menores de edad, residencia

habitual de los mismos y régimen de comunicación, visitas y estancias con el progenitor con el que no convivan habitualmente ⁽¹¹⁾. La ausencia de desarrollo legal de este peculiar elemento de prueba ha originado una práctica forense muy heterogénea en el trabajo de los primitivos equipos psicosociales de los juzgados de familia, creados en el año 1982 con carácter experimental en las grandes poblaciones, y en los profesionales que, desde la asistencia social, la salud pública, la pedagogía o el ámbito privado, han venido colaborando con los juzgados en la realización de tales dictámenes. La intervención de los llamados “especialistas” en materia de menores puede ser propuesta por las partes, como prueba pericial, sugerida por el Ministerio Fiscal o acordada de oficio por el juez, y el objeto de la misma queda en la mayor parte de los casos sin especificar con la necesaria particularización, lo que la diferencia de la prueba pericial “clásica”, englobándose el encargo que se efectúa en la petición de que se realice una “evaluación psico-social de la familia”, un “análisis del sistema de relaciones de la familia en crisis” o un estudio concreto sobre determinadas anomalías conductuales que pueden aparecer en alguno de los componentes de la pareja o en los hijos.

En el marco de actuación descrito, se ha entendido por algunos profesionales que su actuación no era meramente pericial, como tampoco lo podía ser terapéutica, y que en determinados casos surgía de las entrevistas directas con los propios litigantes la necesidad de romper la incomunicación implantada por el sistema adversarial del pleito contencioso, y que las dos partes estaban dispuestas a mantener, con la asistencia del psicólogo o del trabajador social, unas conversaciones tendentes a implantar el cese de las hostilidades y a buscar soluciones de consenso. Cuando esta situación se ha planteado en el curso de la intervención del técnico “especialista”, en las experiencias habidas sobre programas de mediación familiar intrajudicial se ha propuesto a las partes la mediación y ha sido aceptada en un número importante de casos ⁽¹²⁾. El principal problema que se suscita en este terreno es el de las consecuencias de la intervención si, con posterioridad, el acuerdo no es posible, toda vez que el “técnico especialista” que ha hecho de mediador queda inhabilitado para emitir un informe pericial, o para ser llamado como testigo, ya que uno de los principios sobre los que gira la mediación es el de la confidencialidad y, cuando se inicia el proceso, es conveniente que las dos partes, y también el mediador, suscriban un documento por el que queden obligados a respetarla. En este punto la regulación legal es necesaria, pues el criterio dispar de los jueces puede dar al traste

(11) ORTUÑO, Pascual, “El dictamen de especialistas como prueba pericial «sui generis» en el derecho de familia”, *Revista Poder Judicial* n.º 37, marzo 1995, p. 193-212.

(12) IBÁÑEZ, Vicente y LUIS, Pilar, “Psicología judicial en España: actuación y límites de intervención”, *Anuario de Psicología Jurídica*, Madrid, 1992, p. 17-30.

con el sentido de la mediación y se han dado casos en los que, aun cuando un juez determinado ha respetado el protocolo de actuación alcanzado con los equipos psicosociales y ha rechazado convocar al psicólogo interviniente como testigo o perito, otros jueces, con criterio distinto, les han requerido para que informen sobre el desarrollo de su intervención. Existen casos muy llamativos en los que es lógico que los litigantes intenten utilizar este mecanismo como medio para la obtención de pruebas, como —a título de ejemplo— el supuesto en el que la representación de la esposa no haya podido acreditar el trabajo o los ingresos del marido durante la tramitación de litigio y pueda ser utilizada la mediación, con el compromiso de confidencialidad, para arrancar el reconocimiento del trabajo y medios económicos reales ante el psicólogo-mediador, para después apartarse del compromiso y proseguir la vía contenciosa, proponiendo al mediador como testigo o requiriendo del juez que le recabe un informe sobre tales extremos. Es evidente que la verdad material es un objetivo de la administración de justicia, pero siempre que se halle con el respeto a las normas y garantías procesales y, en este caso, ante la posibilidad de que ocurra lo que se ha dejado expuesto, los abogados de las partes deberán aconsejar a sus clientes que no manifiesten datos concretos o hechos no reconocidos en el pleito ante el mediador, que luego puedan ser utilizados en su contra en el litigio, con lo que la mediación no es posible, ya que, como suele explicar el responsable de los servicios de mediación intrajudicial de Montreal (Canadá), Aldo Morrone, puede compararse el método judicial de resolución de controversias con el que propugna la mediación, con dos juegos: el primero sería el “póquer”, en el que los jugadores necesitan esconder sus cartas, decir mentiras, y aparentar posiciones no reales —“faroles”—, para obtener la finalidad de ganar, sobre la base de que los otros pierdan en su beneficio, mientras que la mediación la compara con otro juego, el montaje de un “puzzle”, en el que todos los jugadores colaboran, con las cartas sobre la mesa, para conseguir un objetivo distinto, como lo es el recomponer una situación en la que, si alguno de ellos esconde una pieza, es imposible que se obtenga un buen resultado.

D) La mediación en ejecución de sentencia

Omito toda referencia a la mediación posterior a la sentencia, o a la que puede realizarse en el tiempo intermedio que existe entre la sentencia de primera instancia y la que resuelve el recurso de apelación ante la Audiencia, no porque no sea posible que se realice una intervención de esta naturaleza, sino porque la misma no tendría consideración de “intrajudicial”. Dicho de otro modo, mientras se sustancia el recurso de apelación, son frecuentes las negociaciones entre las partes o el acuerdo de someter a mediación privada el conflicto. Más aún, en ocasiones, el recurso de apelación tiene como finalidad intentar una nueva negociación. Pero esta actividad sí que se realiza fuera del juzgado, fuera del proceso y, aun cuando puedan actuar como mediadores los mismos de los

servicios públicos, como en aquellos casos en los que se dispuso en el auto de medidas provisionales el seguimiento y control del régimen de visitas, la naturaleza del intento mediador no tiene su reflejo en el proceso.

Una vez que se dispone de sentencia firme, el contenido obligacional de la misma ha de ser cumplido en sus propios términos por los litigantes, que pueden recabar el auxilio judicial para que se imponga el cumplimiento forzoso, tal como establecen los artículos 18.2 de la LOPJ y 919 y siguientes de la LECiv. En estos trámites de ejecución se plantea una gran variedad de problemas para cuya resolución el mandato judicial no siempre es efectivo ni suficiente. Pensemos, por ejemplo, en la reanudación de un régimen de comunicación materno-filial, después de que hayan transcurrido tres años con absoluta incomunicación y cuando la hija tiene diez años y verbaliza su oposición rotunda a ver a la madre, porque piensa que la abandonó, o en el hijo de doce años que, ante un nuevo matrimonio de su madre y como consecuencia de un sentimiento de rechazo ante este acontecimiento, decide instalarse a vivir con el padre, o con unos abuelos que no reúnen las condiciones óptimas para asegurar su desarrollo integral, o en el esposo que ha impagado las pensiones durante tres años al no haber tenido trabajo, o haberlo ocultado eficazmente, y ha de desembolsar de una sola vez un montante importante de dinero del que no dispone, en concepto de atrasos. En esta fase de ejecución la posibilidad de someter a mediación las disputas es, tal vez, la más eficaz, por cuanto la crisis familiar, y las tensiones derivadas de la ruptura, han quedado superadas en gran parte y los conflictos no son globales, sino que se focalizan y circunscriben a puntos de discrepancia muy determinados. Si se trata de deudas dinerarias por devengos atrasados, un razonable aplazamiento, debidamente garantizado, o la transmisión de parte de la mitad indivisa del domicilio familiar, pueden solucionar el problema con mayor satisfacción para el acreedor que la condena penal al padre o madre de los propios hijos por impago de pensiones, o una variación del régimen de comunicación y visitas, adaptándolo razonablemente a las puntuales circunstancias, necesidades y conveniencias de todos los implicados, es más ventajosa que la opción por la sucesión de denuncias, requerimientos, presencia policial y procesos penales por desobediencia, que son la alternativa que el sistema judicial ofrece para los incumplimientos del régimen de visitas.

El trabajo estadístico que se realizó en el Juzgado de Familia n.º 14 de Barcelona, sobre incumplimientos de visitas en ejecución de sentencia, en el año 1995 ⁽¹³⁾, arrojó una serie de datos muy significativos. El primero de ellos, que en el 50% de los casos el problema se había suscitado después que transcu-

(13) El trabajo estadístico mencionado está publicado como apéndice en el libro del que es titular el catedrático de derecho civil de la Universidad de Barcelona Francisco RIVERO: *El Derecho de Visita*, Edit. Bosch, Barcelona, 1997, p. 411-416.

rrieran más de tres años desde la firmeza de la sentencia, lo que pone de relieve que la falta de adecuación de las reglas establecidas a las circunstancias cambiantes es fuente de la mitad de los problemas, o que, mientras quien solicita la ejecución imputa la responsabilidad del incumplimiento en el 48% al progenitor custodio, los hijos afectados asumen la responsabilidad de la decisión en un 80%, encontrando la causa en la conducta del progenitor con el que no conviven. De las contestaciones ofrecidas al cuestionario se puso de manifiesto que las causas más frecuentes de las negativas de los hijos a ir con los padres eran, por orden de frecuencia, en el mayor número de casos, un 14%, porque no soportan las agresiones verbales hacia el progenitor custodio; en otro porcentaje similar, porque no se llevan bien con la nueva pareja; en tercer lugar, en un 9% como consecuencia de que el padre no paga las pensiones, mencionándose entre otras causas el aburrimiento, la rigidez del calendario que les impide otras actividades, la necesidad de proteger al padre/madre abandonado/a, la falta de comunicación o la delegación en terceras personas. Difícilmente alguna de estas causas puede desaparecer en virtud de la intervención judicial imperativa, pues el método más apropiado es el del diálogo, el consenso y la modificación de conductas. De la muestra realizada, un total de sesenta casos, en once no fue posible la reanudación del régimen de visitas, mientras que en el resto se alcanzó, en mayor o menor grado, la normalidad, habiéndose derivado a la intervención del gabinete psicosocial un total de diecisiete casos, lo que pone de manifiesto que la mediación puede ser un instrumento de suma utilidad, no sólo para aliviar la carga de trabajo de los juzgados, sino también para la obtención de un grado de eficacia en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de familia muy razonable.

VI. LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ EN LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL

Aun cuando existen muchos modelos de práctica de la mediación, y en alguno de ellos el propio juez es quien actúa como mediador ⁽¹⁴⁾, la opinión generalizada es que, aun cuando el juez pueda y deba propiciar que los litigantes acudan a este sistema, debe abstenerse de participar activamente en los casos que se sometan a la mediación. Efectivamente, el juez representa la autoridad ante las partes y es la figura que, en el Estado de derecho, tiene como fun-

(14) CÁRDENAS, Eduardo José, *Familias en crisis: intervenciones y respuestas desde un juzgado de familia*. Edit. Fundación Retoño. Buenos Aires, 1992. En este libro, el prestigioso juez argentino narra su experiencia, como mediador, en su prolongada actividad como juez de familia de la ciudad de Buenos Aires.

ción juzgar, emitiendo una sentencia decisoria de la controversia, y hacer ejecutar lo juzgado, para lo que dispone del aparato coercitivo del propio Estado. El mediador, por contra, no va a dirimir el litigio, no va a dictar las reglas, ni tiene capacidad para imponer ninguna solución, ya que su trabajo radica en facilitar a las partes la comunicación, la comprensión racional de las controversias, los intereses y el planteamiento de las soluciones que los propios litigantes acepten, de común acuerdo, como las más convenientes para solventar, en un sentido positivo, el problema común que les afecta. En otras palabras, el mediador es un técnico en negociación que, por su intervención neutral y la obligación de guardar la confidencialidad, como elemento esencial del método, va a entrar a conocer los intereses profundos de las partes, sus emociones, las vivencias subjetivas del problema y toda una serie de hechos que, en ocasiones, diferirán de los que, con arreglo a las leyes, figuran como probados en el proceso judicial. Por tal circunstancia, el juez no debe realizar la actuación mediadora, pues su función es bien distinta, sin perjuicio de que, consciente de las bondades del sistema, sea el motor esencial de la promoción de la mediación intrajudicial y proponga a las partes cuando así lo estime conveniente o, como expresa el Código de Familia de Cataluña, cuando aprecie que “todavía” es posible una solución consensuada, que sometan sus diferencias a la mediación.

También es necesario deslindar el concepto de “mediación” del arbitraje, en el que el juez decisorio es sustituido por una persona designada por las partes, para que realice similar función a la de aquél, y específicamente ha de distinguirse la mediación de la “conciliación”, que cuando es de naturaleza judicial tiene por objeto que el juez convoque a las partes a un acto, en su presencia, con el fin de lograr su avenencia. En este acto la actividad del juez ha de ser informativa, por una parte, respecto al derecho y los trámites legales, y explicativa, respecto a las posibilidades que cada una de las partes tiene de obtener el reconocimiento, total o parcial, de sus pretensiones, recabando de los propios litigantes y de sus letrados proposiciones o fórmulas concretas de arreglo amistoso, en base a concesiones recíprocas. Mas en la actividad conciliatoria, que no debe ir más allá de la comparecencia que se convoque a tal efecto, no deben manejarse otros hechos y circunstancias que los que han sido objeto de alegaciones o prueba por las partes, pues de lo contrario, y si el juez se empleara en indagar más allá de lo que existe en las actuaciones, se estaría extralimitando de su función, con grave riesgo de sufrir una especie de “contaminación” subjetiva que es nefasta para la función que ha de desarrollar, en caso de que el acuerdo no se alcance finalmente, y en la que ha de buscar y fundar su convicción, únicamente, sobre la base de los hechos que han quedado plenamente acreditados en los autos. La ley procesal civil alude en numerosos preceptos a la obligación del juez de promover el acuerdo y la conciliación entre las partes, no sólo al regular el “acto de conciliación” de los artículos 460 y siguientes, sino también en el trámite del artículo 691 del juicio de menor cuantía, tras la reforma de

1984, o en la fase de ejecución de sentencias, en el artículo 941, en el que se dice que el juez deberá “excitar a las partes para que se pongan de acuerdo”, al igual que en los trámites de partición de la herencia o de las sociedades económicas matrimoniales. Lamentablemente estos intentos de conciliación quedan, en la práctica forense, en meras formalidades, que carecen de toda relevancia si no se realizan con cumplimiento de la inmediatez judicial y con la intervención activa del juez. La *Recomendación n.º 12/1986* del *Comité de Ministros del Consejo de Europa*, relativa a la implantación de ciertas medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales de Justicia, incluye la medida de imponer al juez, como una de sus tareas principales, la búsqueda de un acuerdo amigable entre las partes, en todos los asuntos que se le planteen, al inicio del proceso o en cualquier fase apropiada del mismo. En la práctica del derecho de familia, tal función es esencial, aun cuando se echa en falta la ausencia de una formación concreta y específica de los jueces en el manejo de técnicas de resolución de conflictos, pero esta actividad conciliatoria debe quedar deslindada y diferenciada de la mediación, que es otra alternativa a la vía judicial para la resolución de las controversias, con otro alcance distinto, con otra metodología y con otros operadores.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BASTARD, Benoit: “L’irresistible diffusion de la médiation familiale”. *Anales de Vaucresson*, n.º 29. París, 1988.

BERNAL, Trinidad: “Primer programa público de Mediación Familiar: resultados”. *Anuario de Psicología Jurídica*, 3, p. 43-53. Madrid, 1993.

BOLAÑOS, Ignacio: “El proceso contencioso de separación y/o divorcio: una visión psicosocial”. *Studia Juridica*, 5, p. 133-144. Barcelona, 1993.

COY FERRER, Antonio: “La Mediación en los Procesos de Separación y Divorcio”. *Revista del Colegio de Psicólogos de Andalucía Occidental*, n.º 28. Primer trimestre, 1989.

IBÁÑEZ, Vicente: “Mediación intrajudicial: concepto y criterios para su implementación en la administración de justicia”. *Revista Apuntes de Psicología*, n.º 41-42, p. 105-120. Madrid, 1994.

KASLOW, Florence W.: *La mediación en el divorcio, y su impacto emocional en la pareja y los hijos*. Edit. Handbook of Family Therapy. Nueva York, 1983.

MARTÍN, Miquel y SANTDIUMENGE, Josep: *La mediación familiar: líneas generales de una visión comparada*. “Justiforum”. Centre d’Estudis Jurídics de la Generalitat de Cataluña. Barcelona, 1994.

MINISTERIO DE ASUNTOS SOCIALES. Revista *Infancia y Sociedad*. Número del tercer trimestre de 1993. Varios autores. Madrid, 1993.

MUÑOZ SABATÉ, Lluís: “Alternativas a la Administración de Justicia en el Orden Civil y Mercantil”. Discurso de inauguración del Tribunal Arbitral de Cataluña. Barcelona, 1990.

ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: *Psicología Jurídica de la Familia*. “Valoración judicial de la intervención psicológica en los procesos de familia”. Colección “Retos Jurídicos en las Ciencias Sociales”. Fundación Universidad-Empresa. UNED, p. 287-313, Madrid, 1998.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: “*El derecho de visita*”. Editorial Bosch S.L., Barcelona, 1997.

ASPECTOS JURÍDICO-LEGALES DE LA CRIOCONSERVACIÓN DE GAMETOS EN PACIENTES NEOPLÁSICOS ⁽¹⁾

Dra. CARMEN SÁNCHEZ HERNÁNDEZ

Profesora Asociada de Derecho Civil de la Universidad de Málaga

SUMARIO

I. REALIDAD DE UN PROBLEMA Y TRATAMIENTO JURÍDICO DEL MISMO

II. ENSAYO TÉCNICO-JURÍDICO DE LA CRIOCONSERVACIÓN

1. **Concepto.**
2. **Naturaleza jurídica.**
3. **Elementos.**
4. **Capacidad.**
5. **Algunas cuestiones particulares del Centro y los depositarios de gametos vigente el depósito.**
 - A) Protocolo operativo de la crioconservación.
 - B) Titularidad del material crioconservado durante el plazo legalmente establecido.
 - C) Disponibilidad del material crioconservado durante el plazo legalmente establecido.
 - D) Titularidad y disponibilidad del material crioconservado transcurrido el plazo legal de cinco años.
 - E) Fecundación *post mortem*.
 - F) Valoración final del consentimiento.

⁽¹⁾ El presente análisis se realiza a partir del modelo de “Autorización de Crioconservación” que a continuación se incluye, utilizado en el Centro Regional de Transfusión Sanguínea de Málaga, al cual agradecemos la colaboración prestada.

Don con DNI n.º

I. REALIDAD DE UN PROBLEMA Y TRATAMIENTO JURÍDICO DEL MISMO

Como ya ha sido constatado por algún autor ⁽²⁾, “las relaciones entre Derecho y Ciencia están de moda”, por lo que no se debe considerar una “osada invasión” el intentar someter a nuestros esquemas jurídico-legales los proble-

Manifiesta que:

1.º Deposita en el Laboratorio de Criobiología del Centro Regional de Transfusión Sanguínea de Málaga (recinto antiguo Hospital Civil) las muestras de su propio semen para ser crioconservado hasta un máximo de cinco años.

2.º Ha sido informado por D. sobre las características del Programa de Crioconservación de Semen. Sé que son limitadas las probabilidades de éxito en la fecundación y que pueden surgir problemas técnicos, durante la manipulación o conservación, que pueden reducir o hacer inviable su contenido.

3.º Este semen sólo podrá ser utilizado mediante solicitud escrita del que arriba suscribe para los fines legalmente admitidos.

4.º En caso de defunción del firmante la decisión sobre el destino del semen será de: o en su defecto de

5.º En caso de no recibir instrucciones de autorización al final de cada año, se sobreentenderá que se renuncia al derecho de mantener su semen almacenado en nuestro Laboratorio, procediendo en este caso a la destrucción del mismo.

6.º Todos los actos se someterán a la legislación vigente en el momento que se deposita el semen.

(2) En concreto, PERIS RIERA, *Orden biológico versus orden jurídico. El Derecho en el tercer milenio*, Madrid, 1997, pág. 31. El mismo autor —pág. 32—, asegura que el Derecho en la actualidad, frente a las actividades científicas en general, se debate entre dos actitudes diametralmente opuestas: la de un Derecho que se retira y la de un Derecho que interviene. La primera posición la adopta en aquellos casos en que decide, por distintas causas, no intervenir, originando el consecuente vacío legal. La segunda posición surge cuando la desconfianza u otros intereses recomiendan la intervención, la cual puede iniciarse mediante sutiles mecanismos, o a través de la creación de leyes especiales dedicadas al control legislativo de esas actividades científicas. La Ley, como afirmara FLORES MICHEO —“La realidad, madrastra y enseñadora de las leyes”, *La Ley*, 1980.1, pág. 1041—, es “una herramienta dirigida a ordenar una realidad social según criterios de Justicia”. Si falta el mínimo de adecuación entre la herramienta y realidad a la que se dirige, por magnífica que resulte aquélla, no se inserta en ella y no la ordena. Conjugando —pág. 1043— la realidad de la naturaleza humana y de la convivencia así como de las circunstancias concretas, el legislador tiene que proceder de igual modo. Si se olvida de ello, aunque la norma mire a la Justicia y tenga la plenitud de ser debida, si no tiene el mínimo de congruencia, “la realidad, gran madrastra a la vez que gran enseñadora” sale por sus fueros y despiadadamente mata todos los buenos propósitos que la ignoran. Sobre el Derecho ante el avance científico, vid. tb. ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, *La clonación y selección de sexo. ¿Derecho Genético?*, Madrid, 1998, págs. 30 y ss.

mas atinentes a la ciencia médica⁽³⁾. La proyección jurídica de la crioconservación es ampliamente compleja ya que un análisis completo del tema supone abordar las implicaciones varias que se conciten en el asunto, desde su alumbramiento científico, hasta el trasfondo personal o familiar, así como su afección social o política⁽⁴⁾.

El objeto de estudio se centra en la crioconservación de espermatozoides y ovocitos, como agentes directos de la reproducción mediante la fusión de ambos, provenientes de enfermos neoplásicos, o mejor dicho, de sujetos que van a ser sometidos a un tratamiento, probablemente esterilizante, de quimio/radioterapia. No es necesaria la justificación del presente trabajo, somos conscientes de la actualidad palpitante del tema y del vacío legal del que nos consideramos meros espectadores, decimos espectadores porque como juristas aceptar exclusivamente la regulación, si lo ofrecido por nuestros legisladores puede ser calificado de “regulación”, que sobre esta realidad existe es ser un “mero espectador” del problema jurídico que esta cuestión plantea⁽⁵⁾.

Cabe considerar que la problemática que la crioconservación suscita debe ser analizada atendiendo a: 1.º El proceso de crioconservación en su doble modalidad de congelación del material reproductor, ya sea masculino o femenino, así como de embriones, es decir, óvulos ya fecundados; 2.º El proceso de utilización de ese material reproductor o ya embrión, en su caso, es decir, esto supondría tener que adentrarse en la discutida inseminación artificial⁽⁶⁾. El presente estudio, como ya se ha referido, se centra exclusivamente en los aspectos legales que la crioconservación de gametos procedentes de pacientes neoplásicos pueden presentar. A modo de mero apunte, cabe anotar como posible

(3) Como ya señaló GITRAMA GONZALEZ. “En la convergencia de dos humanismos”, A.D.C., 1977, pág. 274.

(4) En este sentido, MARTÍNEZ CALCERRADA, *La Nueva inseminación artificial (Estudio de la Ley de 22 de Noviembre de 1988)*, Madrid, 1989, pág. 30.

(5) Recordar que las disposiciones legales referentes a la conservación a largo plazo de células reproductoras y, en concreto, las que afectan al Programa de crioconservación de “espermatozoides” de pacientes neoplásicos, están contenidas en los arts. 11 y 18 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

(6) Para lo cual nos remitimos a estudios ya realizados, vid. entre otros ALBACAR LÓPEZ, “Aspectos jurídicos de la manipulación genética: inseminación artificial”, *La Ley*, 1985.4, págs. 1051 y ss.; VIDAL MARTÍNEZ, “Las nuevas formas de reproducción humana ante el Derecho Civil: Introducción y panorama general”, R.G.D. 1986.3, págs. 3685 y ss.; MORO ALMARAZ, *Aspectos Civiles de la Inseminación artificial y la fecundación “in vitro”*. Barcelona, 1988, págs. 90 y ss.; RODRÍGUEZ CASTRO, “La Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida y el Registro Civil”,

dificultad principal el tema de la disponibilidad del material reproductor crioconservado una vez transcurrido el plazo legal de los cinco años establecido en el art. 11.1 de la Ley 35/1988; otros podrían ser, por ejemplo, el valor de la renuncia anual y la disponibilidad por parte del Centro o Banco, o el consentimiento en la fecundación *post mortem*. Sin más dilaciones pasemos a analizar las cuestiones que este aspecto concreto relacionado con las “Técnicas de Reproducción Asistida” plantean.

II. ENSAYO TÉCNICO-JURÍDICO DE LA CRIOCONSERVACIÓN

1. Concepto

La crioconservación no es más que una técnica de congelación de la materia genética, principalmente masculina⁽⁷⁾ aunque, también es posible respecto de la materia femenina, mediante la cual se permite el aislamiento en laboratorio tras la extracción *in natura* de los gametos respectivos y su posterior tratamiento para los fines propuestos⁽⁸⁾. No existe unanimidad en la doctrina si la finalidad de la crioconservación es principalmente terapéutica en el uso de las técnicas de reproducción asistida dando una alternativa al problema de la esterilidad; o si se trata de un medio alternativo de procreación⁽⁹⁾.

A.C. 1990.3, págs. 743 y ss.; OCAÑA RODRÍGUEZ, *La filiación en España. Jurisprudencia y doctrina*, Granada, 1993, págs. 371 y ss.; SOTO LAMADRID, *Biogenética, filiación y delito*, Buenos Aires, 1990, págs. 19 y ss.; BLASCO GASCO, “La Ley sobre técnicas de reproducción asistida: Constitucionalidad y aplicación”, A.D.C., 1991.2, págs. 697 y ss.; HERRERA CAMPOS, *La inseminación artificial: Aspectos doctrinales y regulación legal española*, Granada, 1991, págs. 24 y ss.; VALLE MUÑIZ/GONZÁLEZ GONZÁLEZ, “Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho penal”, Poder Judicial. Junio 1992, n.º 26, pág. 117; RIVERO HERNÁNDEZ, “Las acciones de filiación y las técnicas de reproducción asistida”, Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, tomo III, pág. 279.

(7) Esto deriva de la propia redacción del art. 11 de la Ley 35/1988 en el que se habla de la crioconservación del “*semen*” en los Bancos de gametos.

(8) Vid. al respecto MARTÍNEZ CALCERRADA, *La Nueva inseminación artificial...*, cit., págs. 305 y 306.

(9) Sobre esta cuestión vid. LLEDO YAGÜE, “Los destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida. La fecundación *post mortem*. La titularidad del gameto fecundante. El donante de gameto”, Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1994, tomo III, pág. 332; HERRERA CAMPOS, *La inseminación artificial...*, cit., pág. 40.

2. Naturaleza jurídica

Como rasgo común a todo análisis de la naturaleza jurídica, cabe decir que, aparte de la dificultad que entraña, lo que tiende es a centrar el instituto objeto de estudio dentro de las coordenadas de la juridicidad, adoptando en algunos casos notas propias y en otros asimilándolo a figuras afines. Como ha señalado MARTÍNEZ CALCERRADA ⁽¹⁰⁾, la materia que se estudia puede ser contemplada desde una triple perspectiva: a) Como acto constitutivo; b) Como objeto de los derechos disponibles; y c) Como relación jurídica derivada. Partiendo de esta realidad, y dada la extensión del presente estudio, es de defender que tanto la crioconservación como la posible inseminación artificial posterior proceden o son el resultado de la operatividad de la autonomía negocial de los partícipes en este proceso, pudiéndose incluso hablar de un auténtico y previo “contrato” ⁽¹¹⁾ que ampara estas prácticas, en virtud del cual los posibles intervinientes emiten su voluntad y consienten expresamente, es decir, se ponen de acuerdo para que procedan los profesionales también concurrentes a la crioconservación y, en su caso, posterior experimento inseminador para el fin procreador establecido ⁽¹²⁾. Se trata, por lo tanto, de un contrato *sui generis* de depósito de esperma

⁽¹⁰⁾ *La Nueva inseminación artificial...*, *cit.*, págs. 85 y ss.

⁽¹¹⁾ Es necesario partir de una realidad y es que el paciente neoplásico autoriza la crioconservación, mediante la firma de la anterior autorización, la cual responde a lo que se puede denominar un “formulario tipo” pero que no legitima para la inseminación posterior, para la que sería necesaria una nueva autorización. Es decir, no todo proceso de crioconservación deriva en alguna de las modalidades de inseminación artificial. Esto es lógico, ya que se ha podido producir una modificación de las circunstancias personales del “depositante” así como de los autorizados para disponer del material genético desde la firma de la autorización hasta el momento del uso del material crioconservado.

⁽¹²⁾ Algún autor —vid. SOTO LAMADRID, *Biogenética...*, *cit.*, págs. 268 y 287— ha considerado a los gametos como cosas. Con anterioridad, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA —“La naturaleza jurídica de los elementos genéticos”, R.G.D., 1986.3, pág. 2450— puso de manifiesto que desde un punto de vista legal los gametos son cosas. En el mismo sentido, MONTES PENADES —“El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana”, II Congreso Mundial Vasco, Madrid, 1988, pág. 176; “El consentimiento en la fecundación humana asistida. Los contratos instrumentales en las técnicas de reproducción asistida: las categorías negociales y posibilidad de su adaptación”. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, tomo III, págs. 491 y 492—, quien enumera una serie de principios reguladores del tráfico jurídico de gametos: 1.º Se justifica su tráfico por el sentido teleológico, su utilización sólo es posible con fines terapéuticos o reproductores; 2.º El tráfico será gratuito; 3.º El tráfico será controlado, a través de los Centros homologados y con intervención de los profesionales

u óvulos para proceder a su congelación⁽¹³⁾. Es decir, un contrato en base al cual el Centro se compromete a conservar el material en cuestión y a restituirlo en los plazos legales establecidos, bien al depositante, a quien estaba destinado o proceder a su destrucción, en la medida en que los Bancos tienen como fin primordial almacenar y custodiar los gametos.

3. Elementos

Queda, pues, claro que se trata de un acto de voluntad, por lo que se deben de analizar, aunque de forma somera, sus elementos:

A) Personales: centrados en el caso de la crioconservación con fines de autorreproducción los elementos personales son:

a) *Depositante*: el perfil del mismo responde, normalmente, al de una pareja matrimonial o estable, formada por hombre y mujer que, afectado alguno de ellos por una enfermedad de este tipo y ante un tratamiento de quimio/radioterapia, deciden proceder a la conservación del material reproductor; o bien puede tratarse de un sujeto sin vínculo matrimonial o pareja estable alguna, es

adecuados; 4.º Se exigirán especiales condiciones de salud —no es este nuestro caso— a los donantes, así como de conciencia y libertad para formar su consentimiento. CARCABA FERNÁNDEZ —*Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de reproducción humana*, Barcelona, 1995, pág. 72—, afirma que el semen puede ser considerado como cosa, pero que su valor nunca puede ser patrimonial. Por su parte, MORO ALMARAZ —*Aspectos Civiles...*, cit., pág. 195—, considera que los gametos no son cosas ni derechos, no pueden ser objeto de herencia propiamente, ni de disposición sin autorización por otro que no sea el cedente. Ya en su momento, CLAVERÍA GOSÁLBEZ —“Las categorías negociales y su adaptación en función de la reproducción humana”, II Congreso Mundial Vasco, Madrid, 1988, pág. 238—, afirmó que «ni el semen, ni los óvulos (...) son jurídicamente “cosas” en sentido técnico».

(13) Cfr. CARCABA FERNÁNDEZ, *Los problemas...*, cit., pág. 92. La autora considera que no nos encontramos ante un contrato de depósito susceptible de ser reclamado por los herederos del depositante, sino ante un contrato *sui generis* que comporta para el Banco de semen la obligación de conservación y restitución al donante o a aquella persona a quien el semen iba a ser destinado. Prueba de ello es la designación de dos posibles destinatarios en la autorización de crioconservación firmada entre el depositante y el Centro antes de proceder a la congelación del material genético. Ya con anterioridad, CLAVERÍA GOSÁLBEZ —“Las categorías negociales...” cit., pág. 235—, defendía la admisibilidad de los denominados “depósitos de células germinales”, aunque —pág. 236— tacha de incorrecta la expresión en la medida en que no se corresponde funcionalmente con el depósito común, ya que —pág. 239— el depositante generalmente no se propone recuperar lo depositado sino destinarlo a la utilización de personas que no conocerán su identidad, por lo que considera que se trata más de una modalidad de “donación” sin contacto personal entre dadores y receptores y con la necesidad de la congelación como técnica de mantenimiento de las sustancias de que se trate.

el caso de personas solteras mayores o menores de edad afectadas por una enfermedad de estas características.

b) *Depositario*: es el Centro o Banco constituido por un equipo de médicos formados para tal fin (art. 19.1 Ley 35/1988).

En el caso de que con posterioridad se proceda a la práctica de la técnica inseminadora correspondiente es posible que se produzca la concurrencia de nuevos elementos personales, como puede ser el sujeto ajeno a la pareja que habiendo donado semen es el mismo utilizado para así fertilizar el del marido, pero esto escapa de la materia de estudio.

B) Reales: el objeto de este “contrato de depósito” es el semen u óvulos.

C) Formales: por lo que a la forma de este contrato celebrado entre la pareja o sujeto que decide crioconservar su material reproductor y el centro médico, debe éste ser escrito privado o documento público en donde deben constar los siguientes aspectos: 1.º Deseo o voluntad del interesado de proceder al depósito de su semen para ser crioconservado por un plazo máximo de cinco años; 2.º Nombre del facultativo por el que ha sido informado de las características de esta práctica; 3.º Declaración de que el semen sólo puede ser utilizado para los fines legalmente admitidos mediante solicitud escrita del depositante; 4.º Designación de los sujetos que deben decidir sobre el destino del semen en caso de defunción del depositante; 5.º Concesión de plenas facultades al Centro receptor de proceder a la destrucción del semen en caso de no recibir instrucciones de autorización al final de cada año.

D) Temporales: la Ley 35/1988 establece en el ya citado art. 11 un tratamiento temporal diferente según se trate de:

a) *Crioconservación de gametos masculinos o semen*: la Ley establece el plazo máximo legal de cinco años para el semen, habiendo sido considerado el mismo acertado por los siguientes motivos: 1.º Se ajusta al modelo científico que con un periodo de tiempo superior denuncia algún sustraendo cualitativo de la materia así almacenada; 2.º Porque desde un punto de vista jurídico es un despropósito, si la ciencia permite una extensa temporalidad del depósito, poder asistir a la procreación de un ser con semen de persona premuerta muchos años atrás ⁽¹⁴⁾.

b) *Crioconservación de gametos femeninos u óvulos*: respecto de la crioconservación de óvulos, el apdo. 2.º del citado precepto solamente la admite en el caso de que haya suficientes garantías sobre la viabilidad de los mismos después de su descongelación.

(14) Así lo ha constatado MARTÍNEZ CALCERRADA, *La Nueva inseminación artificial... cit.*, pág. 306. Recientemente se ha considerado —cfr. CARCABA FERNÁNDEZ, *Los problemas... cit.*, pág. 19—, que la duración del semen congelado es prácticamente indefinida.

Por lo tanto, la congelación de semen queda subordinada al plazo legal de cinco años y la de óvulos a que los mismos ofrezcan, además, suficientes garantías de viabilidad, ya que en nuestra opinión nada hace estimar que no se encuentren también sometidos al plazo legal máximo de crioconservación establecido.

Respecto del requisito de la viabilidad posterior a la descongelación éste queda determinado mediante el análisis sobre los óvulos vivos extraídos por laparoscopia antes de ser congelados, realizada esta operación se demuestra la licitud de esta actividad en la medida en que se constata la viabilidad del óvulo, es decir, el mismo puede cumplir con su finalidad procreadora⁽¹⁵⁾.

4. Capacidad⁽¹⁶⁾

En principio, por lo que a la capacidad de los intervinientes se refiere, cabe admitir que es necesaria la general para obligarse⁽¹⁷⁾, por lo que tratán-

(15) Se ha especulado sobre por qué sólo para la congelación de los óvulos, y no para la del semen, se subordina el proceso al requisito del dictamen sobre viabilidad. A ello ha intentado responder MARTÍNEZ CALCERRADA —*La Nueva inseminación artificial...*, cit., pág. 308—, alegando que la razón del diferente tratamiento legal del que son objeto podría estar en que así como la extracción del semen es por mero acto físico del varón sin inmisión o quebranto alguno, la del óvulo precisa toda una técnica o agresión corporal a través de la punción o laparoscopia, y también que por el componente o participación en la fusión de unos gametos u otros la crioconservación del semen es más sencilla. En nuestra opinión, la diferenciación no tiene sentido y creemos que se basa más en razones económicas que de otra índole. Esta práctica debe fundamentarse en razones de éxito, es decir, que el material extraído y que va a ser objeto de crioconservación cumpla la finalidad propia del mismo, la cual en los casos de pacientes neoplásicos es muy reducida, ya que tanto el semen como el óvulo de un enfermo de este tipo suele ser de muy baja calidad.

(16) Por capacidad entendemos “aquel estado psicológico empírico en que podemos afirmar que la decisión que toma un sujeto es expresión real de su propia identidad individual, esto es, de su autonomía moral personal” —Cfr. SIMÓN LORDA, “La evaluación de la capacidad de los pacientes para tomar decisiones y sus problemas”, *Estudios de Bioética*. Madrid 1997, pág. 120—. Legitimado para apreciar la capacidad de hecho del paciente está, en nuestra opinión, el médico —vid. SIMÓN LORDA, *idem*, pág. 148—, no sólo por la relevancia que a su participación se le da en el Código Civil —arts. 199 y 208—, sino también por razones de tipo consuetudinario y por la relación que surge entre el médico y el paciente, que llevaría a considerarla dentro del ámbito de deberes del facultativo. El Dr. SIMÓN LORDA —*idem*, pág. 149—, considera incluso que, una vez iniciada y asumida tácitamente por ambas partes la relación médica, se establece un vínculo entre el enfermo y el médico que sitúa a este último en una posición de garante, colocando en manos del facultativo la vigilancia y protección de determinados bienes jurídicos del paciente, tales como la salud, la integridad física y la vida.

(17) Así lo defiende MARTÍNEZ CALCERRADA, *La Nueva inseminación artificial... cit.*, pág. 89.

dose de incapaces o menores, deben emitir el consentimiento sus representantes legales.

Pero en relación a este tema es necesario distinguir entre:

a) *Donante de semen*: es el caso más frecuente, se trata del sujeto que acude a la crioconservación de su material reproductor con fines distintos, salvo infertilidad sobrevenida, a la autorreproducción y el cual, según la Ley, debe tener más de dieciocho años y plena capacidad de obrar (art. 5.6).

b) *Depositante neoplásico*: hemos constatado que, en nuestra opinión, un paciente de estas características no ostenta la categoría de donante, por lo que surge la cuestión de si el mismo entra dentro del ámbito de aplicación del citado precepto (art. 5.6), es decir, si debe aquél ser mayor de edad y tener plena capacidad de obrar para poder acceder a la congelación de su material reproductor. De ser esto así, si se trata de un menor de edad o incapaz afectado por este tipo de enfermedad, para que su consentimiento sea válido y se pueda proceder a la crioconservación debe ser el mismo asistido por sus padres o representante legal, en su caso. Nuestra opinión al respecto es que el depositante neoplásico al no ser donante no debe encontrarse limitado por el contenido del art. 5.6, es decir, no tiene que ser mayor de dieciocho años y en consecuencia tener reconocida plena capacidad de obrar. Creemos que la edad a partir de la cual el material reproductor es viable para engendrar es suficiente para admitir como válido y suficiente el consentimiento prestado para poder proceder a esta práctica, es decir, el menor en ese momento tiene suficiente capacidad para adoptar una decisión de este tipo, lo cual no es tan cierto en el supuesto del incapaz, en cuyo caso habría que estar al grado de discernimiento del sujeto.

En torno a la capacidad debe tenerse claro: 1.º Que la evaluación de la capacidad consiste en valorar estados psicológicos empíricos, es decir, revisar una serie de habilidades mentales necesarias para tomar decisiones; 2.º La valoración de la capacidad se refiere directamente a una decisión concreta. En el caso objeto de análisis se trata de determinar si el paciente es capaz de tomar, en ese preciso momento, la decisión de crioconservar su material genético, es decir, si es capaz de adoptar la decisión sanitaria que le afecta personalmente, y esa en concreto, no otra⁽¹⁸⁾.

A raíz de esto, se parte de una presunción de capacidad, es decir, los sujetos sólo pueden ser declarados incapaces para emitir una decisión de este tipo

(18) Vid. al respecto SIMÓN LORDA, “La evaluación...”, *cit.*, pág. 121. Cuando se habla de capacidad del paciente para consentir no se está haciendo referencia a la capacidad jurídica sino a la de obrar y, en concreto, la natural —vid. DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho Civil*, de Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida. Barcelona, reimpresión ac-

después de una evaluación de la capacidad, idea ésta aplicable también a los menores⁽¹⁹⁾. En el caso de que el sujeto sea considerado incapaz para adoptar esta decisión debe ser la misma tomada por otros en su lugar, aunque, atendiendo al grado de incapacidad, debe procurarse que el paciente sea involucrado lo máximo posible en esa toma de decisión, es decir, al menos informarle y tener en cuenta hasta donde sea posible la opinión por él emitida⁽²⁰⁾. Es decir, lograr

tualizada, 1992, Tomo I, vol. 2.º, pág. 12—, no legal —vid. DÍEZ-PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, 1995, Tomo I, 8.ª edic., pág. 224—, exigida por el art. 10 de la Ley General de Sanidad, que ha sido considerado como el precepto que en nuestro país da carta de naturaleza legal a la teoría del consentimiento informado —cfr. SIMÓN LORDA, *idem*, pág. 145—. En opinión de CORTINA ORTS —“Problemas éticos de la información disponible, desde la ética del discurso”, *Estudios de Bioética*, Madrid, 1997, págs. 46 y 47—, el tema del “consentimiento informado” debe entenderse como expresión de la autonomía del paciente, aunque, en su opinión, ha quedado en un requisito legal, que debe cumplimentar quien desee cubrirse las espaldas ante cualquier posible denuncia. Como expresión del “principio ético de la autonomía dialógica” —pág. 54—, debe cuidarse que no quede en un requisito legal que debe cumplimentar aquél que desee cubrirse las espaldas, porque en ese caso la medicina defensiva viene a ocupar el lugar de la convicción moral de que el paciente es un ser autónomo, cuya autonomía desea respetar quien ha entrado con él en una relación interpersonal, en una relación comunicativa.

⁽¹⁹⁾ Cfr. SIMÓN LORDA/BARRIO CANTALEJO, “La capacidad de los menores para tomar decisiones sanitarias: un problema ético y jurídico”, *Revista Española de Pediatría*, 1997, 53.2, págs. 107 a 118.

⁽²⁰⁾ En el art. 10.6.b) de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad se exceptúa la petición del consentimiento del sujeto: “*Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas*”. El no estar “*capacitado para tomar decisiones*” ha sido interpretado por BUENO ARUS —“Valor jurídico de la voluntad del paciente en relación con el tratamiento médico especialmente con el tratamiento vital”, *Jano* 1995, XLVIII (1114), págs. 625 a 630—, como una incapacidad de hecho y momentánea y no una incapacitación permanente que requiera el remedio legal de la tutela. Pese a esta afirmación, el autor considera que la Ley General de Sanidad es en este punto confusa, en la medida en que si el incapaz de hecho lo es también judicial, el derecho a decidir no corresponde a los familiares y allegados sino a los representantes legales —cfr. BUENO ARUS, “El consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico y la Ley General de Sanidad”, *Estudios de Derecho Penal y Criminología en Homenaje al Prof. Rodríguez Devesa*. Madrid, 1989, UNED, Tomo I, pág. 170—, y en el caso de menores no emancipados incapaces de hecho a quienes ejerzan la patria potestad. En opinión de SIMÓN LORDA —“La evaluación...”, *cit.*, págs. 145 y 146—, un sujeto no está capacitado para tomar decisiones tanto cuando es de hecho incapaz como cuando es legalmente incapaz. Si es legalmente incapaz para decidir en cuestiones personales como las médicas, aunque sea capaz de hecho, su consentimiento es inválido y son sus representantes legales los que tienen que tomar las decisiones por él. Si es legalmente capaz pero incapaz de hecho entonces su consentimiento es también inválido y son sus familiares o allegados los que tienen que decidir en su lugar.

el consentimiento del enfermo para intervenir, una vez que ha sido adecuadamente informado.

Para concluir cabe afirmar, en general, que no es aconsejable esta práctica en pacientes que, o bien no han alcanzado una determinada edad, por lo que son considerados como inmaduros, o bien han superado ya una edad que permite ser considerada como barrera máxima de una fertilidad con garantías.

5. Algunas cuestiones particulares del Centro y los depositarios de gametos vigente el depósito

A) Protocolo operativo de la crioconservación

Con este protocolo se hace referencia a las obligaciones mínimas del Centro o Banco para con el paciente neoplásico y que, en nuestra opinión, se reducen a dos principalmente:

1.^ª *Información a los depositantes*: debe versar sobre la extracción del gameto (masculino o femenino) y el aislamiento del mismo para tras la congelación proceder a la dinamización o descongelación de la materia para darle su finalidad propia. También debe informarse, en este caso concreto, del carácter limitado de las probabilidades de éxito dada la naturaleza del material reproductor así como de las manipulaciones técnicas de que puede ser objeto. Los titulares también deben ser informados del carácter vinculante de su autorización para la utilización del material. Este deber de información recae sobre el equipo médico del Centro (21).

(21) Como ha apuntado CORTINA ORTS —“Problemas éticos...”, cit., pág. 47—, los elementos del consentimiento informado son: 1.º La competencia del enfermo; 2.º La información que se debe ofrecer; y 3.º Las consecuencias posibles o probables de la intervención. Las normas deontológicas —cfr. MORO ALMARAZ, *Aspectos civiles...*, cit., pág. 94—, exigen que el médico se asegure del consentimiento del paciente, pero también de que sea libre e informado. Sobre el “deber del médico de informar”, el profesor ROMEO CASABONA —*El médico y el Derecho Penal*, Barcelona, 1981, págs. 325 y ss.—, opina que éste deriva de la relación contractual existente entre el médico y el paciente, generando su violación responsabilidad civil. También se manifiestan sobre este “deber” ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA. “La naturaleza jurídica...”, cit., pág. 2440; GITRAMA GONZÁLEZ, “En la convergencia de dos humanismos...”, cit., págs. 293 y ss.; MARTÍNEZ CALCERRADA, *Derecho médico. Derecho médico general y especial*, Madrid, 1986, pág. 277; ESER. “¿Genética, ‘genética’, Derecho genético?”, *La Ley*, 1986.1, pág. 1145. El derecho a la información del paciente aparece recogido en el art. 2 de la Ley 35/1988; arts. 4 y 6 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre sobre Extracción y Trasplante de órganos; art. 2.1.d) de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

2.^a *Comprobación periódica del estado del paciente y del material depositado*: aunque esta obligación no aparece referida en la Ley es, hasta cierto punto, lógico que lo criopreservado sea objeto de una comprobación y revisión, así como del estado en el que se encuentra el paciente, ya que hay casos en los que el mismo fallece antes del plazo legal, por lo que se deben tomar las medidas oportunas. Además es posible, incluso, que se produzca una mejoría del enfermo, en cuyo caso sería aconsejable proceder a la criopreservación de nuevo material que puede ser de mayor calidad que el ya depositado, aunque normalmente la concepción del hijo producido el restablecimiento del enfermo se llevará a cabo por las vías normales.

B) Titularidad del material criopreservado durante el plazo legalmente establecido

En principio, la titularidad del material objeto del depósito corresponde a la persona del depositante, aunque es necesario constatar ciertas peculiaridades al respecto en función del caso:

1.^o Si el depósito es efectuado por una pareja ya sea ésta matrimonial o estable aportando el material para su fecundación, la titularidad corresponde a la misma. En caso de divorcio, disuelto el vínculo (art. 89 CC), o de nulidad ésta es atribuible al depositante. Problemas puede plantear la separación de hecho o de mutuo acuerdo o cuando la pareja ha interpuesto demanda de separación pero aún no tiene sentencia firme. Podríamos admitir que constando de forma fehaciente dicha separación la titularidad dejaría de corresponder a la pareja como tal para pertenecer exclusivamente al depositante.

2.^o Si el depósito ha sido realizado por persona que no está unida por matrimonio, o de hecho, a nadie la titularidad corresponde al mismo.

C) Disponibilidad del material criopreservado durante el plazo legalmente establecido

La disponibilidad sobre el producto se determina en el acto de aportación del material reproductor. En principio, el Centro o Banco es un mero depositario que deberá adoptar las medidas oportunas para que el material se conserve, ya que en este caso concreto su función es de almacenamiento y custodia de los

gametos (22). La utilización para los fines legalmente admitidos del semen/óvulo por el Centro necesita una “solicitud escrita” del depositante. De producirse la defunción de éste la decisión sobre el destino debe ser tomada por los “beneficiarios” designados por él en el documento de autorización suscrito en el momento de la aportación.

Es necesario partir de una realidad, y es que se trata de un caso de aportación de material genético con fines de reproducción propia, es decir, como se ha referido con anterioridad, es un depósito por parte de una pareja (matrimonial o estable) o de un sujeto, no con intención de donar, sino para su propio fin reproductor, ya que el material depositado no reúne las condiciones necesarias para que pueda ser objeto de una donación, por lo que se considera de su patrimonio o titularidad y por lo tanto se tiene su entera disponibilidad. Luego, durante el periodo legal de depósito, la disponibilidad depende de la voluntad del depositante, ya sea en su condición de pareja matrimonial o estable o individual, exigiéndose, en todo caso, autorización escrita para que el Centro o Banco pueda disponer del mismo.

Para el caso de fallecimiento del depositante (ya se trate de matrimonio o pareja estable, o de un sujeto solo) la decisión del destino del semen es tomada por los sujetos designados por el depositante en la autorización, normalmente dos, quienes, en nuestra opinión, se encuentran legitimados para actuar haciendo respetar la voluntad del verdadero titular del material genético. La disponibilidad (23) sobre el material reproductor tanto si ya ha sido utilizado para su propia reproducción, como si aún no se ha producido el uso propio, debe ser determinado atendiendo a los siguientes casos:

1.º *Depósito realizado por la pareja titular (matrimonial/estable)*: producido el óbito del paciente neoplásico la decisión será tomada por su pareja (matrimonial/estable) designada, normalmente, en primer lugar; si la misma no lo ha sido, consideramos que ésta debe decidir y, en su defecto, los sujetos nombrados en la autorización y en última instancia el Centro o Banco depositario.

(22) En la autorización de crioconservación, que responde a lo que hemos denominado como “formulario tipo”, en el punto 2.º donde debe aparecer el nombre del facultativo por el que el paciente neoplásico ha sido informado de las características del Programa de crioconservación de semen, se recoge, además, una declaración del depositante en la que se constata que ha sido informado en torno a las limitadas probabilidades de éxito en la fecundación así como de la posibilidad de que surjan problemas técnicos durante la manipulación o conservación que hagan inviable su contenido.

(23) Cuando hablamos de su “disponibilidad” nos referimos al destino pero siempre con fines distintos a la inseminación artificial que ahora veremos, y para lo cual se estará a lo establecido por el propio depositante.

Si se produce el fallecimiento del enfermo y existe una negativa por parte de la pareja (matrimonial/estable) de hacer uso del material para el fin propuesto (inseminación), en este caso podríamos considerar que si el depositante no ha propuesto un fin alternativo, el designado en segundo lugar decidirá, si la pareja lo había sido en primer lugar, y en su defecto el Centro.

Si se produce el fallecimiento de la pareja (matrimonial/estable) del paciente, igual para el caso de divorcio, ya que siempre se produce la disolución del vínculo, y ya no cabe el uso propio, así como para el supuesto de nulidad, y también para el caso de mediar separación constatada de forma fehaciente, la disponibilidad recaerá en el designado en segundo lugar, siempre y cuando la persona fallecida hubiera sido designada en primer lugar, y en su defecto en el Centro⁽²⁴⁾.

2.º *Depósito realizado por enfermo neoplásico sin mediar vínculo matrimonial o afectivo alguno:* producido el fallecimiento la decisión será tomada por los sujetos designados en la autorización en primer y segundo lugar, y en su defecto, el Centro o Banco depositario.

D) Titularidad y disponibilidad del material crioconservado
transcurrido el plazo legal de cinco años

Transcurridos los cinco años (art. 11.1 Ley 35/1988), tanto si el depositante (pareja matrimonial/estable o individual) ha fallecido, y los sujetos designados no han tomado decisión alguna al respecto, como si se encuentra aún con vida, el Centro o Banco en el que se constituyó el depósito del material reproductor proveniente de paciente neoplásico pasa a disponer libremente del mismo pudiendo proceder a su destrucción. Cabe, además, tener en cuenta al respecto que en el apdo. 5.º de la autorización de crioconservación se establece que “*en caso de no recibir instrucciones de autorización al final de cada año, se sobreentenderá que se renuncia al derecho de mantener su semen almacenado en el Laboratorio del Centro en cuestión, pudiéndose proceder a la destrucción del mismo*”. Luego se establece un plazo máximo legal de cinco años (art. 11.1), y un plazo mínimo de un año, transcurridos los cuales el Centro pasa a ser el titular del material crioconservado pudiendo disponer libremente del mismo.

(24) Consideramos que sería adecuado, a efectos de posibles cambios en las circunstancias personales de los depositantes, designar en segundo lugar al Centro o Banco, para el caso de producirse el óbito del enfermo, y poder tomar él mismo la decisión del destino del semen.

E) Fecundación *post mortem* ⁽²⁵⁾

La reclamada necesidad de que la Ley sea la que determine con exactitud la posibilidad de una fecundación *post mortem* exigiendo, en todo caso, expresión de la “voluntad inequívoca del causante” ⁽²⁶⁾, queda reflejada en el art. 9 de la Ley 35/1988 ⁽²⁷⁾, en el que se establece un plazo a partir del fallecimiento del esposo para proceder a la práctica de esta fecundación, que es el de los seis meses siguientes a su fallecimiento (art. 9.2). Se trata de la posibilidad que ofrece la Ley de utilizar el material reproductor del paciente neoplásico después de acaecida la muerte del mismo, pudiendo ser su pareja (matrimonial/estable —art. 9, apdos. 2.º y 3.º—) sometida a inseminación. Parte el citado precepto a efectos de determinación de la filiación del hijo por nacer de dos realidades:

1.ª Que el material reproductor se encuentre ya en el útero de la mujer cuando se produce el fallecimiento del causante.

⁽²⁵⁾ Vid. los distintos supuestos en SERRANO ALONSO, “Aspectos jurídicos de la fecundación artificial”, A.C., 1989.1, pág. 396; tb. *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, págs. 829 y ss.

⁽²⁶⁾ En este sentido, MORO ALMARAZ, *Aspectos civiles...*, cit., pág. 195.

⁽²⁷⁾ Sobre la permisibilidad o no de la fecundación *post mortem*, vid. entre otros, LLEDO YAGÜE —“Reflexión jurídica sobre las nuevas formas de concepción humana”, La Ley 1985.2, págs. 1011 y ss.; “La Ley sobre las técnicas de reproducción humana asistida”, A.D.C., 1988.4, pág. 1249; “Los destinatarios...”, cit., pág. 343—, quien considera que con su admisión se transgrede la filosofía de la propia Ley. En contra también, MONTES PENADES —“El consentimiento...”, cit., pág. 514; *Derecho de Familia*, Valencia, 1995, pág. 405—; HERNÁNDEZ IBÁÑEZ —“Nuevas técnicas de procreación artificial. La inseminación artificial: consecuencias jurídicas”, R.G.L.J., Octubre 1986, n.º 4, pág. 518— y HERRERA CAMPOS, *La inseminación artificial...*, cit., pág. 41 Para ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA —“La naturaleza jurídica...”, cit., pág. 2454—, el uso del semen congelado, mientras conserva su poder seminativo, después del fallecimiento del donante, no es idóneo, tanto en beneficio del hijo, por tratarse de una orfandad deliberada e inexorable, como por razones de seguridad jurídica en la que entran en vigor cuestiones sucesorias que quedan indeterminadas. RIVERO HERNÁNDEZ —“La fecundación artificial *post mortem*”, R.J.C., 1987.4, págs. 879, 880 y 903—, en un análisis de los argumentos dados en contra de esta fecundación considera que él no pretende defender la fecundación *post mortem*, a la cual define como “especialmente” no deseable, pero tampoco comparte los argumentos dados en contra. Llega, incluso, a afirmar —pág. 882—, que “no encuentra a nivel constitucional norma explícita o directamente favorable, ni desfavorable, a la fecundación *post mortem*”, a la que juzga como “viable jurídicamente”, decantándose, en consecuencia, por su admisibilidad. MERINO GUTIÉRREZ —“Los consentimientos relevantes y las técnicas de reproducción asistida”, II Congreso Mundial Vasco, Madrid, 1988, pág. 429—, admite esta posibilidad siempre y cuando haya un miembro de

2.^a Que a través de escritura pública o testamento el causante consienta que su material reproductor pueda ser utilizado dentro del plazo legal antes referido (28).

Referente a este precepto presenta problemas su posible relación con el art. 11.4 de la Ley 35/1988 en el que se establece que “*pasados dos años de crioconservación de gametos (...) que no procedan de donantes, quedarán a disposición de los Bancos correspondientes*”. Las cuestiones que presenta este apartado, desde nuestro punto de vista, son las siguientes:

1.^a Al referirse a “*gametos que no procedan de donantes*” se está limitando al supuesto de la crioconservación de material genético con fines exclusivos de autorreproducción, con independencia de las causas que lo lleven a ello.

la pareja para poder practicarse el implante, impidiendo la utilización *post mortem* por un tercero. CAMPUZANO TOMÉ —“Reflexión en torno a los derechos de la viuda para ser inseminada”, II Congreso..., cit., pág. 433—, defiende esta práctica cuando medie el consentimiento expreso del marido para tal fin. ROCA TRÍAS —“La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional”, II Congreso..., cit., pág. 34—, refiere la inconstitucionalidad de la referida norma en la medida en que trata a hijos genéticos del mismo padre y de la misma madre, de forma distinta en lo que se refiere a efectos sucesorios, siendo esta solución contraria al art. 14 CE. PANTALEÓN PRIETO —“Procreación artificial y responsabilidad civil”, II Congreso..., cit., pág. 284; “Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, pág. 658—, por su parte afirma que la existencia del art. 39.3 CE hace totalmente inadmisibles e ilícitas la inseminación artificial *post mortem*. CÁRCABA FERNÁNDEZ —*Los problemas...*” cit., pág. 85—, admite que el así nacido no elude las responsabilidades del art. 39.3 CE, ya que éste llevará el nombre de su padre, tendrá derechos hereditarios y tendrá una familia paterna a la que solicitar alimentos en caso de necesitarlos. BLASCO GASCO —“La Ley sobre técnicas de reproducción...” cit., pág. 706—, refiere la posible inconstitucionalidad del citado precepto porque introduce un criterio de desigualdad en la atribución de la filiación respecto de los hijos no matrimoniales, por lo que defiende —pág. 707—, que este tipo de fecundación exige una nueva regulación con base en el principio de igualdad, al cual no alcanzan los mecanismos indirectos previstos por el legislador. Vid. tb. al respecto, las opiniones de, ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Barcelona, 1991, 5.^a edic. pág. 274; DÍEZ-PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, cit., Madrid, 1995, Tomo IV, 6.^a edic., pág. 281; OCAÑA RODRÍGUEZ, *La filiación...*, cit., pág. 402 y GÓMEZ LATORRE, “Fecundación *post mortem*”, AC, 1992.1, págs. 47 y ss. entre otros.

(28) Se trata de una prohibición legal en virtud de la cual no disfrutarán los hijos póstumos, concebidos después de fallecido su progenitor genético, de derechos sucesorios, si su material genético se utilizó *post mortem*, sin que constase el consentimiento del causante en cuanto a su utilización. Es el supuesto conocido por la doctrina con la expresión de hijo “super-póstumo”. Cfr. SERRANO ALONSO, “Aspectos...”, cit., pág. 397.

2.^a Este plazo legal de dos años es establecido por el legislador para el caso en el que los titulares del material crioconservado (pareja matrimonial/estable o individual) vivan, ya que producido el fallecimiento se estaría a lo establecido en el art. 9 para determinar si el sujeto ha expresado su voluntad en torno a la utilización del material⁽²⁹⁾.

3.^a Si no consta el consentimiento del depositante del material reproductor al respecto, la titularidad y disponibilidad del mismo pasa al Centro o Banco depositario.

Es necesario precisar que, en relación al consentimiento válido para la práctica de una fecundación *post mortem*, hay que tener en cuenta que éste debe haber sido emitido por el depositante del material reproductor admitiendo la fecundación para después de su muerte, es decir, consentida, en su caso, la fecundación artificial en vida, no puede interpretarse que la misma pueda extenderse para el supuesto de fallecimiento del causante⁽³⁰⁾.

F) Valoración final del consentimiento

En este apartado plantearemos, exclusivamente, el valor que en la práctica de esta técnica tiene el consentimiento del sujeto que, sometido a un tratamiento de quimio/radioterapia, procede a la crioconservación de su material reproductor.

Son necesarias, al respecto, ciertas precisiones:

1.^a El paciente afectado por una enfermedad que exige un tratamiento de este tipo juega, en la mayoría de los casos, con el factor tiempo. Las estadísticas arrojan un elevado índice de mortalidad sobre todo en pacientes de edades jóvenes lo que, en consecuencia, coincide con la que denominamos “edad fértil”.

2.^a La Ley ofrece al sujeto un plazo máximo de depósito de cinco años (art. 11.1).

3.^a La Ley establece que pasados dos años de la crioconservación de los gametos procedentes de no donantes los mismos quedan a disposición del Centro o Banco correspondiente (art. 11.4).

(29) Vid. sobre disponibilidad de embriones LLEDÓ YAGÜE, “Los destinatarios...”, *cit.*, pág. 352.

(30) Vid. al respecto RIVERO HERNÁNDEZ, “La fecundación artificial...”, *cit.*, pág. 886. El citado autor considera —pág. 887—, que sólo cuando exista un consentimiento específico de la persona que puede darlo, en este caso el varón generador de semen, puede nacer un derecho en favor de la persona a quien lo ha destinado.

4.^a En el caso de que el Centro no reciba instrucciones de autorización para la utilización del material depositado al final de cada año, se entiende que se renuncia al derecho a mantenerlo almacenado, teniendo el Centro plena libertad para destruirlo.

5.^a La utilización del material depositado debe realizarse con el consentimiento del depositante y en su defecto, con el de los sujetos por él designados.

6.^a La utilización *post mortem* del material genético con fines de autorreproducción exige el consentimiento del depositante.

Partiendo de esta realidad la duda que giraba al inicio del presente estudio en torno al tema del “transcurso del plazo máximo legal”, sobre todo en el caso de que el enfermo neoplásico esté vivo, planteándose el problema de si el Centro puede disponer del material o necesita el consentimiento del mismo, nos lleva a considerar que el Centro o Banco puede disponer del material depositado por varias razones:

1.^a Normalmente, el material genético, transcurrido dicho plazo, ya no es viable para procrear, hay casos en los que en el momento de la congelación en base a los estudios médicos practicados al paciente dicha inviabilidad queda ya demostrada y pese a ello se procede a la congelación en la medida en que se considera parte del tratamiento de “esperanza de vida” que se ofrece a este tipo de pacientes.

2.^a El propio Centro, en la autorización de crioconservación que el sujeto firma cuando procede al depósito, le ofrece la posibilidad de dar instrucciones anuales; entendemos que existe una renuncia a tal derecho en caso de silencio.

3.^a La facultad de destrucción del Centro viene determinada por el paso del tiempo sin pronunciamiento efectivo al respecto. De la misma forma, transcurrido el plazo máximo legal y producido el fallecimiento del depositante, el Centro puede proceder a la destrucción del material sin necesidad de consultar a los sujetos autorizados para decidir sobre el destino de éste, supuesto diferente sería si aún no ha transcurrido el plazo de cinco años, en cuyo caso, en nuestra opinión, los sujetos destinados a este fin deben decidir sobre el destino del material, salvo que ya el propio depositante lo haya realizado en testamento o escritura pública.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. PRUEBA BIOLÓGICA EN PROCEDIMIENTOS DE FILIACIÓN

Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sección 1.ª, Auto núm. 149/1999, de 14 de junio.

La resolución judicial que acuerda la exhumación de un cadáver para la obtención de muestra de ADN con la finalidad de determinar la filiación de una persona no vulnera ningún derecho fundamental.

ANÁLISIS DEL CASO

- El Juzgado de Primera Instancia de Monzón (Huesca) dictó auto el 19 de julio de 1997 en procedimiento de menor cuantía, por el que se acordaba admitir la prueba pericial médica propuesta de contrario y consistente en la exhumación del cadáver del tío de los demandados, para practicar una prueba de ADN a los efectos de determinar la filiación paterna del demandante en el citado pleito civil.
- Los demandados interpusieron demanda de amparo contra dicha resolución, alegando la vulneración de los derechos fundamentales a la vida e integridad física (art. 15 CE), al honor, intimidad personal y familiar, a la propia imagen (18.1 CE); y, finalmente, a la dignidad de la persona (art. 10 CE).
- El Tribunal Constitucional dictó auto no admitiendo a trámite el recurso.

COMENTARIO DEL AUTO

Entienden los recurrentes en amparo que la práctica de la prueba médica supone un atentado a la integridad física del fallecido así como un agravio a su honor personal, y comporta una violación de la intimidad personal y familiar y de la dignidad inherente a la persona humana, porque el Juzgado ha acordado su práctica, caprichosamente y de forma desproporcionada, sin existir un principio de prueba que ampare esa pretendida paternidad.

El Ministerio Fiscal solicitó la inadmisión de la demanda de amparo, puesto que, al margen de la dignidad humana (art. 10 CE) que no es un bien en sí mismo susceptible de protección en amparo, las restantes vulneraciones de derechos denunciadas por los actores carecen de toda consistencia. En efecto, ninguna relación guardan el derecho al honor y a la intimidad con la protección jurídica que puedan merecer unos restos cadavéricos, sin que, por otra parte, se pueda apreciar que en el presente supuesto la exhumación acordada en el seno de un proceso judicial suponga una lesión de tales derechos, en cuanto que sus contenidos pueden trascender a los herederos de sus titulares. Además, ni la práctica de la prueba, que se magnifica en la demanda (refiriéndose a mutilación cuando se trata de tomar pequeñas muestras del esternón), ni el contexto en el que se solicita —la averiguación material de una filiación— ni, finalmente, por razón del fin al que, en última instancia, atiende su práctica —investigación de la paternidad (art. 39 CE)— evidencia que la declaración judicial de su pertinencia comporte un sacrificio de otros bienes y derechos, desproporcionado o carente de toda justificación.

El Tribunal Constitucional analiza cada uno de los derechos que pretendidamente entienden los recurrentes que han sido vul-

a) Derecho a la dignidad de la persona.

La dignidad de la persona no se reconoce en nuestra Constitución como un derecho fundamental sino como «fundamento del orden político y la paz social» (art. 10 CE), para rechazar eventuales violaciones de ese mandato constitucional susceptibles de protección autónoma a través del proceso institucional de amparo.

b) Derecho a la vida e integridad física.

Tampoco puede prosperar la alegada vulneración del derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE) que los actores consideran producida por la prueba pericial cuya práctica ha autorizado el Juzgado. Con independencia de que los derechos consagrados en el art. 15 CE son personalísimos y, en principio, intransferibles (ATC 242/1998), es lo cierto que titular de los mismos sólo puede serlo la persona humana viva (SSTC 53/1985 y 212/1996, entre otras). Sin duda, la persona ya fallecida, como realidad jurídicamente distinta, ha de ser objeto de una particular protección jurídica. Ahora bien, esa protección nunca podrá tener respaldo constitucional en los derechos fundamentales del art. 15 CE.

c) Derecho al honor y a la propia imagen.

Como señala el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, ninguna relación existe entre el derecho al honor y a la propia imagen del art. 18.1 CE y la resolución judicial que acordó la admisión y práctica de una prueba en el seno de un procedimiento civil sobre filiación en el que, además, se cumple el mandato constitucional dirigido al legislador para que posibilite la investiga-

ción de la paternidad (art. 39.2 CE); cometido que, en última instancia, obedece a la voluntad del constituyente de impedir la existencia de discriminaciones por razón de nacimiento (art. 14 CE).

No es, en efecto, descartable que el derecho al honor de una persona fallecida sea defendido en amparo por sus herederos o por otras personas unidas al mismo mediante vínculos que justifiquen una suficiente legitimación procesal. Ahora bien, la toma de muestras orgánicas de un cadáver para practicar una prueba de ADN, acordada en el seno de un proceso judicial en el que se ejercita una acción de investigación de la paternidad, en modo alguno puede suponer una conculcación del citado derecho fundamental, pues la constitución de la relación paterno-filial, con los consiguientes efectos jurídicos, no es susceptible de ser jurídicamente examinada en términos de honor o deshonor. Por ello mismo, en la STC 7/1994 se declaró que «es indudable que no puede considerarse degradante ni contraria a la dignidad de la persona la verificación de un examen hematológico por parte de un profesional de la medicina en circunstancias adecuadas (STC 103/1985) (siempre que exista) una causa prevista por la Ley que justifique la medida judicial» (fundamento jurídico 3).

d) Derecho a la intimidad familiar.

Finalmente, analiza el Tribunal Constitucional el derecho a la intimidad familiar que podría haberse vulnerado por la resolución del Juzgado, en cuanto que garantiza la posibilidad de contar con un ámbito de conocimiento exclusivamente reservado a los integrantes de la familia y, por tanto, jurídicamente protegido frente a la injerencia ajena, que no se identifica necesariamente con el que individualmente corresponde a cada uno de sus miembros. En este sentido, cumple recordar la doctrina establecida en la STC 231/1988, en la que, tras descartar la posibilidad de que terceras personas pudie-

sen hacer valer, a través del recurso de amparo constitucional, los derechos a la intimidad y a la propia imagen de quien ya había fallecido, puesto que «una vez fallecido el titular de los derechos, y extinguida su personalidad —según determina el art. 32 del Código Civil: “La personalidad jurídica se extingue por la muerte de las personas”— lógicamente desaparece también el mismo objeto de la protección constitucional» (fundamento jurídico 3), se significó que la intimidad familiar se extiende «no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar, aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 CE protegen» (fundamento jurídico 4; en igual sentido, STC 197/1991, fundamento jurídico 4).

A partir de esta premisa, ha de interpretarse la previsión contenida en el art. 127 del Código Civil, en la que tras disponer que «En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas», se añade, mediante un segundo inciso, que «El Juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde». En relación con dicho precepto legal, hemos declarado que: «las pruebas biológicas en la medida que conllevan la práctica de una intervención corporal tan sólo se justifican cuando sean indispensables para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos» y que la medida judicial que ordena realizar las pruebas biológicas debe guardar una adecuada proporción entre la intrusión que conlleva, en la intimidad y la integridad física o moral del afectado por ellas, y la finalidad a la que sirve (STC 37/1989, fundamentos jurídicos 7.3 y 8, párrs. 3 a 5) (STC 7/1994, fundamento jurídico 3). Ciertamente, la prueba pericial médica que ahora nos ocupa no tiene por desti-

nataria a una persona, pero, «mutatis mutandis», el mencionado pronunciamiento constitucional nos ofrece una pauta de enjuiciamiento perfectamente aplicable al asunto que ahora nos ocupa.

En efecto, sostienen los demandantes de amparo que el Juzgado acordó la admisión de la demanda de filiación, y la práctica de la prueba biológica que conducía necesariamente a la exhumación del cadáver de su tío, sin que el demandante civil aportase un mínimo indicio probatorio del que pudiese inferirse cierta sospecha sobre la posible paternidad de aquél. Carencia de todo principio de prueba que debía haber conducido a la inadmisión de la demanda y no, como así ha ocurrido, a la celebración de una prueba que, por su propia naturaleza, ha de considerarse como un medio último o final, en la medida en que su práctica, a partir de muestras tomadas de quien ya ha fallecido, repercute directamente sobre la intimidad de la familia.

Como anteriormente se señaló, la infracción de lo dispuesto en el art. 127 del Código Civil puede llegar a producir, en algunos casos, una utilización desproporcionada e

injustificada de ciertos medios probatorios que, como en la hipótesis aquí analizada, puedan incidir sobre algún derecho fundamental y, muy especialmente del derecho a la intimidad familiar, que resulte, por tal motivo, indebida o innecesariamente conculcado. No obstante, el examen de las actuaciones judiciales pone de manifiesto que el presente asunto no es uno de esos posibles supuestos. En efecto, consta en los autos del proceso civil que el demandante cumplió con su obligación inicial de aportar un principio de prueba, acompañando a su escrito de demanda una fotografía y un acta notarial de manifestaciones en la que se hace referencia a la relación existente entre su madre y el titular de la herencia yacente frente a la que se dirige la acción civil. Es claro, pues, que la admisión y práctica de la prueba pericial biológica que obligaba a la exhumación del cadáver, fue acordada por el Juzgado como remedio último dirigido al esclarecimiento de los hechos y, por tanto, de modo proporcionado y adecuado a los fines perseguidos. Siendo ello así, es también manifiesta la carencia de contenido de la demanda en relación con la denunciada lesión del derecho a la intimidad familiar.

II. PROCEDIMIENTO DE MENORES

Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Auto núm. 148/1999, de 14 de junio.

Ejercicio de la jurisdicción sobre menores que cumplen 16 años durante la tramitación del expediente. Análisis de la posible contaminación del juez de menores por intervenir en la fase instructora del expediente junto al Ministerio Fiscal. Ausencia de letrado en la fase de instrucción y práctica de prueba testifical sin contradicción.

ANÁLISIS DEL CASO

- El día 4 de julio de 1996 tres menores, al pasar junto a una furgoneta que se encontraba aparcada y que pertenecía a un club de fútbol con el que habían tenido relación, fracturaron un cristal de la misma, y entraron y salieron

varias veces de ella, resultando que un menor provocó un incendio que causó daños en el vehículo por valor de 1.231.630 ptas.

- Por la Fiscalía y el Juzgado de menores de Burgos se formó expediente por supuestos daños. Por propuesta de providencia de 26 de noviembre de 1996 el Juzgado dio traslado al representante de los menores del escrito de alegaciones del Fiscal a fin de que contestara a las mismas y propusiera prueba. Contra dicha resolución se formuló recurso de reforma solicitando la declaración de nulidad de actuaciones y el sobreseimiento del expediente. Se alegaba en dicho recurso que no se había abierto el período de audiencia y que durante la instrucción se había vulnerado el derecho de defensa al no citar al Letrado de los menores y padre de uno de ellos a la declaración de los testigos.
- Con fecha 29 de enero de 1997 la representación de los menores presentó escrito de recusación del Magistrado-juez, titular del Juzgado de Menores de Burgos, petición de suspensión del acto de audiencia y de declaración de nulidad de la instrucción, peticiones que fueron desestimadas.
- Contra los dos autos del Juzgado de 30 de enero y de 3 de febrero de 1997 la representación de los menores interpuso sendos recursos de apelación. Ambos fueron desestimados por auto de la Secc. 1.ª de la AP, de 18 de marzo de 1997.
- Señalada la fecha para la comparecencia por providencia de 4 de abril de 1997, los representantes de los menores interpusieron recurso de reforma, solicitando el archivo del expediente en base a que los menores tenían ya más de dieciséis años, lo que determinaba la falta de jurisdicción del referido Juzgado de Menores. Por auto de 16 de abril de 1997 se desestimó el recurso, al entender que el hecho de haber cumplido los interesados la edad de dieciséis años no determinaba la pérdida de competencia del órgano judicial, cuando los hechos habían ocurrido con anterioridad. Contra esta resolución se interpuso recurso de apelación que fue admitido en un efecto.
- A pesar de la ausencia de los menores, el acto de la audiencia se celebró. El Juzgado dictó resolución de 21 de abril de 1997, en la que consideró a los menores autores de un delito de daños del art. 263 CP 1995 y les impuso la medida de treinta horas de prestación de servicios en beneficio de la comunidad a cada uno de ellos, prevista en el art. 17.5.ª de la LO 4/1992.
- Interpuesto recurso de apelación contra dicha resolución, la Sec. 1.ª de la AP Burgos, mediante Acuerdo de 3 de junio de 1997, lo desestimó y ratificó la resolución impugnada, aceptando tanto los antecedentes de hecho —con inclusión de los hechos declarados probados— como los fundamentos de Derecho de ésta.
- Los representantes legales de los menores interpusieron recurso de amparo que no fue admitido a trámite por el Tribunal Constitucional.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Analicemos separadamente las cuestiones que fueron objeto de resolución por el Tribunal Constitucional:

a) Competencia del Juzgado de menores.

Los recurrentes entienden que los Juzgados de Menores sólo pueden ejercer su jurisdicción respecto a mayores de 12 años y menores de 16 (esta última es la edad penal prevista en el CP a efectos de responsabilidad penal), en virtud del art. 9.1.º LOCPJM y, en consecuencia, cesa su jurisdicción a partir de los referidos 16 años. Como en el presente caso dos de los menores cumplieron esta edad antes de que concluyera el expediente, el Juzgado no era ya competente para ejercer la tarea reformadora, con lo que incurrió en un abuso o exceso de jurisdicción, prohibido por el derecho a la tutela judicial efectiva.

La doctrina de este Tribunal ha reconocido que el exceso o abuso de jurisdicción supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. El punto de partida conceptual de esta doctrina lo constituye la STC 99/1985, FJ 4.º, en la que se declara lo siguiente: «...siendo el derecho a la tutela judicial efectiva no un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la CE, sino un derecho de prestación, sólo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece o, dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal; pero ni el legislador podría poner cualquier obstáculo a tal derecho fundamental, pues ha de respetar siempre su contenido esencial (art. 53.1 CE), ni nadie que no sea el legislador puede crear impedimentos o limitaciones al derecho a la tutela judicial, cuyo ejercicio “sólo por Ley” puede regularse (art. 53.1 CE)». En sentido similar se pronuncia la STC 116/1986, FJ 3.º

A partir de las anteriores resoluciones hemos admitido que el exceso de jurisdicción,

por lo general, vulnera el derecho a la tutela judicial. Así, la STC 43/1988, FF.JJ. 3.º, 5.º y 6.º, denomina este defecto «extralimitación jurisdiccional», y lo reconduce a la incongruencia «extra» o «ultra petita». El ATC 326/1993 recuerda esta doctrina. Por su parte, el ATC 31/1987 examina —y descarta— el defecto de exceso de jurisdicción. En tanto que el ATC 374/1984, FJ 5.º, precisa que «el derecho a la obtención de la tutela efectiva de los jueces y Tribunales podría contravenirse, en efecto, en aquellos supuestos en los que arbitraria o irrazonablemente se dicta una resolución de fondo concurriendo una causa impeditiva para ello...». En la STC 33/1987, FJ 3.º, se señala que, al entrar a conocer la sentencia impugnada un asunto ajeno al propio proceso de ejecución, ha producido objetivamente una indefensión. Mientras que la STC 241/1991, FJ 4.º, parece reconocer implícitamente que el exceso de jurisdicción lesiona el art. 24.1 CE, la TC S 166/1995, FJ 2.º discrepa de ese criterio e indica que la cuestión no tiene alcance constitucional.

Sin embargo, la doctrina de que el exceso de jurisdicción infringe el art. 24.1 CE se ha impuesto ante todo en el ámbito de los recursos. La STC 116/1986 incluye una declaración que después hemos reiterado: «...del mismo modo que un órgano judicial no puede inadmitir un recurso previsto por la ley, tampoco le está permitido pronunciarse en vía de recurso sobre una determinada materia cuando exista una causa impeditiva para ello, puesto que, si ignorara esta prohibición legal, estaría excediéndose de la competencia que el legislador le ha otorgado en el caso concreto, exceso que este TC debe corregir en la medida en que el pronunciamiento judicial pudiera lesionar el derecho de otros justiciables a la tutela judicial efectiva». En idénticos o similares términos se pronuncian las SSTC 187/1989, FJ 2.º; 34/1992, FJ 3.º; y 288/1993, FJ 2.º

Al aplicar esta doctrina al presente caso, cae por su base la pretendida vulneración, ya que no concurre el presupuesto de que una causa u obstáculo legal impida la prestación de la tutela judicial, con lo que no se produce el exceso de jurisdicción. Efectivamente, la LOCPJM no prevé expresamente cuál ha de ser el régimen para los casos como el aquí planteado; esto es: cuando al iniciar el expediente el menor tiene más de 12 años y menos de 16, y antes de que concluya su tramitación el menor cumple los dieciséis. Existe por tanto silencio de la ley al respecto, por lo que ante este mutismo corresponde a los órganos jurisdiccionales interpretar y aplicar el conjunto de normas en su contexto, de acuerdo con los principios interpretativos generales. Con independencia de la posibilidad de establecer una previsión normativa para tales supuestos, en uno u otro sentido, el criterio de la AP precisando que la competencia de los Juzgados de Menores no se pierde cuando el menor ya ha cumplido los dieciséis años al tiempo de dictar su resolución definitiva, no puede ser calificado —desde la perspectiva del derecho fundamental invocado— de manifiestamente arbitrario, irrazonado, o irrazonable, ni tampoco cabe afirmar que haya incurrido en un error patente con relevancia constitucional. Aunque desde este ángulo de enjuiciamiento la CE no impide la solución contraria a la adoptada por el juzgador, no es posible apreciar que las decisiones judiciales impugnadas hayan infringido el art. 24.1 CE, toda vez que el derecho a la tutela judicial efectiva no garantiza el acierto judicial (SSTC 55/1987, 50/1988, 210/1991, 70/1993, 163/1993, 245/1993, 375/1993, 201/1994, 5/1995, 14/1995, 99/1995, 79/1996, 110/1996, 20/1997, 58/1997 entre otras); ni tampoco el triunfo de una pretensión determinada, aunque sea plenamente legítima.

b) Vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley.

Se alega igualmente por los recurrentes la vulneración del principio de igualdad en

la aplicación de la ley que tampoco prospera. La demanda aduce que la Audiencia ha cambiado de criterio sin la necesaria motivación, pues si en una decisión acordó que la tramitación de un expediente para enjuiciar la responsabilidad de un menor ostenta carácter procesal en todas sus fases, en otra resolución sostiene que la actuación del MF no es jurisdiccional sino administrativa y por lo tanto no recurrible. Frente a esta alegación es preciso subrayar dos cuestiones atinentes a la doctrina constitucional sobre el principio de igualdad. En primer lugar, el precedente citado, aunque corresponde a la misma sección del órgano judicial y se aporta documentalmente, sólo constituye un precedente aislado, con lo que se incumple el requisito necesario para apreciar la infracción del art. 14 CE, de que se trate de una concreta y definida orientación jurisprudencial de la que sean predicables los rasgos de generalidad, continuidad y firmeza (SSTC 48/1987, 73/11988, 159/1989 y 11/1995). En segundo lugar, aunque la resolución judicial a la que se acusa de vulneradora del art. 14 CE no menciona el cambio de actitud respecto del precedente, lo cierto es que está motivada, con lo que no es constatable la desigualdad, tal y como reiteradamente ha declarado la doctrina de este Tribunal (SSTC 82/1990 y 104/1996, por ejemplo). En consecuencia, el motivo carece de contenido constitucional. A mayor abundamiento, el recurrente no acredita haber invocado formalmente en el proceso «a quo» la lesión de este derecho, tal y como exige el art. 44.1.c) LOTC.

c) Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

Los recurrentes se quejan de que se produjo la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por no haber sido apreciada la nulidad de la instrucción, ya que ésta fue llevada a cabo por el Juzgado de Menores y por el MF, y no exclusivamente por éste. La presente queja, estrechamente relacionada con la que sigue a continuación, sólo puede tener un signifi-

cado autónomo en la medida en que se entiende que lo que aquí se denuncia es que la causa de nulidad alegada por los recurrentes no debería haber sido denegada por el hecho de haber sido planteada no en un recurso sino en un escrito de recusación. Pues bien, frente a este argumento cabe afirmar, en primer lugar, que no existe una garantía constitucional del proceso, conforme a la cual las alegaciones de las partes debieran ser examinadas aunque no cumplan ninguna de las formalidades exigidas por la ley; en segundo lugar, que la solicitud de declaración de nulidad de actuaciones no sólo fue desestimada por razones de forma —especialmente por no haber sido instrumentada, a través de un recurso independiente tal y como exige el art. 240 LOPJ—, sino también por razones de fondo, al entenderse que no se entremezclaron las funciones del MF y del Juzgado de Menores; y, en tercer lugar, que no se ha producido ninguna indefensión de los recurrentes, ya que alegaron la nulidad de actuaciones no sólo ante el Juzgado sino también ante la AP mediante el recurso de apelación, y en ambas ocasiones se dio respuesta motivada a tal alegación, aunque desestimatoria. En consecuencia, el presente motivo, considerado de manera autónoma, carece de contenido constitucional.

d) Imparcialidad del juez que ha conocido de la instrucción del expediente.

La imparcialidad judicial en concreta relación con el proceso de menores viene exigida por el art. 40.2.b)iii) de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (ratificada por Instrumento de 20 de noviembre de 1989, publicado en el BOE de 31 de diciembre de 1990), así como por la doctrina de este Tribunal (SSTC 36/1991, FJ 6.º «in fine»; 60/1995). Esa imparcialidad puede resultar lesionada tanto por la asunción sucesiva de funciones instructoras y sentenciadoras (SSTC 98/1990 y 142/1997), como por la asunción sucesiva de las funciones de juez de instancia y de

juez de apelación (119/1993, 320/1993, 384/1993, 59/1994, 137/1994, 299/1994 y 142/1997; ATC 132/1996). No obstante, en aplicación de la doctrina al respecto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ha declarado que la eventual lesión del derecho a un juez imparcial debe ser apreciada no en abstracto sino caso por caso (STC 142/1997).

La presente queja se desdobra en dos reproches: por un lado, se dice que el juez de Menores quedó contaminado al resolver un recurso de reforma en la fase instructora; y por otro, que dicho juez intervino junto al Fiscal durante la instrucción del expediente, con lo que perdió su imparcialidad objetiva al entrar ya en ese momento en contacto con la causa.

Ambas objeciones se enmarcan en la vertiente objetiva de la imparcialidad, que hace referencia a determinados actos, que, de haberse producido, acreditarían una previa relación del Magistrado con la causa, lo que da pie a sospechar acerca de su imparcialidad. La dimensión objetiva de la imparcialidad pretende asegurar que se ofrecen las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto. La sentencia del TEDH, de 28 de octubre de 1998, asunto Castillo Algar c. España, §§ 45 y ss., establece diversos criterios sobre la imparcialidad en sentido objetivo. Por una parte, señala que en esta materia incluso las apariencias pueden revestir importancia, ya que de ello depende la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables; por ello, debe recusarse a todo juez del que pueda legítimamente sospecharse una pérdida de imparcialidad. Por otra parte, puntualiza que para examinar la queja de falta de imparcialidad, hay que tener en cuenta la opinión del acusado, pero lo determinante es si los temores del interesado pueden considerarse objetivamente justificados. Ahora bien, la respuesta a esta cuestión varía según las circunstancias de la causa. Y añade la resolución del Tribunal de Estrasburgo: «por tanto, el simple hecho de

que un juez haya tomado decisiones antes del proceso no puede, en sí mismo considerado, justificar las aprehensiones en cuanto a su imparcialidad». En el caso enjuiciado se apreció la violación del art. 6.1 del Convenio, porque dos de los miembros del Tribunal sentenciador previamente habían formado parte de la Sala que resolvió la apelación frente al auto de procesamiento, del que se desprendería que la Sala hacía suyo el argumento de otra resolución que afirmaba la existencia de indicios de delito.

En el presente caso, se trata de un proceso reformador de menores, en el que en virtud de la LO 4/1992 tanto la incoación como la instrucción o investigación del mismo corresponde al MF (art. 15.1.1.^a a 6.^a LOCPJM). Luego, legalmente la intervención del juez de Menores no tiene la naturaleza de actividad instructora sino que supone el ejercicio de la función de salvaguardar las garantías del proceso por vía de recurso (art. 15.13.^a LOCPJM). Por otra parte, el auto del Juzgado de Menores de 9 de diciembre de 1996 —que es al que se vincula el reproche de parcialidad por suponer un contacto previo con la causa— resuelve un recurso de reforma interpuesto por los recurrentes solicitando la anulación de una propuesta de providencia en la que se acordaba dar traslado al Letrado de los menores del escrito de alegaciones del MF para que contestara y propusiera la prueba oportuna; el referido recurso de reforma formulaba asimismo las pretensiones de que se declarase la nulidad de actuaciones y el sobreseimiento del expediente; se alegaba en el mismo recurso que no se había abierto el período de audiencia y que durante la instrucción no se había citado al Letrado y padre de uno de los menores durante la declaración de los testigos, lo que habría provocado indefensión.

De estas circunstancias legales y fácticas no cabe deducir que el Magistrado-Juez de Menores se hubiera contaminado objetivamente con la causa, toda vez que su decisión no supuso una previa decisión o prejuicio a favor o en contra de la inocencia de los me-

nores ni una toma de contacto con el material probatorio. A estos efectos, la STC 142/1997 atiende a si el órgano judicial encargado del enjuiciamiento tuvo o no contacto con el material probatorio, pues en tal caso entra dentro de lo verosímil que se hubiera formado un prejuicio —en el sentido más estricto y etimológico del término— y que tuviera ya una opinión formada acerca del enjuiciamiento de los hechos. Por otra parte, la STC 60/1995, FJ 6.^o B), entiende que no queda comprometida la imparcialidad judicial por la circunstancia de que sea el juez de Menores el que intervenga en la comparecencia prevista en el art. 15.1.6.^a LOCPJM; y añade lo siguiente: «...según nuestra doctrina, la asunción por el juez de determinadas actuaciones de preparación del juicio oral no ha de comprometer necesariamente su imparcialidad en la medida en que la realización de tales actos no suponga la asunción por el juez de un determinado prejuicio sobre la culpabilidad del menor» (FJ 5.^o).

Los demandantes tampoco han acreditado fehacientemente que la instrucción se llevara a cabo conjuntamente por el juez de Menores y por el MF, cuando legalmente corresponde en exclusiva a este último. Aunque ciertamente algunos de los documentos aportados mencionan que el expediente núm. 67/1996 se tramita en el Juzgado de Menores de Burgos, no son las palabras lo que contamina a un juez y quebranta su imparcialidad objetiva, sino verdaderamente ciertos hechos que pudiera llegar a realizar. En este ámbito, un juez de Menores perdería su imparcialidad si él personalmente ordenara o llevara a cabo bien la incoación del expediente bien alguna diligencia instructora. Y éste no es el caso. La orden de incoación del expediente, de 8 de julio de 1996, aportada por los demandantes, aparece firmada por el Fiscal, y en ella se acuerda la práctica de determinadas diligencias. Y el hecho de que el Secretario del Juzgado cite de comparecencia a los policías a petición del MF no implica por sí mismo la contami-

nación objetiva del juez, que es lo que se discute. Por lo tanto, también carece de contenido constitucional esta queja y, consecuentemente, también incurre en la misma causa de inadmisión la denuncia de vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, que ya ha sido examinada anteriormente de forma autónoma.

e) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Tampoco puede correr mejor suerte la alegación de que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, en la vertiente que garantiza el derecho a la asistencia y a la defensa (art. 24.1 CE). Concretamente, los recurrentes se quejan de que ni el MF ni el Juzgado de Menores les instruyeron del derecho a nombrar Abogado y a personarse en el procedimiento y de que no se citó al Letrado para que pudiera interrogar a los testigos durante la etapa instructora.

La instrucción de derechos al menor representa una garantía que viene impuesta — como indican los recurrentes en la demanda de amparo— por el art. 24 CE, interpretado de conformidad con el art. 40.2.b).ii) Convención sobre los Derechos del Niño, así como por el art. 15.1.3.^a LOCPJM, y que se garantiza no solo a los menores detenidos sino también a aquellos que no han sido objeto de detención. Respecto a los adultos se ha reconocido esta garantía en la STC 152/1993, FJ 3.^o; y en el ATC 282/1993, FJ 4.^o La STC 41/1998, FJ 26.^o, puntualiza que tales garantías no deben ser despachadas como meras formalidades burocráticas, sino como garantías propias del Estado de Derecho:

Sin embargo, lo cierto es que los menores gozaron en este caso de la defensa de Letrado, pues desde la primera resolución judicial que los demandantes aportan —el auto del Juzgado de 9 de diciembre de 1996— consta que los menores estuvieron representados y defendidos por el Letrado D. J. En consecuencia, no se ha producido una ver-

dadera indefensión material que es lo que prohíbe el art. 24.1 CE.

En cuanto a que el Letrado no fue citado para acudir al interrogatorio de testigos, hay que partir de que el derecho a interrogar o a hacer interrogar a los testigos de cargo bien en el momento de la declaración o más tarde está reconocido tanto con carácter general (STC 135/1997), como con relación a los menores en el art. 40.2.b).iv) de la Convención sobre los Derechos del Niño, de modo que éste «podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad». Ahora bien, como se ha indicado, este derecho no comporta que su ejercicio deba ser llevado a cabo precisamente en el momento en que se produce la declaración de los testigos, sino que bastaría con que se pudiera ejercitar en algún momento del proceso, normalmente en el acto del juicio oral. En este caso, al tratarse de un proceso de menores tales testigos pudieron ser interrogados por el Letrado de los menores bien en la comparecencia (si es que fueron convocados y acudieron a ella) bien en la audiencia. Los recurrentes no han acreditado que se les imposibilitara el interrogatorio de los testigos a lo largo de todo el proceso, con lo que no se evidencia la indefensión alegada.

Igualmente, los recurrentes consideran vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, en la dimensión que garantiza los derechos a la defensa y a ser oído, por la circunstancia de que el acto de audiencia se celebró sin la presencia de los menores — que estaban debidamente convocados—, pese a la protesta de su Letrado.

De acuerdo con la doctrina de este Tribunal, la indefensión es la situación en la que, normalmente con infracción de una norma procesal, el órgano judicial en el curso del proceso impide a una parte el ejercicio del derecho de defensa, privando o limitando su capacidad de ejercitar bien su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos bien de replicar dialécticamente las posiciones contra-

rias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción (SSTC 89/1986 y 145/1990), siempre que la indefensión tenga un carácter material, expresión con la que se quiere subrayar su relevancia o trascendencia, es decir, que produzca un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa (SSTC 48/1984, 155/1988, 145/1990, 188/1993, 185/1994, 89/1997 y 186/1998). Como ya ha quedado indicado, para que la indefensión alcance la categoría de vicio constitucional es preciso que sea imputable al órgano judicial, de modo que no se produce tal defecto cuando la situación en la que el ciudadano se ha visto colocado se debió a una actitud voluntariamente aceptada por él, o si le fue imputable por el propio desinterés, pasividad, malicia o falta de la necesaria diligencia (SSTC 48/1984, 68/1986, 58/1988, 166/1989, 50/1991, 167/1992, 103/1993 y 334/1993).

Con la anterior doctrina resulta claro que, desde la perspectiva constitucional, no se produjo en este caso la indefensión denunciada. En efecto, los recurrentes ni siquiera discuten que los menores no hubieran sido convocados al acto de la audiencia, sino que lo aceptan expresamente. Luego, su incomparencia se debió al desinterés o a la falta de diligencia de ellos o de sus padres como representantes. En consecuencia, no procede imputar al juzgado lo que sin duda corresponde asumir a los propios recurrentes de amparo. Por lo demás, los intereses de los menores estuvieron defendidos debidamente en los diferentes momentos del proceso: en la instancia, el Letrado que asumía su defensa y que era el padre de uno de ellos estuvo presente y pudo formular protestas y toda clase de alegaciones; y también quedó garantizado un juicio de segunda instancia, puesto que se interpuso un recurso de apelación, que fue tramitado y resuelto, sin que ni

siquiera los recurrentes le achaquen algún defecto que produjera indefensión. Se han cumplido así las exigencias requeridas para los juicios de faltas por la STC 135/1997, FJ 7.º, y que «mutatis mutandis» son aplicables al proceso reformador de menores; es decir, se ha garantizado suficientemente el derecho del acusado a defenderse en un juicio contradictorio mediante la oportuna citación previa, así como en cualquier caso la posibilidad de instar un procedimiento rescisorio frente a la condena penal o, en este supuesto, frente a la imposición de una medida de seguridad.

f) Celebración de la audiencia del expediente de menores en la Sala de vistas de los juicios penales.

La última queja viene referida a la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, por haber sido celebrado el acto de audiencia en estrados, es decir, en la Sala de vistas para los juicios penales, y también carece de contenido constitucional. En la actualidad, la Ley Orgánica no contiene ninguna regla sobre el lugar en el que deben ser celebradas las audiencias de los procesos de menores, por lo que al no existir infracción de norma legal difícilmente puede ser apreciada una lesión de la tutela judicial efectiva, toda vez que la actuación de los jueces y Tribunales está sometida al imperio de la ley (art. 117.1 CE). Es cierto que la antigua Ley de Tribunales Tutelares de Menores determinaba en su art. 15.2 «in fine», que «los locales en que actúen los Tribunales de Menores no podrán ser utilizados para actos judiciales». Pero pese al actual silencio de la disposición aplicada no resulta obligado que la tutela judicial tenga que dispensarse necesariamente en un determinado lugar.

I. FILIACIÓN

1. *Reclamación de paternidad no matrimonial cuando falta la posesión de estado.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^ª, Auto de 9 de marzo de 1999.

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

Inadmisión del recuso de casación interpuesto por la madre cuando el motivo de impugnación se basa en la falta de legitimación del que reclama la filiación no matrimonial por no tener posesión de estado.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^ª Elena presentó ante la Sala 1.^ª del Tribunal Supremo escrito de interposición de recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha 1 de marzo de 1997 por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 5.^ª) que declaraba la filiación no matrimonial paterna de su hija respecto del actor.
- Mediante providencia de 22 de diciembre de 1998 se acordó oír a la recurrente por plazo de diez días a los efectos prevenidos en la regla tercera —caso segundo— del art. 1710.1 LEC, habiendo transcurrido con exceso el plazo concedido sin que se pronunciase aquella parte acerca de la doctrina contenida en las sentencias que en tal proveído se citaban.
- El Tribunal Supremo inadmite el recurso de casación.

COMENTARIO DEL AUTO

Planteándose en el único motivo del presente recurso la cuestión de la falta de legitimación del demandante para reclamar la filiación no matrimonial por faltar el requisito de la posesión de estado, dicho recurso ha de considerarse incurso en la causa de inadmisión prevista en el art. 1710.1.3.^a —caso segundo— de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues otros recursos sustancialmente iguales han sido desestimados por Senten-

cias de esta Sala de 5-11-1987, 10-1-1990, 23-2-1990, 8-7-1991, 24-6-1996, 30-3-1998 y 19-5-1998, a cuyo tenor se extiende al progenitor, aun en los casos en que no haya posesión de estado, el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial, doctrina puesta de manifiesto a la recurrente sin que hiciera alegación alguna en el trámite pertinente.

2. *Reclamación de paternidad con posesión de estado.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 13 marzo de 1999.

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.

Procede declarar la filiación extramatrimonial paterna, ya que mientras éste vivió, siempre tuvo a los demandantes como hijos suyos y así los trató y los dio a conocer públicamente “nomen”, “tractatus”, “fama”), lo cual queda corroborado por la prueba testifical practica en autos.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Dolores L. C. y su madre D.^a María del Carmen (esta en nombre y representación de su hijo D. Rafael L. C.) interpusieron demanda de menor cuantía sobre reclamación de filiación contra D.^a Victoria, D.^a Antonia, D. Cristóbal y doña Dolores L. R. (todos ellos herederos de don Rafael L. R.) solicitando que se dictase sentencia declarando que D.^a Dolores y D. Rafael L. C. son hijos no matrimoniales del difunto D. Rafael L. R.
- Admitida a trámite la demanda, por la representación de doña Dolores L. H. se contestó a la misma, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado lo que sigue: «...dictar sentencia desestimando por completo la demanda y absolviendo de la misma a mi representado, con imposición al demandante de todas las costas causadas». El resto de demandados fueron declarados en rebeldía.
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 10 de Málaga dictó sentencia el 22 de mayo de 1992 estimando íntegramente la demanda.

- La Sec. 6.^a de la AP de Málaga dictó sentencia el 19 de junio de 1994, desestimando el recurso de apelación interpuesto por D.^a Victoria L. H.
- D.^a Victoria L. H. interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia de instancia declaró como probados los siguientes hechos: “De la abundante testifical propuesta por la parte actora se desprende, sin lugar a dudas, que el señor L. H. mantuvo relaciones sentimentales con doña Carmen C. G., a la que visitaba con frecuencia, ocupándose de sus hijos, a los que públicamente reconocía como tales, si bien no reconoció por una promesa que en tal sentido hizo a su esposa en el lecho de muerte de esta última. Ninguno de los testigos ha sido tachado, ni siquiera cuestionados sus testimonios mediante repreguntas que evidenciaran un especial interés en el pleito, siendo de destacar la testifical de don Julián, sobrino de la difunta esposa del señor L., quien pese a reconocer su interés en el pleito, por ser heredero posible de éstos, no duda en afirmar que los hijos cuya filiación se reclama eran del señor L.H., quien los reconocía públicamente como tales, ayudándoles económicamente, y actuando como padre, en todos los sentidos, respecto a los mismos”.

Por su parte la sentencia dictada por la Audiencia Provincial declara plenamente probado que doña Dolores y don Rafael L. C. han venido en la posesión de estado de hijos no matrimoniales del hoy fallecido don Rafael L. H., cuya conclusión probatoria la razona literalmente así: «...en el caso que nos ocupa partiendo de los hechos que el Juez de instancia considera como probados en el fundamento jurídico cuarto de su resolución, la Sala estima que el juzgador de instancia realiza una adecuada valoración de los mismos para llegar a una decisión estimatoria de las pretensiones de los actores. Siendo necesario resaltar la abundante y

contundente prueba testifical practicada a instancia de aquéllos (folios 64 a 67 y 76 a 78) en la cual los testigos sin sospecha de parcialidad aseguran las relaciones existentes entre doña Carmen G. C. (sic) y don Rafael L. H., que éste visitaba a diario a los hijos a los que ayudaba económicamente, estando presente en el bautizo y comunión, cualidad que nunca ocultó; y frente a ella la de los testigos propuestos por la demandada que al contestar a las repreguntas primera a tercera (folio 93) no ocultan su amistad con doña Dolores L. H. y su interés en que gane el litigio, así como desconocimiento tanto respecto de doña Carmen C. G. y sus dos hijos como a las relaciones íntimas entre el señor L. y la señora C.; o bien más que afirmaciones o negaciones sobre los hechos que se le preguntan lo que formulan son simples opiniones como la de considerar que si hubiera tenido relaciones extramatrimoniales se hubieran sabido; y en igual sentido los testigos propuestos en esta segunda instancia”.

Pretende la recurrente a través del recuso de casación combatir la valoración que la Sentencia recurrida (como antes la de primera instancia) ha hecho de la prueba testifical practicada, al mismo tiempo que, por su parte, realiza una nueva valoración de dicha prueba. Es reiterada y uniforme doctrina del Tribunal Supremo (Sentencias de 2 de febrero de 1993, 22 de abril de 1994, 27 de febrero de 1995, 12 de noviembre de 1996 y 28 de marzo de 1998, por citar algunas de las más recientes) la de que el artículo 1248 del Código Civil contiene sólo una norma admonitiva, no preceptiva, ni valorativa de prueba, y el mismo, así como el artículo 659

de la Ley de Enjuiciamiento Civil, facultan al juzgador de la instancia para apreciar libremente las declaraciones de los testigos según las reglas de la sana crítica, por lo que la valoración que haga del resultado de dicha prueba no es revisable en casación, al no hallarse las reglas de la sana crítica reguladas o consignadas en precepto alguno que pueda invocarse como infringido. A todo ello ha de agregarse, en este caso concreto, que con el presente motivo lo que la recurrente pretende, además, es hacer prevalecer la valoración que, de manera parcial, subjetiva e interesada, viene a realizar en el alegato del mismo, sobre la que, con criterio ponderado, objetivo e imparcial, han realizado las coincidentes sentencias de la instancia, cuya pretensión es casacionalmente repudiable.

Entendiendo la recurrente que la sentencia se ha basado en la prueba de presunciones, sostiene que se ha hecho una aplicación indebida del art. 1253 del CC. En este sentido señala el Tribunal Supremo que la sen-

tencia recurrida no se ha valido en momento alguno de la prueba de presunciones, sino que valorando rectamente toda la prueba directa practicada en el proceso, y muy especialmente la testifical, ha obtenido la conclusión probatoria de que doña Dolores y don Rafael L. C. se han venido hallando en la posesión del estado de hijos de don Rafael L. H., caracterizada por el hecho de que éste, mientras vivió, siempre tuvo a aquéllos como hijos suyos y así los trató y así los dio a conocer públicamente («nomen, tractatus, fama»), habiendo de tenerse en cuenta que no es dable que se equiparen las deducciones o conclusiones que el juzgador de instancia obtenga en el legítimo ejercicio de valoración de las pruebas directas practicadas en el proceso, que es lo ocurrido en el presente supuesto litigioso, con lo que, en sentido propio, es la prueba por presunciones, como medio de llegar de una proposición o dato conocido a una consecuencia o dato desconocidos, lo que, como antes se dijo, aquí no ha ocurrido.

3. *Legitimación para reclamar la filiación paterna no matrimonial.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 22 de marzo de 1999. Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

Prórroga de la legitimación de la madre para reclamar la filiación paterna no matrimonial de los hijos cuando estos alcanzan la mayoría de edad a lo largo del procedimiento por operar el principio de la «perpetuatio legitimationis».

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Aurora instó demanda de menor cuantía contra D. Juan Francisco solicitando se dictase sentencia declarando la paternidad de los dos hijos habidos entre la actora y el demandado.
- El demandado contestó a la demanda y solicitó que se dictase sentencia desestimatoria de las pretensiones de la actora por infundadas, o, alternati-

vamente, por no haber demandado a posibles y muy verosímiles interesados, que deben figurar como codemandados, por lo que se ha articulado la excepción de falta de «litisconsorcio pasivo necesario», con reserva, si no prospera, de instar la prueba biológica, como más proceda, respecto a los señalados posibles interesados en la cuestión.

- El Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Madrid dictó sentencia el 14 de junio de 1993 desestimando la demanda y absolviendo al demandado de los pedimentos del suplico de la misma.
- En grado de apelación, la Sec. 22.^a de la AP de Madrid dictó sentencia con fecha 13 de septiembre de 1994 estimando el recurso de apelación formulado y declarando que el demandado es el padre de los menores, con todas las consecuencias legales inherentes a tal declaración, entre ellas el derecho de éstos a usar como apellido el primero del demandado. Hay que hacer constar que durante la sustanciación de la segunda instancia se practicaron, por el Instituto Nacional de Toxicología, las oportunas pruebas biológicas que no pudieron llevarse a efecto, en la primera instancia, por la incomparecencia del demandado ante dicho organismo, para la toma de las correspondientes muestras. Los análisis realizados arrojan unos resultados que implican la paternidad, prácticamente probada del demandado respecto de los menores (probabilidad de paternidad 99,98 y 99,97% respectivamente).
- D. Juan Francisco interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dos son las cuestiones en las que el recurrente basa sus argumentos para que se revoque la sentencia dictada por la Audiencia provincial, por un lado la falta de legitimación de la madre para reclamar la paternidad de los hijos y por otro la no presentación con la demanda de un principio de prueba. Analicemos separadamente cada una de estas cuestiones:

a) **Falta de legitimación activa de la madre para reclamar la filiación paterna cuando los hijos han alcanzado a lo largo del procedimiento la mayoría de edad.**

Entiende el recurrente que la acción de reconocimiento de la paternidad se había ejercitado por la madre, no en nombre propio, sino como representante legal de sus

hijos, entonces menores de edad, pero durante la tramitación de la segunda instancia alcanzaron éstos la mayoría de edad, de modo que habrían debido éstos personarse como partes, en su propio nombre y derecho, al haber cesado la representación legal. Por tanto denuncia la desestimación por la audiencia de la «excepción dilatoria de falta de legitimación activa», o bien «falta de representación o postulación procesal» (infracción del artículo 9 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, números 4.^º y 5.^º) al cumplir la mayoría de edad los hermanos, cuya paternidad ha reclamado en este proceso en su nombre su madre, por ser aquéllos menores de edad cuando se presentó la demanda el 23 de mayo de 1991, contando a la sazón con dieciséis y catorce años respectivamente.

La Audiencia Provincial aborda y resuelve la cuestión, afirmándose que en la alzada no pueden alterarse los términos subjetivos del proceso, porque implicaría desnaturalizarla y hacerla recaer sobre cuestiones distintas de las que configuraron el debate en la instancia, contrariando las prescripciones de los artículos 536 y 687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto establecen el momento procesal de alegar las excepciones por el demandado, sin que pueda hacerse «ex novo» en otros momentos y menos en el trámite de apelación, argumentando, además, que no puede impugnarse la personalidad de un litigante que ya tenía reconocida en el pleito, puesto que la legitimación procesal queda referida al momento de la presentación de la demanda en virtud del principio de «perpetuatio legitimationis». La Sala de instancia, por tanto, sí resuelve la cuestión de la legitimación de la parte actora, como ya anunció que lo haría en la providencia de 10 de diciembre de 1993 al declarar no haber lugar al incidente de previo pronunciamiento que trató de promover la representación del demandado durante la apelación alegando las excepciones dilatorias segunda o tercera del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a todas luces improcedente en la fase en que se encontraba el procedimiento.

La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1994 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, que 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. Así las Sentencias de 5 de noviembre de 1987, 10 de marzo de 1988 y otras sientan claramente la legitimación “ad causam” basada en los artículos 133 y 134 del Código Civil para reclamar la filiación extramatrimonial por partir del supuesto de paternidad biológica, declarándose expresamente la legitimación de la madre, de acuerdo con el

artículo 134 del Código Civil, del que deriva o se reconoce el interés legítimo protegido por la Constitución (artículo 39). No es dudoso que el precepto legal civil sustantivo mencionado incluye la acción de reclamación tanto a favor del hijo como del progenitor, en este supuesto la madre, sin hacer distinción ni exclusión alguna en casos como el ahora debatido, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 133 para que, durante toda su vida pueda el hijo reclamar su filiación no matrimonial. Así, pues, no son admisibles las alegaciones del motivo que se examina, en tanto la madre en este caso litigioso puede, por sí, en su nombre, o como representante legal de su hijo menor de edad, ejercitar las acciones de reclamación de filiación no matrimonial, sin que, con ello, se haya infringido el precepto legal que invoca el motivo, que, como ya se indicó, debe ser rechazado.

El problema 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” (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1991), que consta, además, no era contraria al interés de los hijos, sino por el contrario, coincidente, como explica la sentencia recurrida al consignar que los hijos, sobrevenida su mayoría de edad «han mostrado en el curso de la alzada su decidida voluntad de mantener la acción, uno de ellos de forma expresa, personándose inclusive en la “litis” tras alcanzar los 18 años de edad, sin que la otra, sometida, voluntariamente, a las oportunas pruebas, haya mostrado, tras su reciente mayoría de edad, su expresa renuncia a la acción entablada correctamente por su madre». En consecuencia, decae el motivo.

b) No presentación con la demanda de un principio de prueba.

La segunda cuestión suscitada por el recurrente se centra en supuestas infracciones «de los artículos 127 y siguientes» del Código Civil, que giran en torno a una cuestión nueva, la inexistencia de un principio de prueba que, en su día, debió determinar la inadmisión de la demanda. Mas, aparte el dicho carácter de cuestión nueva, que según notoria jurisprudencia hace inviable la casación, es lo cierto que la jurisprudencia mantiene «una interpretación “espiritualizada” del concepto de principio de prueba, ya 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, pues el requisito procesal del párrafo segundo constituye un complemento tendente a procurar la seriedad de la demanda, pero nunca una restricción, ni un obstáculo a la posibilidad que abre la Constitución. Desde esta perspectiva, debe propugnarse, como más concorde con 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» (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1991).

II. REGÍMENES ECONÓMICOS-MATRIMONIALES

1. RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

1.1. *Responsabilidad por deudas en el régimen de separación de bienes.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 6 de marzo de 1999.

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.

Responsabilidad solidaria de la esposa casada en régimen de separación de bienes por la deuda contraída por el esposo cuando se ha acreditado que dicha cantidad se ingresó en una cuenta conjunta de la que dispusieron ambos cónyuges.

ANÁLISIS DE LOS HECHOS

- Existe un documento privado que, literalmente, dice así: «Por el presente recibo de don José la cantidad de 10.000.000 de pesetas en concepto de préstamo, el cual será devuelto sin intereses en la siguiente forma: 5 millo-

nes al 30 de septiembre de 1990 y el resto el 30 de octubre. Y para que conste se firma el presente en Barcelona a tres de agosto de 1989 (firma ilegible). Fdo. Antonio M. DNI ...».

- D. José interpuso demanda de menor cuantía contra don Antonio y su esposa doña María del Carmen solicitando: «a) que se declare haber lugar al pago de la cantidad reclamada en el presente procedimiento, a mi mandante, por no haberse efectuado el abono de la misma en el momento de su vencimiento, y que asciende a la cantidad de 10.000.000 de pesetas. b) Se declare obligados, de forma indistinta y solidaria, al pago de la anterior cantidad a los esposos don Antonio y doña María del Carmen, demandados en el presente procedimiento, la que deberán hacer efectiva a la parte actora en el momento en que sea firme la sentencia, si no lo hubieren hecho antes. c) Se declare haber lugar a la percepción, por parte del demandante, de los intereses legales desde la interposición de la presente demanda, y a cuyo pago vienen obligados los demandados. d) Sean condenados los demandados don Antonio y doña María del Carmen a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos así como al pago de las costas del presente juicio».
- Admitida a trámite la demanda, por la representación de doña Carmen, se contestó a la misma, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado lo que sigue: «...y, en su día, dictar sentencia por la que desestimando la pretensión actora en cuanto a esta parte se absuelva a la misma de tales pretensiones, imponiendo las costas a la actora». D. Antonio fue declarado en rebeldía.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 38 de Barcelona dictó sentencia el 16 de noviembre de 1992, estimando parcialmente la demanda, condenando a D. Antonio y absolviendo a D.ª Carmen.
- La Sec. 13.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó Sentencia el 6 de julio de 1994, estimando el recurso de apelación y condena igualmente a D.ª Carmen.
- D.ª Carmen interpone recurso de casación que es desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión a analizar no es otra que si la esposa del deudor, casada en régimen de separación de bienes, debe responder de la deuda de 10.000.000 pts. que consta en un documento privado de préstamo suscrito exclusivamente por el esposo.

¿En qué se basa la Audiencia Provincial para condenar a la esposa? La sentencia que

condena a la esposa solidariamente se basa en los siguientes razonamientos:

a) Contradicciones y ambigüedades en las pruebas de confesión en juicio de ambos demandados [absolución a las posiciones segunda, cuarta y séptima del señor M. (sic) y segunda de la señora T.].

b) Respuesta a la pregunta 6.^a por parte del testigo suministrado por la actora.

c) Manifestaciones de las partes en sus escritos así como en las posiciones formuladas a la parte contraria, en conjunción con el resto de las pruebas (en concreto el documento 1 aportado con la demanda).

d) Informe del “Banco de Santander” en el que se constata que D.^a Carmen era la titular de la cuenta en que fue ingresada la cantidad reclamada.

e) La solidaridad, a diferencia de la mancomunidad, es un concepto jurídico protector del acreedor: Le facilita el cobro de toda la deuda de cualquier (sic) de los deudores, con independencia de que la prestación sea divisible o no. El artículo 1137 establece una presunción de mancomunidad, basado, sin duda en el “favor debitoris”, sin embargo el pacto expreso de solidaridad no es exigido ni por la doctrina ni por la jurisprudencia, dando así una interpretación correctora, siendo la tendencia actual hacia la solidaridad para garantía, reforzamiento y estímulo en el concierto y cumplimiento de los contratos, perfectamente compatible con la posibilidad de división interna de la parte de las respectivas obligaciones, a la manera como establece nuestro Código Civil, especialmente en los artículos 1145 y siguientes y sin perjuicio de las acciones “ad intra” entre los codeudores (siguiendo las pautas de la “bona fides”).

D.^a Carmen, entiende que la sentencia de la Audiencia Provincial ha infringido el art. 1257 del CC en relación con el artículo 7 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, porque no habiendo sido parte interviniente en el contrato de reconocimiento de deuda, en cuya base el actor formula su reclamación y siendo aplicable al matrimonio el régimen económico de separación de bienes, no puede atribuirse a la misma responsabilidad contractual derivada de actos o contratos realizados y otorgados por el esposo en su propio nombre.

El Tribunal Supremo confirma este pronunciamiento, en base a que la sentencia re-

currida, tras la detallada valoración que hace de toda la prueba practicada en el proceso, considera probado (aunque sin decirlo de forma expresa) que la demandada recurrente fue parte interviniente en el contrato instrumentado mediante el documento privado de fecha 3 de agosto de 1989, pues, si no fuese así, no cabe la posibilidad legal de declarar responsable de las consecuencias de un contrato a una persona que no ha sido parte en el mismo (ni es heredera de ningún contratante). Por tanto, si declara la responsabilidad de D.^a Carmen es porque considera probado que fue parte interviniente en el contrato litigioso, aunque no llegara a firmar el documento privado en que fue instrumentado el mismo. Siendo ello así, el referido hecho probado ha de ser necesariamente mantenido incólume en esta vía casacional, toda vez que el presente motivo carece de idoneidad para denunciar un supuesto error de derecho en la valoración de la prueba, pues para ello es requisito inexcusable invocar, como supuestamente infringido, algún precepto que contenga alguna norma valorativa de prueba, de cuya condición carecen los dos preceptos que aquí se invocan como supuestamente infringidos (artículos 1257.1º del Código Civil y 7 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña), sin que, por otro lado, nos sea viable realizar en esta vía casacional una nueva valoración de toda la prueba practicada en el proceso, ya que este recurso extraordinario, como tantas veces ya se ha dicho, no es una tercera instancia.

También impugna la recurrente la infracción del art. 1137 del CC en relación con el 1138 del mismo cuerpo legal, porque no existiendo evidencia probada suficiente de la que al menos se deduzca con la eficacia jurídica necesaria razón para romper la presunción legal de solidaridad (sic) que resulta de dicho precepto, la Sala sentenciadora ha condenado solidariamente a la recurrente al pago de la cantidad que constituye el objeto de la reclamación en la litis. Es decir, la recurrente viene a sostener, en esencia, que al no haberse pactado expresamente la solidaridad, ni deduciéndose la misma de los tér-

minos del contrato, ha de considerarse mancomunada, no solidaria, la obligación de los deudores.

Este motivo es nuevamente desestimado por el Tribunal Supremo, ya que es reiterada la doctrina de la Sala (Sentencias de 4 de mayo de 1973, 16 de marzo de 1976, 2 de marzo de 1981, 15 de marzo de 1982, 7 de abril de 1983, 14 de abril y 20 de octubre de 1986, 12 de mayo de 1987, 26 de julio y 11 de octubre de 1989, 28 de mayo y 17 de diciembre de 1990, 19 de diciembre de 1991 y 17 de octubre de 1996, entre otras muchas) la de que no es preciso para entender que existió una solidaridad en el contrato que se haga una expresión causal o literal en tal sentido, sino que puede ser estimada su concurrencia por el conjunto de antecedentes demostrativos de que ha sido querido por los interesados aquel resultado económico, siguiendo las pautas de la «bona fides», en base a la cual la Jurisprudencia viene atenuando el rigor del último párrafo del artí-

culo 1137 del Código Civil, bastando que aparezca de modo evidente la voluntad de los contratantes de haberse obligado «in solidum» o resulte dicha solidaridad de la propia naturaleza de lo pactado. La expresada doctrina jurisprudencial es de plena aplicación al presente supuesto litigioso, ya que aparece probado (y así lo declara la sentencia recurrida) que la cantidad de diez millones de pesetas entregada, en concepto de préstamo, por el actor al demandado don Antonio (según consta en el documento privado de fecha 3 de agosto de 1989, que ha sido transcrito literalmente en el fundamento jurídico primero de esta resolución), la ingresó dicho demandado en la cuenta corriente, en el «Banco de Santander», de la que era titular única su esposa, la codemandada y aquí recurrente, doña Carmen, lo que evidencia claramente que ambos esposos utilizaron y dispusieron conjuntamente de dicha cantidad y, en consecuencia, quedaron obligados, solidariamente, a restituirla al actor en su momento.

2. SOCIEDAD DE GANANCIALES

2.1. *Gestión y disposición de bienes gananciales.*

Tribunal Supremo de Sala 1.^a, Sentencia de 15 de febrero de 1999.

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

Debe observarse el litisconsorcio pasivo necesario cuando se ejercitan acciones reales contradictorias o bien tuitivas del dominio de bienes de naturaleza ganancial, relacionadas con la disposición de los bienes gananciales por uno de los cónyuges, sin consentimiento del otro y cuando se trata de la eficacia e ineficacia de una relación contractual.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Julio, D. Lorenzo, D. Jesús, D. Basilio y D. Daniel interpusieron demanda de menor cuantía contra D. Juan Carlos, ampliado posteriormente contra

D.^a María, D.^a M.^a Teresa, D.^a M.^a del Carmen, D.^a M.^a Margarita, D. Alfonso, D. Pedro y D. José Carlos solicitando que se dicte sentencia: «Que se declare que el patio sito en el inmueble de Arnedo (La Rioja), con acceso al mismo a través de la vivienda de la planta baja izquierda del citado edificio, es un elemento común del mismo y como tal propiedad de la Comunidad de Propietarios de la casa. Que se declare como ilegal la construcción del edificio llevada a cabo por el demandado sobre dicho patio sin el permiso unánime de los componentes de la Comunidad de Propietarios. Así como el derribo del muro que separaba el patio de la calle República Argentina. Que, en virtud de la ilegalidad de su construcción, se condene al demandado a la demolición inmediata del referido edificio sito en el patio mencionado, reintegrando a su estado original el patio y el muro que lo separaba de la vía pública, corriendo de su cuenta absolutamente todos los gastos que tanto la demolición como la posterior reconstrucción de patio y muro pudieran causar. Todo ello con expresa condena en costas del demandado».

- Los demandados contestaron a la demanda planteando excepciones y alternativamente solicitando su desestimación.
- El 22 de marzo de 1994, el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 1 de Calahorra dictó sentencia estimando la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, absolviendo a los demandados en la instancia sin realizar pronunciamiento alguno en cuanto al fondo del asunto. Todo ello con expresa imposición en costas a la parte actora.
- En grado de apelación, la AP de Logroño dictó sentencia el 16 de octubre de 1994 estimando el recurso y revocando la sentencia del juzgado y entrando en el fondo del asunto estimó íntegramente el suplico de la demanda.
- D. Juan Carlos interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Insiste el recurrente en la excepción procesal de falta de litisconsorcio pasivo necesario, excepción que es estimada por el Tribunal Supremo:

El litisconsorcio pasivo necesario es una creación jurisprudencial derivada de las sentencias de esta Sala y perfectamente asumida por las corrientes doctrinales del derecho procesal, y la misma se deriva de las vinculaciones subjetivas que resultan de los

derechos deducidos en juicio, por ello será preciso demandar a todos los sujetos, cuyos derechos se integran en la relación jurídica de derecho material que se debate, dado que todos ellos se verán afectados por la sentencia que se dicte. Ya que si el actor no demanda a todos los que, por estar vinculados con la relación jurídica antedicha y deducida en juicio, se produce lo que comúnmente en la doctrina se denomina «defectuosa constitución de la litis».

Trasladando dichos principios a la actual contienda judicial, hay que destacar en primer lugar, los siguientes datos: a) En el libro de familia que se acompañó con la contestación a la demanda, se hace constar el matrimonio del demandado y la falta de capitulaciones matrimoniales; b) En la escritura de compra del inmueble se afirma que el comprador —demandado y ahora recurrente— y su esposa están casados bajo el régimen jurídico matrimonial de la sociedad de gananciales; c) En la propia escritura de compra se solicita la inscripción de la finca comprada como bien presuntivamente ganancial. Todo lo cual se debe concatenar con el artículo 1361 del Código Civil que establece la presunción «iuris tantum» del carácter ganancial de todo bien que se encuentre en el acervo patrimonial del matrimonio.

Por ello, afirmada la calificación de la finca comprada de una manera evidente, el problema se traslada entonces a determinar si debe dirigirse la demanda no sólo contra el marido comprador, sino también contra su esposa, para entender bien constituida la relación jurídica procesal en el supuesto que nos ocupa.

Sobre ello, hay que afirmar paladinamente que tratándose de un bien inmueble sobre el que se ejercita una acción contradictoria de dominio, cuya titularidad dominical afecta a ambos cónyuges por ministerio de la ley, aunque sea adquirido por uno solo de ellos, como la disposición del mismo exige el consentimiento de ambos cónyuges —artículos 1375 y 1377 del Código Civil—, la sentencia que declare el dominio sobre di-

cho inmueble, o lo modifique, afectará al derecho mismo y a sus dos cotitulares, y la acción en que se solicite tal modificación —el patio no pertenecía al piso, sino a la Comunidad de Propietarios— deberá dirigirse contra ambos cónyuges, por la naturaleza del derecho cuya declaración judicial se solicita. En este sentido hay que tener en cuenta la moderna corriente científica de nuestra doctrina, que afirma que cuando cualquiera de los cónyuges puede gestionar la cosa común, los litigios que afecten a tal gestión podrán dirigirse solamente contra uno de ellos —el gestor— aunque, si exceden de esa órbita, habrá que demandar necesariamente a ambos.

En este aspecto la jurisprudencia de esta Sala es directa y contundente, cuando establece que debe observarse la imposición del litisconsorcio pasivo necesario en:

a) cuando se trata de acciones reales contradictorias o bien tuitivas del dominio de bienes de naturaleza ganancial (SS. de 16 de febrero de 1987 y 4 de abril de 1988).

b) disposición de los bienes gananciales por uno de los cónyuges, sin consentimiento del otro (SS. de 6 de junio de 1988 y 22 de julio de 1991).

c) cuando se trata de la eficacia e ineficacia de una relación contractual y, por tanto, su resolución, en la que intervinieron ambos cónyuges de manera directa o indirecta, pero debida y suficientemente constatada, ya que ha de dirigirse la demanda contra los dos (SS. de 25 de enero de 1990 y 23 de febrero de 1994).

2.2. *Responsabilidad por deudas contraídas por un cónyuge.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de marzo de 1999.
Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

Incongruencia de la sentencia que condena a la esposa al pago de la deuda a la que se obligó directa y personalmente el esposo, sin que conste que ésta hubiere prestado consentimiento alguno, ni que en el «petitum» de la demanda se hubiese pedido la declaración de deuda ganancial del afianzamiento que suscribió el esposo.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Joaquín (esposo de D.ª Dulce-María), D. Julián y D.ª M.ª Teresa afianzaron solidariamente, con renuncia expresa a los beneficios de orden, división y previa excusión, la póliza de crédito otorgada por el Banco P. a la mercantil R. —de la que eran socios— en fecha 8 de agosto de 1990, por 8.000.000 de ptas.
- El Banco P. presentó demanda de menor cuantía en reclamación de cantidad contra D. Joaquín, D. Julián, D.ª María-Teresa y D.ª Dulce-María solicitando se dictase sentencia por la que se condenase a los demandados, solidariamente, al pago de la cantidad reclamada, más los intereses pactados en la forma pedida, así como de todas las costas y gastos que se causen en el presente procedimiento.
- La demandada D.ª Dulce-María se personó en el pleito y contestó a la demanda para oponerse a la misma, solicitando que se dicte sentencia absolviendo libremente de la demanda a mi representada con expresa imposición a la demandante de todas las costas causadas. El resto de los demandados fueron declarados en rebeldía.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de Bilbao dictó sentencia el 4 de enero de 1993 estimando la demanda y condenando solidariamente a los demandados a pagar la cantidad de 9.537.199 ptas., incrementada con los intereses pactados, imponiendo a los expresados demandados las correspondientes costas y asimismo absolviendo a D.ª Dulce-María de las peticiones contra ella realizadas, imponiendo a la parte actora las correspondientes costas.
- El Banco P. interpuso recurso de apelación, y la Sec. 4.ª de la AP de Bilbao dictó sentencia el 17 de mayo de 1994 estimando parcialmente el recurso de apelación revocando la sentencia y condenando igualmente a la demandada

D.^a Dulce-María a que, hasta el límite de su cuantía y subsidiariamente, responda con los bienes gananciales que se le adjudicaron en la división de la sociedad conyugal del crédito reclamado por el apelante.

- D.^a Dulce-María interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo casando la sentencia y anulando la dictada por la Audiencia Provincial en el sentido de confirmar la sentencia del juzgado de 1.^a Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La entidad bancaria no planteó ni integró en el petitorio de su demanda que se declarase que el afianzamiento prestado por el esposo de la recurrente constituía efectiva deuda ganancial o deuda de la sociedad como exige el art. 1401 CC, lo que actuaba como necesario presupuesto para obligar a la esposa, de tal forma que equiparó a ésta en la condición de efectiva fiadora solidaria. Por ello, entiende la recurrente que no habiéndose declarado el carácter ganancial de la deuda, no deben responder de ella los bienes que le fueron adjudicados en la liquidación de la sociedad de gananciales.

La resolución de la cuestión exige tener en cuenta la profunda reforma introducida en el CC por la Ley de 13 de mayo de 1981, sobre el régimen económico matrimonial, al atribuir protagonismo en el mismo a la mujer casada, conforme a principios constitucionales, con lo que alcanzó situación de igualdad y gestión con el varón, y por ello se vino a potenciar y preservar su haber ganancial, superando la casi plena disponibilidad que la legislación anterior y tradicional atribuía al marido, ya que era monopolizador de los bienes gananciales, como «jefe de la familia» (arts. 1412, 1413, 1416 y ss. CC que resultaron derogados). No cabe admitir por sistema que la esposa actúa siempre como cómplice de su cónyuge en las situaciones de insolvencia y defraudación de acreedores que éste provoca, como tampoco la jefatura absoluta alguna del caudal matrimonial (art. 66 CC).

La reforma legal impuso a la jurisprudencia de esta Sala la necesaria adaptación al

texto vigente y, con ello, entre otras situaciones, superar el concepto de actuación en interés de la familia —a veces resultaba identificada con los intereses de los acreedores, sobre todo si éstos eran entidades bancarias—, para justificar las disposiciones del marido comprometedoras de los bienes gananciales, por la atribución a sus deudas la condición de ganancialidad (SS. de 4 de mayo de 1968, 14 de mayo de 1984, 21 de diciembre de 1985, 28 de marzo de 1989 y 15 de marzo de 1991, entre otras), y atendiendo a los preceptos civiles vigentes, la literalidad de los mismos no la refieren y así resulta extralegal.

Conviene puntualizar que es efectiva deuda ganancial cuando la contraen conjuntamente ambos esposos o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro (arts. 1367 y 1369), así como en los casos en los que el marido o la mujer fueran comerciantes (art. 1365), al remitirse el CC al CCom (arts. 6, 7, 11 y 12), con lo cual la validez de la fianza prestada por el marido obliga directamente a la sociedad de gananciales si no consta oposición de la esposa al ejercicio mercantil profesional de aquél (SS. de 29 de diciembre de 1987, 5 de febrero de 1991, 6 de junio de 1994 y 10 de noviembre de 1995).

Estos supuestos no los tuvo en cuenta la sentencia recurrida, pues no contiene declaración alguna de hechos probados en tal sentido, sin perjuicio de las aportaciones doctrinales que expone, ya que lo que definitivamente sienta es que se trataba de efec-

tiva deuda ganancial, con lo que se alcanza la declaración a la que atiende el Tribunal de Instancia.

La decisión juzgadora, que se impugna, como ya se deja advertido, exige que se hubiera planteado en la demanda que creó el pleito la declaración de deuda ganancial del afianzamiento de referencia, pues de esta manera quedaría constituida paritariamente la controversia, al facilitar a la recurrente, como parte procesal demandada, poder discutir la cuestión y sobre todo si resultaba de encaje legal en el art. 1365, que decreta la responsabilidad directa de los bienes gananciales frente a los acreedores, cuando las deudas contraídas por uno de los esposos provienen del ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o administración ordinaria de los bienes propios, toda vez que, si bien el art. 1362.4.º se refiere literalmente a la «explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge», el precepto juega a efectos de determinar los gastos que son carga del patrimonio ganancial y su operatividad jurídica se produce en la responsabilidad interna y determinación del pasivo definitivo, en cambio el art. 1365 actúa hacia el exterior, en proyección a la defensa de los derechos de los acreedores por las deudas contraídas por uno de los cónyuges.

Dicho precepto 1365, aunque aquí no se plantea, no obstante sí conviene decir que cabía ser discutido procesalmente, lo que en este asunto se omitió, y no obstante la sentencia recurrida lo tuvo en cuenta, en relación al alcance de lo que se debe entender «ejercicio ordinario», que equivale a lo que es usual, repetido, acostumbrado, habitual, es decir a lo que se presenta como común, corriente y normal, y con ello sí procede encuadrar en la expresión la prestación de un afianzamiento, en las condiciones tan onerosas como el que llevó a cabo el esposo de la recurrente, aunque lo fuera en favor de

una sociedad de la que eran partícipes, atendiendo que con ello se incurría en la responsabilidad universal patrimonial que establece el art. 1911 CC (en relación con el art. 1822), resultando desbordados los intereses familiares-gananciales.

Lo que se deja estudiado determina que haya de apreciarse la incongruencia denunciada, al haberse decidido sobre cuestión no debatida en la contienda procesal y resultaba ineludible, ya que no se trata de precisiones decisorias complementarias o que el fallo se extienda a aquellos extremos, que aun no solicitados por las partes, se presentan como derivados y consecuentes lógicos de lo pedido y permitan la ejecutoria (SS. de 1 de octubre de 1992 y 1 de julio de 1993), sino de efectiva alteración de la «causa petendi», al plantear la demanda como si la recurrente fuera la efectiva avalista, cuando no firmó la póliza ni consta demostrado hubiera prestado a su esposo consentimiento alguno, que fue quien se obligó directa y personalmente.

La incongruencia se produce si se altera la causa de pedir y se sustituyen las cuestiones planteadas por otras distintas, sobrepasándose los límites del principio «iura novit curia» (SS. de 20 de julio de 1990, 8 de enero de 1992, 8 de junio de 1993 y 6 de marzo de 1995), que es lo que ocurre en el caso que nos ocupa, lo que determina que el motivo se acoja y prospere el recurso, ya que, conforme al art. 1715.3.º LEC, corresponde al Tribunal Supremo resolver el pleito dentro de los términos en los que ha planteado el debate, lo que conduce a la decisión casacional de que ha de confirmarse la sentencia del juez de primera instancia, al resultar acomodada a Derecho y la procedente, ya que estimó la demanda en el sentido de condenar solidariamente al pago de la cantidad que el Banco reclama, sólo a los fiadores que avalaron la póliza, con absolución de la recurrente.

2.3. *Resolución de compraventa de un bien ganancial dirigida exclusivamente contra uno de los cónyuges.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 9 de abril de 1999.
Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada Gómez.

Inexistencia de falta de litisconsorcio pasivo necesario cuando la demanda sobre resolución de contrato de compraventa de un bien ganancial se dirige exclusivamente contra el esposo que fue el que intervino en el contrato, ya que se está ante uno de los supuestos previstos en el art. 1385.2 del CC.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Juan presentó demanda de menor cuantía contra D. Miguel solicitando se dictase sentencia declarando válido y eficaz el contrato suscrito entre las partes y se condenase al demandado a la entrega de la cosa vendida, a otorgar la escritura pública correspondiente, otorgándose de oficio si no lo hiciere voluntariamente, y al abono de los daños y perjuicios sufridos por el actor a determinar en ejecución de sentencia, más las costas.
- El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ronda dictó Sentencia el 5 de noviembre de 1993 estimando la demanda por la que se condena a D. Miguel a entregar al actor la posesión del local de negocio, con todos sus enseres y utensilios, objeto de dicho contrato, a que otorgue escritura pública del mismo y a que indemnice al actor de los daños y perjuicios causados, más las costas.
- En grado de apelación, la Sec. 4.^a de la Audiencia Provincial de Málaga dictó sentencia el 15 de septiembre de 1994 desestimando el recurso interpuesto con expresa condena en costas al apelante. La Sala reitera la improcedencia de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, al no haber sido demandada la esposa del actor, habida cuenta de que el bien objeto de la compraventa que se contrae en las actuaciones tiene carácter ganancial; igualmente, rechaza la falta de consentimiento válido que adujo el demandado al contratar, puesto que no acontece el vicio en el consentimiento previsto en el art. 1263.2.^o del CC, por inaplicación, asimismo, de la observancia de la carga de la prueba del art. 1214, puesto que en autos sólo consta el certificado médico, emitido por el doctor V., que viene tratando al demandado y «que constituye prueba del cuadro depresivo

ansioso de éste, mas sus consecuencias no han quedado debidamente acreditadas».

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Todos los motivos alegados por el recurrente tienden a reproducir la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario, al no haber sido demandada en el proceso la esposa del demandado, teniendo en cuenta el carácter ganancial del bien objeto del contrato de compraventa.

Respecto al contrato de compraventa, señala el Tribunal Supremo que en su día se confirmó la validez del mismo, cuyo documento es objeto de la presente pretensión, esto es, el suscrito entre las partes en 14 de octubre de 1992, sobre la nave objeto de controversia, cuyo carácter ganancial no ha sido negado a lo largo de todo el proceso y cuya validez, deriva (al margen del defecto ya procesal, hoy reproducido, exclusivamente, de la falta de litisconsorcio pasivo necesario, en torno a la presencia o no en la litis de la esposa del demandado), tanto por cuanto se razona en el FJ 1.º de la primera sentencia, al expresar que sólo cabe accionar en las reclamaciones contractuales a quienes han sido parte en el contrato controvertido, y según el FJ 2.º, al descartar el supuesto de invalidez por la falta de consentimiento de la esposa del vendedor, habida cuenta que, si bien la realización de actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales requiere el consentimiento de ambos cónyuges, según el art. 1377 del CC, la realización de tales actos por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, sólo podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos, conforme el art. 1322; o bien, como dice la propia Sala sentenciadora, en su FJ 1.º, al reiterar

el rechazo de dicha excepción, por cuanto se hace constar que, constando probada la existencia del matrimonio entre el demandado y la esposa, así como el carácter ganancial del bien objeto de litis, la denuncia de que la esposa debía haber sido traída y oída en juicio, se descarta, al apreciarse que, la relación jurídico-procesal entre los contendientes, está bien constituida cuando quien contrató con el marido demanda solamente a éste, tratándose de bien ganancial, no siendo preciso que se demande también a la mujer para establecer el litisconsorcio pasivo, pues carece de acción contra ella, y así, como acertadamente expresa el Juez «a quo» en el FJ 2.º, en aplicación de lo dispuesto en el art. 1322.

Prevalece como argumento adicional la sanción habilitante de esa posibilidad de defensa unilateral por parte de unos consortes, recogida en el propio art. 1385 núm. 2.º, esto es, cuando sanciona que cualquiera de los cónyuges está facultado para ejercitar la defensa de los bienes y derechos comunes por vía de acción y de excepción, en el sentido de que, en caso como el presente, teniendo en cuenta que se trata incluso no de una conducta inicial de carácter oneroso por parte de uno de los cónyuges —acción— sino de la defensa de los derechos que asisten a la propia comunidad sobre el bien ganancial, en respuesta procesal a una acción de reclamación que ataca la común patrimonialidad del consorcio —excepción— es indiscutible que, asumir la tutela de esos derechos por parte de uno de ellos, u oponerse a la acción así entablada, supone estar dentro de la hipótesis pre-

vista y habilitante en dicho art. 1385 párrafo 2.º (aparte de que, hasta la actitud del recurrente, en su día vendedor exclusivo del inmueble litigioso, podría atacarse por su inidoneidad impugnatoria, por el juego analógico del art. 1302 «in fine» del CC) y todo ello con independencia de que no se cercene la teoría general sobre el litisconsorcio pasivo necesario, en todo caso, y cualesquiera que sean las circunstancias eventuales de la consumación decisoria del litigio, en los mismos términos de la transcrita Sentencia de 16-10-1990 de esta Sala que decía así, «...litisconsorcio que en una elaboración de la tarea jurisprudencial, es

una auténtica excepción perentoria, cuya admisión concluye en una sentencia interlocutoria con absolución en la instancia y con el litigio material imprejuizado, y que obedece a que por las características de la acción ejercitada o por el objeto sobre el que recae, de la misma resultan varias personas implicadas de tal forma que de no estar presentes todas en el proceso, se correría con el riesgo de incurrir en posibles fallos contradictorios en su día, cohonestándose con la búsqueda y garantía de la santidad de la cosa juzgada y sobre todo, preservante de que nadie pueda ser condenado sin ser oído...».

2.4. *Pacto de no liquidación de los bienes.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 15 de marzo de 1999.

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

Ineficacia de la cláusula en la que ambos cónyuges pactaban en un documento privado que los bienes gananciales permaneciesen en el patrimonio para en su día pasar a propiedad del hijo, ya que expresamente se pactó un régimen distinto si se acordaba la separación legal de los cónyuges. Inexistencia de falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido demandado el hijo en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª M.ª Luisa promovió demanda de juicio declarativo sobre disolución de sociedad de gananciales contra D. Faustino, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho, suplicó al Juzgado: «Que se sirva dictar sentencia por la que se declare: “1.ª) Que los dos pisos letras T y Q de la planta tercera del inmueble sito en la calle Marqués de Pico Velasco pertenecen a la sociedad de gananciales, por haber sido adquiridos vigente el matrimonio y obtenidos con las ganancias o beneficios indistintamente obtenidos por ellos y que, por consiguiente, les pertenecen por mitad. 2.ª) Llevar a efecto

la disolución de la sociedad de gananciales, ofreciendo esta parte que, previa tasación de común acuerdo de cada uno de los pisos, sea adjudicado a cada uno de ellos uno de los pisos indicados, con la compensación económica que proceda para el cónyuge que se quede con el piso de menor valor, tasación que puede llevarse a efecto, en ejecución de sentencia de común acuerdo si ello fuera posible, ante la presencia judicial o, en otro caso, se tase por los peritos que se designen y un tercero, que como dirimente, se nombre por insaculación y tampoco fuese aceptado este extremo por la contraparte o no se pudiera llevar a efecto dicha tasación en la forma indicada, se acuerde la venta de dichos pisos en pública subasta siguiendo los trámites de rigor. 3.º) Que asimismo se declare la obligación de D. Faustino de pasar a su esposa, en concepto de pensión la cantidad de 25.000 pesetas mensuales, conforme viene obligado por el fallo de la sentencia firme dictada en los autos de divorcio, seguido entre ambos, ante el Juzgado de familia número 25, reservándose de la cantidad que se le adjudique a D. Faustino la suficiente para cubrir la cantidad que adeude por este concepto, en el momento de ser firme la sentencia que se dicte en los presentes autos”».

- D. Faustino contestó a la demanda solicitando que se dicte sentencia en la que se declare la liquidación de la sociedad legal de gananciales existente entre los litigantes, adjudicándose los dos pisos en proindiviso y en la siguiente proporción: Piso 3.º, letra T, el 85,845% al esposo demandado y el 14,155% a la esposa demandante. Piso 3.º, letra Q, el 58,22% al esposo demandado y el 41,75% a la esposa demandante.
- El Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Madrid dictó sentencia el 21 de enero de 1993 estimando parcialmente la demanda y declarando que los dos pisos pertenecen a la sociedad de gananciales, correspondiendo a cada uno de los esposos una participación del 50% sobre cada uno de los pisos y que en ejecución de sentencia se procederá a dar por concluida la situación de indivisión que surge tras la liquidación con arreglo a las bases expuestas en el fundamento jurídico tercero, absolviendo al demandado de la reclamación de cantidad solicitada por la actora, sin realizar expresa imposición de las costas causadas en las presentes actuaciones.
- En grado de apelación, la sección 20.ª de la AP de Madrid dictó sentencia desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Faustino y confirmando la sentencia de instancia.
- D. Faustino interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Con carácter previo y con ocasión de desestimar gran parte de los motivos de impugnación del recurrente, el Tribunal Supremo da cuenta de la necesidad del cumplimiento de los requisitos formales en el momento de plantear un recurso de casación: *“La formulación de la casación mediante el escrito de interposición del recurso (artículos 1704, 1706 y 1707 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) requiere la observancia de una determinada forma, pues la redacción del recurso debe ajustarse a lo que se denomina técnica casacional, cuya conformación es obra de la ley (artículos 1692 y 1707 del citado ordenamiento), la jurisprudencia, la doctrina científica y la práctica forense, y tiene por finalidad el mantenimiento de determinadas exigencias formales, dada la naturaleza del recurso, así como la necesidad de que el mismo se plantee con claridad y precisión para que la otra parte pueda defenderse y el Tribunal lleve a cabo convenientemente su función. Dentro de la citada técnica casacional se encuentra la imposición de la cita expresa en cada motivo de las normas reputadas como infringidas (artículo 1710.1.2.ª, en relación con el artículo 1707 del referido ordenamiento), pues en otro caso se produce inexorablemente el perecimiento de aquél (por todas, STS de 22 de octubre de 1991). Pues bien, en el presente recurso, adolecen de la deficiencia expresada en el párrafo precedente los motivos primero, segundo, quinto, sexto, séptimo, octavo, décimo, undécimo, decimotercero y decimocuarto, lo que supone sin más su decaimiento.”*

Respecto al resto de los motivos alegados por el recurrente y que fueron desestimados por el Tribunal Supremo, destacamos las siguientes cuestiones:

a) Litispendencia.

Alega el recurrente que la sentencia impugnada no ha tenido en cuenta la existencia de litispendencia por la misma cuestión ante

el Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Madrid, que fue el que dictó la sentencia de divorcio entre los cónyuges y en el que, en fase de ejecución de sentencia, se iniciaron las operaciones liquidatorias. A ello contesta el Tribunal Supremo que debe desestimarse el motivo porque, *al estar acreditada en autos la circunstancia de que, en el juicio de divorcio se dictó Auto el 15 de abril de 1989, donde se dispuso que, por existir discrepancia entre las partes sobre la liquidación y adjudicación de los bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales habida entre los litigantes hasta la Sentencia de 3 de abril de 1985, se acordaba dejar en suspenso la fase de ejecución abierta para la liquidación de dichos bienes, la cual se archivaba provisionalmente, con reserva a las partes del derecho a demandar y ejercitar las acciones de que se crean asistidas, en el procedimiento declarativo correspondiente según su cuantía, se eliminaba, con evidencia, la situación de litispendencia denunciada, habida cuenta de lo expresado y de que, dentro de la figura de incompetencia de procedimiento, no se comprenden las incidencias que pueden suscitarse en el reparto gubernativo de los asuntos civiles.*

b) Inobservancia de las normas de partición.

Entiende el recurrente que se han infringido los artículos 1066 a 1905 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que la sentencia de instancia realiza un proceso particional expresamente excluido de este declarativo y no adecua su resolución, ni la tramitación previa, al proceso que en rigor sería de aplicación, lo que, de conformidad con lo prevenido en el artículo 6.3 del Código Civil, acarrea la nulidad de pleno derecho de la sociedad post-ganancial realizada en contra de normas imperativas. El motivo se desestima porque *la sentencia de la Audiencia sólo ha reconocido la condición de gananciales de unos determinados bienes e indicado las bases en virtud de las cuales se*

practicará en ejecución de sentencia la liquidación de los mismos, por lo que no existe la infracción denunciada.

c) Falta de litisconsorcio pasivo necesario e inobservancia del pacto de partición suscrito por los cónyuges de forma privada.

Sostiene el recurrente que no ha apreciado que la relación procesal está mal constituida al no haberse dirigido la acción divisoria contra el hijo de los litigantes, a quien los padres habían atribuido el derecho de que el patrimonio de éstos pasara a la propiedad del mismo. El motivo es igualmente desestimado por el Tribunal Supremo porque *no cabe olvidar que, si bien el pacto de 1 de diciembre de 1976 establece que ambas partes desean que sus bienes permanezcan en su patrimonio para que en su día pasen a la propiedad de su hijo, también recoge en el último párrafo de su estipulación cuarta que ello será «sin perjuicio de que si se acordase la separación legal se estuviera en lo que a tales bienes se refiere a lo que por el Juzgado u*

organismo jurisdiccional se entienda y la sentencia acordara», lo que, por efecto de la consecuencia de los presupuestos reseñados en la cláusula cuarta, elimina la situación de litisconsorcio. Por otro lado, considera el recurrente que se ha vulnerado lo establecido en los artículos 1256 —“La validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes”— y 1278 —“Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez”— del CC, puesto que la sentencia de apelación, al no haber interpretado ni valorado adecuadamente el contrato de partición de 1 de noviembre de 1976, ha permitido el éxito de una acción contraria al espíritu y la letra del convenio económico. Este motivo se desestima porque, amén de que el artículo 1256, por su generalidad, no es apto para servir de soporte de un motivo de casación, la situación generada por la salvedad de la estipulación cuarta del contrato de 1 de noviembre de 1976 hace carecer a dicho pacto de trascendencia a los efectos del debate.

III. SEPARACIÓN Y DIVORCIO

1. Legitimación para ejercitar la acción de separación o divorcio.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 27 de febrero de 1999.

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

El tutor del cónyuge incapaz carece de legitimación para ejercitar una acción de separación o divorcio y ello no supone infracción constitucional alguna.

ANÁLISIS DEL CASO

- El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 6 de Oviedo dictó, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, auto el 31 de octubre de 1996, por el que se autori-

zaba a D.^a Encarnación para que, en nombre y representación de su tutelada D.^a María, interpusiera demanda de separación o divorcio, con sus respectivas medidas provisionales, contra su esposo D. José Luis. Recurrída tal resolución por D. José Luis, la Sec. 4.^a de la AP dictó Auto el 4 de febrero de 1998, confirmando el criterio del Juzgado, en base a los razonamientos que en éste se explicitan. El fiscal intervino en el expediente de jurisdicción voluntaria así como en la apelación, apoyando la concesión de la autorización.

- D.^a Encarnación, en su condición de tutora de D.^a María, planteó demanda de separación contra el esposo de ésta, D. José Luis V. F., seguida en el Juzgado de 1.^a Instancia núm. 3 de Oviedo quien, en fecha 11 de julio de 1997, estimando la excepción procesal de falta de legitimación activa, dictó sentencia absolutoria en la instancia sin entrar a conocer el fondo del asunto.
- Recurrída la sentencia por la demandante, la Sec. 6.^a de la Audiencia de Oviedo confirmó la resolución impugnada, estimando, igualmente, que las facultades del tutor no alcanzan a poder ejercitar la acción de separación matrimonial al amparo del art. 267 CC, dado el carácter personalísimo de aquélla. El fiscal no fue parte en el procedimiento matrimonial al hallarse representada la persona incapacitada por su tutor legal y no existir hijos menores del matrimonio.
- El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación en interés de la ley contra la sentencia de 23 de febrero de 1988, dictada por la Sec. 6.^a de la AP de Oviedo, confirmatoria de la dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia núm. 3 de Oviedo, en autos de juicio de separación; en base a un único motivo: infracción de los arts. 3, 267, 271 CC y 24.1, 32.2 y 49 CE.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La razón que mueve al fiscal a interponer recurso en interés de la ley, es la necesidad de obtener un procedimiento que, frente a la disparidad de criterios demostrada por dos Secciones de la AP, marque un criterio definido en una cuestión tan trascendente como el alcance de las funciones atribuidas al tutor por el art. 267 CC. Sin entrar, por tanto, en éstas y, aunque pudiéramos estimar, por las circunstancias concurrentes en este concreto caso, la razonabilidad de la denegación al tutor de la facultad de ejercitar la acción de separación en nombre de su repre-

sentada, entendemos que la resolución dictada sienta un precedente abstracto sobre la facultad del tutor en este punto que puede trascender a otros casos con consecuencias graves. Pensemos, por ejemplo, en que, sobrevinida y declarada legalmente la incapacidad de uno de los cónyuges, constante matrimonio, y siendo sometido a partir de aquel momento a sevicias, malos tratos, abandono o expolio por el otro hubiera de negarse a aquél la tutela judicial efectiva, a través del acceso a la jurisdicción por entender que no pudiendo obtenerlo por sí mis-

mo, dada su situación de incapacidad, tampoco pudiera hacerlo a través del tutor por tratarse de un acto personalísimo; lo que no deja de constituir una antinomia de primer orden. Y es realmente como dice el auto de la AP Oviedo de 4 de febrero de 1998, se autorizó a la tutora en un expediente de jurisdicción voluntaria para que en nombre de la representación de la tutelada pudiera interponer demanda de separación o divorcio, al tiempo que denegó la autorización que también se había solicitado para el ejercicio de otras acciones de distinta naturaleza. Dado el aquietamiento de la tutora con esta decisión, pues ni interpuso recurso ni se adhirió al formulado de contrario, ha de tenerse por firme el seguido de dichos pronunciamientos, por más que en la vista de esta alzada, con patente extemporaneidad, hubiera instado la revocación de este punto.

La controversia queda así centrada en una cuestión estrictamente jurídica cual es la de si el tutor, como representante del incapaz, está facultado para instar una acción de separación o divorcio en nombre de su pupilo, previa la autorización judicial a la que se refiere el art. 271.6 CC, es lo que discute el marido incapaz. Tanto la acción de separación como la de divorcio son calificadas por regla general como personalísimas, y así lo ha entendido la STS de 26 de mayo de 1982 interpretando el alcance del art. 81 CC, que limita a los cónyuges el ejercicio de la acción de separación. Sobre esta base un gran sector de la doctrina (—en la que existen, sin embargo, posturas discrepantes como la preconizada por M. N.—) ha venido manteniendo que se trata de acciones de calidad eminentemente subjetiva, que están adheridas a la identidad de cada uno de los cónyuges y sólo a ellos compete su ejercicio, con exclusión de tercero alguno, aun cuando tenga la condición de representante de alguno de ellos. Sin embargo, esta última conclusión, al menos en los términos absolutos con los que generalmente aparece formulada, debe matizarse ya que debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que el art. 267 CC concibe en términos muy amplios, la repre-

sentación que corresponde al tutor, estableciendo que “el tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí sólo, ya sea por disposición expresa de ley o de la sentencia de incapacitación”. Del tenor de este precepto se desprende que la mayor o menor extensión de esas facultades representativas está directamente relacionada con el mayor o menor grado de capacidad y discernimiento que conserve la persona que es objeto de tutela. De ahí que en aquellos casos en los que, como sucede en el presente, se esté ante una incapacidad total o absoluta para regir la persona y los bienes, concurriendo un grave déficit de las funciones psíquicas superiores, la representación que corresponde al tutor alcance su máxima amplitud y deba extenderse como dice el citado art. 267, a todos aquellos actos que el incapaz no puede realizar por sí mismo, tanto en la esfera patrimonial como en la personal (art. 215 del mismo Cuerpo Legal), entre los que debe incluirse el ejercicio de esas acciones matrimoniales ya que la tutelada carece actualmente del raciocinio necesario para tomar una decisión al respecto.

Aun cuando se trate de una situación notablemente singular y excepcional, la solución apuntada cuenta en su apoyo con los antecedentes históricos, pues la única vez que el legislador abordó este problema, en el art. 40 de la Ley de Divorcio de 2 de mayo de 1932, permitía expresamente el tutor del incapaz pedir la separación con autorización del Consejo de familia. Y sobre todo, resulta avalada o, más bien, viene impuesta por la aplicación de los principios constitucionales de igualdad y de protección de los disminuidos. No se comprende, en este sentido, que el cónyuge capaz conserve el derecho de solicitar la separación o el divorcio del cónyuge incapaz (ver art. 82 CC) y se niegue a este último ese mismo derecho, máxime cuando pueden concurrir causas objetivas que aconsejen y obliguen a acudir al ejercicio de estas acciones como único remedio para poner fin a determinadas situaciones. Si, además, el art. 49 CE obliga a prestar un

amparo especial a los disminuidos psíquicos para que puedan disfrutar de los derechos otorgados en su Título I a todos los ciudadanos, entre los que se encuentra la posibilidad de instar la separación y disolución del matrimonio (art. 32.2 de la Carta Magna), no cabe negar a quien ostenta su representación el ejercicio de tales acciones cuando por las circunstancias concurrentes hayan de redundar en su provecho o beneficio so pena de quebrar ese claro mandato constitucional (piénsese, por ejemplo, en supuestos de malos tratos, abandono, alcoholismo, toxicomanía u otros semejantes, que aconsejen la suspensión de la vida en común). Y es que no existe otra solución que aceptar la tesis de que el tutor de un incapaz puede demandar de separación o divorcio, al cónyuge del incapaz, previa autorización judicial, cuando las circunstancias lo aconsejen. Hoy en día no se le puede decir a ninguna persona que su problema no tiene solución, que es a lo que se llegaría con la tesis de la sentencia recurrida, pues ello vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE, teniendo en cuenta además que como dice acertadamente el art. 3 CC, "...las normas han de interpretarse conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas".

El art. 267 CC confiere al tutor, con carácter general, la representación del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación; no obstante la generalidad de esa atribución, existen determinados actos que no pueden realizarse por el tutor al estar expresamente prohibidos, bien porque en ellos no se admita la representación, caso del matrimonio, o por estar prohibidos al incapaz por razón de su incapacidad, caso de la testamentifacción (art. 663.2 CC); de otra parte, esa declaración general del CC ha de matizarse teniendo en cuenta la naturaleza de la representación que exige que la declaración de voluntad, a partir de la cual se forma el negocio jurídico concreto de que se trate, sea una declaración de voluntad pro-

pia del representante aunque sus efectos hayan de recaer sobre el representado, por lo que, la generalidad de la doctrina excluye del ámbito de la representación los negocios jurídicos de Derecho de familia, dado su carácter personalísimo que requiere que esa declaración de voluntad emane de la persona a quien el acto va a afectar; especialmente, se considera inadmisibles la representación en relación con aquellos actos que implican un cambio en el estado civil de las personas que sólo pueden ser decididos por aquellos cuyo estado civil va a resultar modificado. Tal es el caso, de las acciones civiles de separación matrimonial o divorcio en que, por su estimación, surge un estado civil nuevo de los cónyuges o ex-cónyuges sometidos a un régimen jurídico distinto de aquél por el que se venían rigiendo; por ello, el ejercicio de tales acciones sólo puede ser consecuencia de un acto de la voluntad del propio cónyuge a quien la ley reconoce legitimación para ello.

No puede entenderse que la no autorización al tutor para el ejercicio de estas acciones suponga una desigualdad entre los cónyuges, prohibida por el art. 32.1 en relación con el art. 14, ambos de la CE. Tiene declarado con reiteración el TC que no toda desigualdad de trato legal respecto de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo aquellas desigualdades que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales y que no ofrezcan una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, por tanto, veda la utilización de elementos de diferenciación que pueda calificar de arbitrarios o carentes de una fundamentación razonable (STC 90/1995 de 9 de junio). En el presente caso, las consecuencias jurídicas diferenciadas tienen un fundamento objetivo como es la incapacidad declarada de uno de los cónyuges que no pue-

de calificarse de arbitraria dada la trascendencia que para el estado civil de la persona tienen las acciones de separación y divorcio.

No resulta infringido el art. 32.2 CE ya que dicho precepto lo que hace es establecer un mandato dirigido al legislador no constitucional que le obliga a regular las materias en él comprendidas, estableciendo una reserva de ley, no orgánica al no estar así establecido expresamente y no afectar esta regu-

lación a derechos fundamentales de la persona; tampoco puede afirmarse que se infrinja el art. 49 del Texto Constitucional en cuanto el mismo enumera uno de los principios rectores de la política social que ha de presidir la actuación de los poderes públicos y traducirse en las pertinentes disposiciones legales, a las cuales ha de adaptarse el amparo para el disfrute de los derechos que el Título I otorga a todos los ciudadanos.

IV. PATRIA POTESTAD

1. *Responsabilidad civil de los padres por daños causados por los hijos sujetos a patria potestad.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 12 de mayo de 1999.

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

Responsabilidad civil de los padres de un menor que causó la muerte a una persona al no acreditar que emplearon la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a María B. interpuso demanda de menor cuantía contra doña María G., don Manuel, doña Rosario, don Tomas, doña María Concepción y don Julio solicitando que se dictase sentencia por la que se condenase a los demandados de forma solidaria a pagarle la cantidad de quince millones de pesetas por la muerte de su hermano, más los intereses legales que correspondan y con expresa imposición de costas.
- Los demandados doña María Concepción y don Julio se opusieron a la demanda solicitando su libre absolución. El resto de demandados no formularon escrito de contestación, sino que solicitó la suspensión del procedi-

miento por entender existente una cuestión perjudicial penal. Dicha solicitud fue desestimada por Auto de 29 de enero de 1993 sin que se formulare recurso alguno contra el mismo.

- El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de La Bisbal (Gerona) dictó sentencia estimando parcialmente la demanda condenando a don Julio, doña María Concepción, don Manuel y doña María G. a satisfacer conjunta y solidariamente a la actora la suma de 10.000.000 de ptas. que se incrementarán de acuerdo con el art. 921 de la LEC, absolviendo a don Tomás y doña Rosario de los pedimentos efectuados. Cada parte deberá hacer efectivas las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.
- Interpuesto recurso de apelación por doña María G. y don Manuel, la Sec. 2.^a de la Audiencia Provincial de Gerona dictó Sentencia con fecha 1 de julio de 1994 desestimando el recurso.
- Don Julio y doña María de la Concepción interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Alegan los recurrentes la infracción del art. 1903, párrafos primero, segundo y último, en relación con el art. 1902, ambos del Código civil y su eje argumental es la falta de culpa “in vigilando” por parte de los recurrentes, que no podían prever que su hijo Alberto, al cual sólo le dieron permiso para ir a la piscina, se reuniese con los otros menores, cuyos padres también han sido condenados, y disparase una escopeta de aire comprimido, cuando nunca la ha tenido y no sabía siquiera cargarla.

El motivo lo desestima el Tribunal Supremo con el siguiente fundamento: El menor Alberto, de trece años de edad en el momento de la acción que causó la muerte al hermano de la actora, reveló unas escasas, por no decir nulas, condiciones para la convivencia social. La sentencia da como probados hechos de los que se infiere sin lugar a dudas. Dice al efecto: “...no estamos ante un suceso imprevisible y cuyo resultado no fue querido por el autor del disparo y al respecto destacan las declaraciones de los menores ante el Juzgado de Menores de Gerona, atribuyendo a Alberto las siguientes fra-

ses: “voy a cargarme al hombre”, “voy a matar al hombre” (folio 201 y 202). De ello se colige, que no es caso fortuito el hecho de tirar con una escopeta de balines hacia una persona a la que se le causó la muerte por un disparo; “En el caso, concurre una evidente imputabilidad como autor material de la muerte en el hijo de los recurrentes, el cual, efectuando el disparo huyó del lugar, sin pedir ninguna clase de auxilio, según el testimonio librado por el Juzgado de Menores de esta Capital”.

Así las cosas, es manifiesto que los padres han de probar, por imperativo del art. 1903, párrafo último, que emplearon la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. Los recurrentes no han vigilado a su hijo, nada prueban en tal sentido, salvo que le dieron permiso para ir a la piscina, y que lo educaron bien (lo cual casa mal con la narración de la sentencia recurrida). Ante la absoluta carencia de la prueba en contrario a su responsabilidad, impuesta por el art. 1903 CC, es obvio que vagaba libremente, a su aire, y en ese vagar ocurrió el desdichado suceso que acabó con la vida

de una persona sin que se le pudiese prestar el más elemental auxilio. Fuese o viniese de la piscina, una vigilancia somera sobre sus pasos hubiera sido necesario.

Respecto a la cuantificación del daño moral, sostienen los recurrentes que no guarda relación con los presupuestos que se han tenido en cuenta para ello, como la minusvalía física de aquella y necesidad de valerse de otra persona, pues ya fueron indemnizados judicialmente como consecuencia del accidente que sufrió con anterioridad a este pleito. El motivo se desestima, pues la indemnización se le ha otorgado a la actora por daño moral exclusivamente, no por las repercusiones patrimoniales que la muerte

de su hermano podía causarle en su situación. Si con éste era el que convivía, remediándose así su situación de soledad y disminuciones físicas, es claro que su fallecimiento la ha sumido en otra situación opuesta y peor vitalmente, que ha de ser compensada en lo posible. Que la sentencia recurrida diga que el hermano guardaba y labraba las tierras que ella poseía después de haber calificado la indemnización como suma compensatoria por daño moral, no es más que una escueta descripción de auxilio que el fallecido le prestaba derivado de la convivencia y de la atención a sus necesidades por su limitación física de movimientos, no como concepto integrante de la indemnización.

V. SUCESIONES

1. *Inexistencia de simulación en la donación de un inmueble.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a Sentencia de 6 de marzo de 1999.

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.

No existe simulación en la donación efectuada por una abuela a favor de uno de sus nietos respecto a un inmueble que se encontraba arrendado, sin que sea obstáculo para tal conclusión que posteriormente el nieto instase la resolución de contrato de arrendamiento por causa de necesidad.

ANÁLISIS DEL CASO

- Desde el año 1947, a virtud del correspondiente contrato de arrendamiento, don José Luis viene siendo arrendatario del piso sito en Pasaje José Maluquer, de Barcelona. A partir del año 1979, a virtud de sucesión hereditaria, el referido piso pasa a ser propiedad de doña Sofía.

- Mediante escritura pública de fecha 4 de diciembre de 1990 doña Sofía donó, pura y simplemente, el referido piso a su nieto don Pablo.
- Mediante carta de fecha 26 de febrero de 1991, remitida por conducto notarial, el donatario don Pablo participó al arrendatario don José Luis la referida donación, al mismo tiempo que le denegó la prórroga en el arrendamiento del piso, por causa de necesidad, para ocuparlo personalmente, por razón de su proyectado matrimonio.
- D. José Luis formuló demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra doña Sofía y contra su nieto don Pablo solicitando que se declare la nulidad por simulación del contrato de donación.
- El Juzgado de Primera Instancia núm. 41 de Barcelona dictó sentencia el 30 de noviembre de 1992 desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sala Sec. 15.^a de la AP de Barcelona el 29 de marzo de 1994 dictó sentencia confirmando íntegramente la dictada por el Juzgado.
- D. José Luis interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La base del recurso está indudablemente en el derecho que la legislación arrendaticia concede al arrendatario de vivienda para ejercitar el derecho de tanteo y retracto, en los supuestos de transmisión de los pisos a título oneroso. Por ello, sostiene el recurrente que el contrato de donación es un contrato simulado, puesto que encubre una transmisión onerosa.

Es consolidada y uniforme doctrina de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo (Sentencias de 9 de junio de 1990, 28 de febrero y 24 de junio de 1991, 29 de enero de 1992, 24 de junio y 20 de julio de 1993, 16 de mayo y 3 de junio de 1995, por citar algunas de las más recientes) la de que la apreciación de la existencia o no de simulación contractual (absoluta o relativa), en cuanto integrante de una cuestión de hecho, es de la exclusiva incumbencia de los juzgadores de la instancia, cuya apreciación probatoria ha de ser mantenida en casación en tanto la misma no

sea desvirtuada por medio impugnatorio adecuado para ello, y en el presente supuesto litigioso no se ha producido la desvirtuación de la conclusión probatoria obtenida por la sentencia recurrida (inexistencia de simulación contractual), ya que el único hecho que aparece probado («hecho-base»), es el de que los recibos de las rentas del alquiler (en los que no se especifica el nombre del arrendador) se siguen cobrando a través de la misma Agencia de Administración de Fincas que cuando la donante era propietaria del piso litigioso, y dicho único hecho-base, por sí solo, no es suficiente para poder obtener del mismo, según las reglas del criterio humano, que son las de la estricta lógica, la trascendente conclusión de la existencia de una simulación contractual (absoluta o relativa).

En contra de lo que afirma el recurrente no aparece probado, no ya que la donante continúe en el uso y disfrute del piso dona-

do (a través de una posesión mediata del mismo, suponemos querrá decir, pues su posesión inmediata la sigue teniendo el propio arrendatario, aquí recurrente), sino ni siquiera que las rentas las siga percibiendo la donante, pues lo único que resulta acreditado en el proceso es que los recibos de las rentas (en los que no se especifica el nombre del arrendador) se siguen cobrando

a través de la misma Agencia de Administración de Fincas que cuando la donante era propietaria del piso, pero no aparece probado en el proceso, ni siquiera indiciariamente, que la referida Agencia de cobranza entregue los importes de las respectivas rentas a la donante (antigua propietaria del piso) y no al donatario (propietario actual del mismo).

2. *Donación modal: revocación por incumplimiento de la donataria.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 6 de abril de 1999.

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

La revocación no es la única facultad que confiere el incumplimiento de las donaciones modales, ya que también cabe la posibilidad de exigir simplemente el cumplimiento o sus equivalentes indemnizatorios.

ANÁLISIS DEL CASO

- Marcelino y D.ª María donaron a su hija D.ª Mercedes la nuda propiedad de determinados bienes inmuebles, gravada con la obligación impuesta y aceptada por la donataria de convivir, con sus padres los donantes, «asistiéndoles y cuidándoles», entre otros extremos. Ante el incumplimiento de dicha obligación los donantes pidieron judicialmente la revocación de la donación; la demanda fue desestimada al acogerse la excepción de prescripción de la acción revocatoria.
- D. Marcelino y D.ª María interpusieron juicio de menor cuantía contra su hija Mercedes sobre exigencia del cumplimiento de obligaciones solicitando que se dicte sentencia condenando a la demandada a pagar por vía de resarcimiento a los demandantes la cantidad de nueve millones quinientas noventa y dos mil pesetas, o en su defecto, la que ponderadamente considerase más adecuada el Juzgado, y sin perjuicio de la facultad de la demandada para retornar al cumplimiento posterior de su obligación de donataria afectada por prestaciones compensatorias en favor de los demandantes, condenando también al pago de las costas procesales.

- El Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Vitoria dictó sentencia el 19 de abril de 1994 estimando la demanda y condenando a D.^ª Mercedes a que abone a los actores la suma de 9.592.000 ptas., más intereses legales y costas del pleito.
- D.^ª Mercedes interpuso recurso de apelación y la Sec. 1.^ª de la AP de Vitoria dictó sentencia el 24 de julio de 1994 estimando el recurso, revocó la sentencia y desestimó la demanda íntegramente, imponiendo a los actores las costas de la primera instancia y sin hacer especial declaración sobre las causadas con la apelación. La sentencia recurrida ha estimado la excepción de cosa juzgada, por entender que entre este último asunto judicial y el primero reseñado concurren las identidades de cosas, causas, personas de los litigantes y calidad con que lo fueron que exige el artículo 1252 del Código Civil.
- D. Marcelino interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que condena a la demandada al pago de la cantidad que se reclamaba.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Desestimada la demanda en la que pretendían la revocación de la donación efectuada a su hija, los padres reclaman, ahora, en nuevo pleito, el cumplimiento del contrato pactado, en lo que concierne a la obligación de la donataria, con resarcimiento de los daños y perjuicios producidos. Lógicamente el recurso se encamina a destruir la legitimidad de la «cosa juzgada» estimada, mediante la invocación (artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) de la infracción del artículo 1252 del Código Civil.

a) Excepción de cosa juzgada.

Como establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1997, «la concurrencia de las identidades de referencia, ha de apreciarse estableciendo un juicio comparativo entre la sentencia precedente y las pretensiones del posterior proceso, pues de la paridad entre los dos litigios es de donde ha de inferirse la relación jurídica controvertida, interpretada, si es preciso, con los hechos y fundamentos que sirvieron de base

a la petición, y requiriéndose, para apreciar la situación de cosa juzgada, una semejanza real que produzca contradicción evidente entre lo que se resolvió y lo que de nuevo se pretende». En el caso (también como en el supuesto que estudia la anterior sentencia) «la dificultad en el ámbito comparativo se centra en la identidad causal». Argumenta la sentencia recurrida que «la causa de pedir resulta ser la misma en el precedente juicio, dado que se funda en el incumplimiento de la condición impuesta en la escritura de donación, lo que no puede enmascararse a base de ejercitar una acción distinta, con consecuencias también distintas, cuando precisamente ésta resulta incompatible con la anterior al versar sobre los mismos hechos y fundamentos en la pretensión». Así mismo sostiene que la donación ha de calificarse como modal, «lo que le confiere una naturaleza estrictamente unilateral con causa en la pura liberalidad del donante, de ahí que sea de todo punto inadmisibles la alegación que pretende situar el régimen del contrato en el ámbito de los bilaterales o recíprocos y con

ello argumentar la existencia de la acción resolutoria del artículo 1214 del Código Civil o indemnizatoria conforme al artículo 1101 del mismo. Con ello el modo impuesto en la donación, condición en sentido vulgar, no se puede calificar de obligación en su sentido jurídico, amparada en la correspondiente acción para exigir su cumplimiento, por cuanto, siendo personalísima, la sanción de incumplimiento se encuentra en la facultad revocatoria, no en la resolutoria o indemnizatoria, inherente al contrato unilateral de donación, pues la condición no es realmente una obligación asumida por el donatario como contraprestación, sino un simple modo, deseo o voluntad del donante. En nuestro Derecho no existe una acción del donante dirigida a obtener de los Tribunales una sentencia en que se condene al donatario al cumplimiento del modo, la sanción al incumplimiento del modo o gravamen se logra indirectamente mediante la acción de revocación, artículos 647.1.º y 651.2.º del Código Civil. Remedio más gravoso de lo que sería para el donatario una sentencia que le condenara al cumplimiento del modo o a una indemnización equivalente, ello en razón de que si la atribución patrimonial quedara subordinada al cumplimiento de la obligación no se trataría de modo sino de condición suspensiva. Así que la acción revocatoria y resolutoria o indemnizatoria se presentan incompatibles, de tal suerte que la procedencia de la primera hace inviable las otras».

Esta Sala de casación entiende que de los razonamientos antes expuestos se infiere un «error in iudicando» que condiciona las conclusiones a que se llega. En efecto, la sentencia recurrida asimila la noción de modo, según explica, a la expresión de un deseo o voluntad del donante que carece de sanción directa, de manera que el incumplimiento del modo únicamente puede dar lugar a la acción de revocación (artículos 647.1.º y 651.2.º). Parte, con ello, el órgano «a quo» de un concepto peculiar de la donación modal que parece referirse al primer

inciso del artículo 619 del Código Civil (cuando la razón de la donación se halla en los méritos del donatario o en los servicios prestados al donante «siempre que no constituyan deudas exigibles»). Precisamente, como pone de relieve la doctrina las descritas donaciones remuneratorias, en las que el «animus donandi» aparece imperado por un móvil recompensatorio, no permiten, por definición de lo que son servicios prestados o méritos contraídos, que éstos sean exigibles jurídicamente. La verdadera y propia donación modal es aquella, como la que corresponde al caso que se examina, en la que se impone al beneficiario el cumplimiento de una obligación, como determinación accesoria de la voluntad del donante. Aunque esta obligación no muta la naturaleza del contrato de donación de bienes transformándolo en contrato bilateral, sinalagmático y oneroso, puesto que el gravamen tiene que ser inferior al valor de lo donado, el cumplimiento de la prestación, en que consiste el gravamen, es exigible y, desde luego, el cumplimiento no queda al arbitrio del donatario.

Desde la precedente perspectiva, lo que hay que plantearse, por tanto, es, sin duda, dada la exigibilidad de la «carga» o «modo», si el ejercicio de la acción revocatoria y su extinción, como consecuencia de haberse alcanzado «cosa juzgada», suponía, al mismo tiempo, imposibilidad de nuevos planteamientos judiciales basados en el incumplimiento del gravamen. En efecto, la facultad de revocación de la donación, contemplada por el artículo 647 del Código Civil, se apoya en el incumplimiento de la «carga», de manera que si la sentencia que sirve de punto de comparación hubiera declarado que las referidas cargas se habían cumplido y, por ello, no procedía la revocación, difícilmente, cabría plantear otra pretensión distinta de la revocatoria, basada en el hecho del incumplimiento. Mas, en el caso, la cosa juzgada se sustenta en la apreciación de un hecho excluyente del derecho a la revocación, tal cual el transcurso del

tiempo, exigido para la prescripción, que impide su ejercicio, pero que deja imprejuizado el hecho del incumplimiento. Así pues, el «thema decidendi» y las consecuencias jurídicas que se pretenden en el nuevo proceso no están afectados por la sentencia anterior.

b) Incumplimiento de las obligaciones que conllevan las donaciones modales.

No puede desconocerse que la revocación no es la única facultad que confiere el incumplimiento de las donaciones modales. También, el incumplimiento genera la posibilidad de exigir simplemente el cumplimiento o sus equivalentes indemnizatorios, según ya reconoció una Sentencia de esta Sala de 19 de enero de 1901 y, según se desprende de la aplicabilidad del artículo 1101 del Código Civil, en relación con los artículos 621 y 622 del reseñado «Cuerpo Legal». La opción que la aplicación de este criterio concede significa que ejercitada la acción de revocación por incumplimiento si ésta se desestima porque se entiende que no hay incumplimiento, ya no es posible acudir a la otra vía. Pero si ejercitada aquella, la sentencia deja imprejuizada la cuestión del cumplimiento, es perfectamente posible acudir a la acción de cumplimiento, si aquella otra ha prescrito. No es aplicable, en este sentido, la doctrina que emana de las Sentencias de esta Sala de 30 de julio de 1996 y 6 de junio de 1998, entre otras, pues los pedimentos de ésta, ni pudieron deducirse al ejercitar la acción anterior ya que eran incompatibles (revocación por incumplimien-

to y exigencia al tiempo del cumplimiento), ni, por ello, se intentan suplir o subsanar errores alegatorios o de prueba, acaecidos en el primero, ni, en consecuencia, pueden estimarse implícitamente solventadas las pretensiones del nuevo asunto, por hallarse comprendidas en el «thema decidendi». En verdad, que la doctrina jurisprudencial aplicable es la que contiene la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1984, también referente a un supuesto de donación, que mantiene que «para que la alteración de la “causa petendi” se produzca no es necesario siempre un hecho distinto como base de la demanda, sino que es suficiente que aun basándose la segunda acción en el mismo hecho que la anterior (en este caso la realización de una donación de bienes inmuebles) el motivo legal en que la acción se funde sea distinto, en el supuesto debatido, en el primer caso el fundamento legal de la acción consistió en los artículos 634 y 636 del Código Civil (nulidad de la donación por inoficiosidad o excesividad de la misma), y en el segundo, nulidad basada en no haber tenido lugar oportunamente la aceptación de alguno de los donatarios (artículos 623 y 633 del mismo Código); no significa ello que el primer pleito, en que se desestimó la demanda por considerar inoficiosa la donación, carezca en absoluto de efectos en el segundo, sino que únicamente puede servir en el fallado para partir en el segundo de su existencia pero sin tener virtualidad suficiente para enervar el entrar a conocer sobre el fondo en el segundo, puesto que la motivación legal de uno y otro fueron completamente distintas». Por razón de todo lo razonado se acoge el motivo.

VI. PENAL

1. *Responsabilidad civil subsidiaria de la Administración respecto a menor declarado en desamparo.*

Tribunal Supremo, Sala 2.^a, Sentencia de 26 de marzo de 1999.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Jiménez Villarejo.

Responsabilidad civil subsidiaria de la entidad pública que, como consecuencia de la declaración de desamparo, tenía asumida la tutela de menor que cometió el delito, al haber incumplido los deberes de guarda.

ANÁLISIS DEL CASO

- El día 3 de octubre de 1995 la Consejería de Salud, Consumo y Bienestar Social de la Comunidad Autónoma de La Rioja dictó resolución declarando el desamparo y asumiendo la tutela automática del menor Jesús, ratificando el ingreso del mismo en el Psicohogar de la localidad de Autol (La Rioja), acordándose posteriormente, el 31 de octubre, el traslado del acusado al Centro «Ciudad Escolar de los Muchachos» sito en la localidad de Leganés (Madrid), constando que el siguiente día 4 de noviembre, cuando personalmente se le comunicó, en la propia Dirección General, la decisión de traslado, el menor manifestó su voluntad de no consentir ser trasladado y reingresado en el centro referido y que deseaba permanecer en el domicilio de su abuela materna, constando en el expediente administrativo que ya desde octubre de 1995 el menor protagonizó varias fugas del inicial piso-hogar de Autol, fugas que reiteró posteriormente cuando fue ingresado en la Residencia I., destinada al tratamiento de jóvenes de su conflictividad hasta el 3 de septiembre de 1996 en que se le trasladó al citado Centro de Leganés, del que volvió a fugarse, originando su búsqueda y comparecencia, acompañado de la policía que lo había localizado el ya citado día 4 de noviembre. A pesar de ello, el ente comunitario bajo cuya tutela se encontraba el menor no llevó a cabo la ejecución del ingreso de su tutelado, limitándose a dirigir al Sr. Fiscal Jefe del TSJ de la Rioja un escrito de igual fecha, 4 de noviembre, comunicándole que el menor se negaba a ingresar en el establecimiento educativo, permaneciendo el menor sin control alguno.

- El menor Jesús, acompañado de un amigo menor de edad de 16 años, decidió sobre las 23.30 h del día 18 de noviembre de 1996 apoderarse ilícitamente de unas prendas del establecimiento “C. S.”, dedicado a la venta de prendas deportivas y con el fin de lograr su propósito, propició una patada al panel de aluminio de la puerta abriendo un hueco de 20 × 30 cm de diámetro por donde se introdujo su compañero, dada su menor complexión física, y, en tanto el acusado permanecía fuera vigilando, el menor procedió a apoderarse de diversas prendas, como una visera, tres prendas-polo y dos chándal, las cuales se repartieron posteriormente quedándose el acusado con un polo y un chándal, vendiendo el primero por 2.000 ptas. y siendo recuperadas el resto de las prendas, al ser detenidos ambos; los daños causados en el establecimiento se han valorado en 22.500 ptas. y el polo vendido por el acusado estaba valorado en 6.000 ptas., cantidades ambas a las que no ha renunciado y reclama la propiedad del establecimiento.
- El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Logroño incoó diligencias previas, después convertidas en procedimiento abreviado en el que la Audiencia Provincial de Logroño, tras celebrar juicio oral y público, dictó sentencia el 24 de febrero de 1998, por la que condenó a Jesús como autor responsable de un delito de robo con fuerza en las cosas, concurriendo la atenuante de edad juvenil, a la pena de seis meses de prisión, y a indemnizar a María del Carmen en 28.500 ptas., declarándose la responsabilidad civil subsidiaria de la Consejería de Salud, Consumo y Bienestar Social de la Comunidad Autónoma de La Rioja.
- El Abogado del Gobierno de La Rioja interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El abogado del Gobierno de La Rioja entiende vulnerado el art. 121 del Código Penal, ya que se ha condenado a la entidad autónoma como responsable civil subsidiario cuando no concurren los requisitos que este artículo establece para que proceda dicha condena.

En el Derecho penal de una sociedad inspirada por los principios de la ética humanista es lógico que el delito no despierte sólo una reacción punitiva sino también la preocupación por la víctima. Y en un Estado de Derecho que, a su condición de democrático, incorpora la de social es legítima la

tendencia a que el remedio de los efectos, a veces devastadores, de la criminalidad, sea definido como incumbencia de la Administración pública en la medida en que el delito es, al menos en parte, producto de disfunciones y contradicciones sociales a las que aquélla no ha podido o sabido hacer frente. Ahora bien, siempre que se carga en la cuenta de la Administración la indemnización de los daños ocasionados por el delito, se lleva a cabo un reparto entre todos los ciudadanos de una deuda que, en principio, tiene un primer y más directo responsable, es decir, se impone a todos una no previsible

obligación de resarcimiento que, si bien puede tener su fundamento en razones indiscutibles de justicia social, necesita contar con el respaldo inequívoco de un mandato legal porque sólo en la ley se expresa la voluntad general que puede decidir el establecimiento de aquella obligación. En consecuencia, ante un recurso de casación como el que ahora es objeto de nuestra respuesta, en cuyo único motivo, apoyado por el MF, se impugna una sentencia en que ha sido condenada la Administración Pública como responsable civil subsidiaria de los daños producidos por un delito no cometido por funcionarios o agentes de la misma, se hace necesaria una búsqueda especialmente rigurosa de la norma legal en que el aplicador del derecho pueda haber basado su pronunciamiento. Bien entendido que, en este caso, el principio «iura novit curia» debe permitir a esta Sala ir más allá, en sus consideraciones jurídicas, de los límites impuestos por las normas que han sido invocadas tanto en la sentencia recurrida como en los escritos en que se han expresado las pretensiones de las partes. Recordemos que en el único motivo del recurso la entidad recurrente ha denunciado la indebida aplicación, por el Tribunal de instancia, del art. 121 CP en relación con el art. 145 de la L. 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, habiendo sido apoyado el motivo por el MF aunque con la salvedad de que el precepto mencionado en segundo lugar no impediría la condena de la entidad recurrente.

La responsabilidad civil subsidiaria derivada de un delito cometido por persona que no esté exenta de responsabilidad criminal se encuentra regulada en los arts. 120 y 121 CP 1995. La del Estado, Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás Entes Públicos está específicamente regulada en el art. 121 que les impone la obligación de responder subsidiariamente «de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culpables cuando éstos sean autoridad, agentes y

contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo». Basta una atenta lectura de este precepto para rechazar que el mismo pueda ser base legal para una condena de la Comunidad Autónoma recurrente como responsable civil subsidiaria en defecto del condenado en la sentencia recurrida como criminalmente responsable, puesto que éste no es autoridad, funcionario, agente o contratado de la citada Comunidad Autónoma. El art. 121 CP, por la naturaleza civil de su contenido, permite sin duda que se haga de él una interpretación extensiva e incluso analógica que no sería admisible en una norma penal. Esta Sala, sin embargo, no aprecia relación de analogía alguna entre la situación creada para la Administración por el delito cometido por un empleado de la misma y la creada por el delito cometido por un particular. Ni los viejos principios de culpa “in vigilando” o culpa “in eligendo”, ni la moderna teoría de la creación del riesgo, ampliamente utilizada por la jurisprudencia, permiten extender a la Administración en razón de los delitos cometidos por los particulares, una responsabilidad civil subsidiaria establecida por la ley en consideración a la especial relación que se articula entre la Administración y quienes trabajan en ella o para ella. Una relación que arranca de una inicial selección del personal, se concreta en un vínculo de supraordinación y subordinación, redundando en provecho o beneficio de la Administración y eventualmente suscita situaciones de riesgo objetivo, rasgos que no guardan semejanza con los que son propios de la relación genérica que existe entre la Administración y el ciudadano. Naturalmente la Administración debe responder, por expreso mandato del art. 106.2 CE, de los daños y perjuicios derivados del funcionamiento

normal o anormal de los servicios públicos, no sólo cuando en el curso de ese funcionamiento se haya producido una conducta delictiva de uno de sus empleados sino en cualquier caso que no fuese de fuerza mayor, pero del art. 121 CP se desprende con toda claridad que cuando el daño sobrevenido con motivo del funcionamiento de un servicio público no es consecuencia de un hecho de que deba responder criminalmente una autoridad, funcionario, agente o contratado de la Administración, la responsabilidad patrimonial de ésta habrá de ser exigida de acuerdo con las normas de procedimiento administrativo, esto es conforme a las disposiciones del Título X de la L. 30/1992, de 26 de noviembre. Descartado, pues, que la responsabilidad civil subsidiaria declarada en la sentencia recurrida pueda tener apoyo en el art. 121 CP, veamos si lo tiene en el art. 120 o en el segundo párrafo del art. 22 CP 1973, norma esta última que sigue en vigor a tenor de lo dispuesto en el apartado 1.a) de la disposición derogatoria única CP 1995.

Tampoco el segundo párrafo del art. 22 CP 1973 puede servir de fundamento a la declaración de responsabilidad civil subsidiaria acordada por el Tribunal de instancia. El autor del delito declarado penalmente responsable no estaba, cuando cometió la infracción, sometido al control o vigilancia del profesorado de un centro docente del que fuese titular un departamento u Organismo de la Comunidad Autónoma recurrente y en el que el primero desarrollase actividades escolares o de cualquier otro tipo. En realidad no estaba en centro docente alguno, toda vez que, habiendo sido decidido dos meses antes de la producción del hecho enjuiciado el ingreso del acusado en la «Ciudad Escolar de los Muchachos» situada en Leganés (Madrid) por la Consejería de Salud, Consumo y Bienestar Social de la mencionada Comunidad Autónoma, en el ejercicio de la función de tutela que había asumido sobre el acusado ante la situación de desamparo que padecía, el mismo se había fugado de dicha Ciudad Escolar 14 días antes de cometer el hecho, de suerte que

cuando lo realizó no estaba sometido a control o vigilancia del profesorado de ningún centro y, por supuesto, de ningún centro del que fuese titular un organismo de la CA de La Rioja. Innecesario es decir que la relación jurídica que crea la asunción de funciones tutelares por un ente público no puede, en modo alguno, ser confundida con la relación de vigilancia y cuidado directos que se establece entre un centro docente de enseñanza no superior y el alumno que en el mismo cumple actividades escolares o extraescolares, por lo que la responsabilidad civil subsidiaria que nace, “ex” art. 22.2 CP 1973, para las personas o entidades que sean titulares de un centro docente del citado nivel, por los delitos o faltas en que incurriesen los alumnos menores de 18 años, no puede ser extendida a las personas o entidades que tengan atribuida la función tutelar sobre los mismos “ex” art. 172.1 CC. La responsabilidad civil subsidiaria que eventualmente puedan contraer tales personas o entidades tendrá que nacer, en su caso, en otra norma jurídica.

El art. 120.1 CP vigente dispone que son responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente, «los padres o tutores por los daños y perjuicios causados por los delitos o faltas cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia». Varias consideraciones son oportunas a propósito de esta norma a la hora de resolver el tema sometido a nuestra censura casacional. En primer lugar, es claro que la referencia a los mayores de dieciocho años debe ser interpretada en este momento a la luz de la suspensión de la vigencia del art. 19 CP establecida en la 7.^a disposición final del mismo, lo que quiere decir que, por ahora, el art. 120.1 CP se refiere también a los que, como el condenado en la sentencia recurrida, tienen más de dieciséis años y menos de 18. En segundo lugar, hay que señalar que, si bien las exigencias establecidas en el precepto, para que nazca la responsabilidad civil “ex delicto”

de los padres o tutores —es decir, que los causantes de los daños o perjuicios vivan en compañía de aquéllos y que haya existido por su parte culpa o negligencia— parecen recibir, a primera vista, su sentido del hecho de que los delitos o faltas fueren cometidos por mayores de edad, puesto que se parte del supuesto de que la mayoría de edad penal coincidirá con la civil, debe tenerse muy en cuenta la congruencia que existe entre el art. 120.1 y la regla 1.^a del art. 118 CP. También en dicha regla se exige, para que surja la responsabilidad civil subsidiaria de los que tengan bajo su patria potestad o guarda legal o de hecho a los menores exentos de responsabilidad criminal que hubieren incurrido en delito o falta, que haya mediado por parte de los primeros culpa o negligencia. Quiere esto decir, por cierto, que la responsabilidad civil subsidiaria “ex delicto” no responde exactamente a los mismos principios que la responsabilidad civil extracontractual regulada en el art. 1903 CC. En este artículo, tras ser enumeradas las personas y entidades que deben responder de los daños ocasionados por quienes dependen de ellos en razón de alguno de los vínculos expresamente previstos, se dice: «la responsabilidad civil de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño», lo que claramente significa objetivizar la responsabilidad civil desplazando la carga de la prueba sobre las personas de las que dicha responsabilidad se cuestiona. Por el contrario, tanto el art. 118.1 como el art. 120.1 CP —“lex posterior” con respecto al CC— exigen que haya mediado culpa o negligencia en quienes hayan de responder civilmente, lo que sólo puede ser interpretado en el sentido de que la culpa o negligencia tiene que ser probada.

A la vista de lo que hemos razonado, veamos ya si se puede fundar la responsabilidad civil subsidiaria de la Comunidad Autónoma recurrente en el art. 120.1 CP. La Consejería de Salud, Consumo y Bienestar Social del Gobierno de La Rioja, por Resolución

de 3 de octubre de 1995, declaró el desamparo del condenado en la sentencia recurrida, que a la sazón aún no había cumplido los quince años, por lo que a partir de esa fecha asumió su tutela y, con ella, la obligación de adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda de acuerdo con lo previsto en el art. 172.1 CC. Dichas medidas, entre las que se encuentran las encaminadas a la consecución de dos finalidades enunciadas en el art. 269.2 y 3 CC, esto es, las de educar al menor y procurarle una formación integral, así como promover su mejor inserción en la sociedad, no parece que fueran adoptadas en modo suficiente por la mencionada Consejería. No se trata de imputarle a dicho organismo el fracaso en la educación del condenado, puesto que el éxito o el fracaso de todo esfuerzo educativo es siempre un resultado aleatorio. Lo que cabe reprocharle es no haber hecho frente con la debida diligencia, una vez asumida por la misma la tutela, a la regresión y conflictividad que presentaba la conducta del sentenciado tras el cese de la medida judicial que le había sido impuesta por el juez de menores cuando aún no había sido declarado su desamparo. Según se deduce de la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida —y del contenido de los autos que esta Sala ha examinado en el ejercicio de la facultad que le concede el art. 849 LECrim— durante los catorce meses que transcurrieron entre la declaración de desamparo del acusado y la comisión del delito por el que ha sido condenado, estuvo éste en varios centros de protección de los que sistemáticamente se fugaba, sin que fuese posible retenerlo en ellos por la propia naturaleza de dichos centros y la índole meramente protectora de la función en cuyo desempeño se acordaba su ingreso. Si se hubiese tenido en cuenta que el sentenciado necesitaba una atención y un control más cercanos, que su conducta era cada vez más peligrosa para sí mismo y para los demás, puesto que frecuentemente era detenido por delitos contra la propiedad, y que el ambiente que claramente exigían las características de su personalidad era uno en

que la autoridad y normas de régimen interior hubiesen compensado sus escasos mecanismos de autocontrol y de responsabilidad, el organismo tutelar, que lógicamente no podía cumplir la condición legal de la convivencia con el tutelado, sí hubiese podido sustituir la inserción voluntaria del mismo en centros de protección, cuya inoperancia constantemente se ponía de manifiesto, por su puesta a disposición del juez de Menores para que el mismo pudiese acordar de nuevo su internamiento en un centro de reforma. Permitir que, a lo largo de más de un año, el que entonces era todavía menor de dieciséis años llevase una vida errática, de marginación, fugas y conducta delictiva, llegando a consentirse pasivamente, tras la

última fuga, el anuncio de que no pensaba ingresar en ningún otro establecimiento, no puede decirse que representase el puntual cumplimiento de los deberes de guarda que incumbían al organismo que tenía su tutela por ministerio de la ley, por más que sus agentes o funcionarios no dejaran de comunicar la situación a la Policía o a la Fiscalía. En la observancia de tales deberes cabe advertir un cierto nivel de negligencia que guarda con el delito cometido una relación de causa/efecto, lo que autorizaba al Tribunal de instancia a condenar a la Consejería tantas veces mencionada como responsable civil subsidiaria de los daños producidos, por lo que procede desestimar el único motivo de casación que se articula en el recurso.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

I. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

TSJ de Aragón, Sentencia de 26 de febrero de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Serrano Bonafonte.

No existe falta de jurisdicción o de competencia cuando un juzgado de 1.ª Instancia conoce del procedimiento declarativo para liquidar la sociedad conyugal aunque la sentencia de separación se dictase por otro juzgado distinto. Imposibilidad de reducir el valor del inmueble en base a la atribución del uso de la vivienda que se efectuó en el procedimiento matrimonial ya que ello no suponía la creación en su favor de un derecho de usufructo.

ANÁLISIS DEL CASO

- En el Juzgado de Familia núm. 5 de los de Zaragoza se siguieron autos de separación conyugal promovidos por don Mariano contra doña M.^a Antonia dictándose sentencia el 23 de noviembre de 1989 estimatoria de la demanda, con los consiguientes efectos, señaladamente el de la disolución del régimen económico matrimonial «cuya liquidación se llevará a cabo en trámite de ejecución de Sentencia si fuera solicitada por las partes». Apelada la Sentencia por la esposa fue revocada en parte por la Audiencia Provincial que declaró que la separación procedía al amparo de la causa primera del art. 82 del Código Civil —violación del deber conyugal de ayuda—, manteniendo los demás pronunciamientos que contenía el fallo recurrido.
- D. Mariano solicitó la ejecución de la sentencia a fin de que se practicara la liquidación de la sociedad conyugal que había existido entre las partes, interesando señalamiento de día y hora para la formalización de inventario y la convocatoria posterior de junta para la designación de contador-partidor.

Celebrada la comparecencia de inventario, se convocó a las partes para el nombramiento de uno o más contadores-partidores que practicaran las operaciones divisorias, designándose por la parte ejecutante contador-partidor y manifestando el esposo que «al no estar conforme con el inventario formulado, entiende que resulta inoperante nombrar contador-partidor del mismo, puesto que cualquier operación particional que realizase contaría con la oposición de esta parte, que habría de ventilarse en el juicio declarativo correspondiente. Que por ello y por economía procesal no desea nombrar contador-partidor alguno», insistiendo dicha parte ejecutada en que «a tenor de lo que señalan los arts. 1083 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y más concretamente el 1088, no habiendo conformidad se dará al asunto la tramitación del juicio ordinario que corresponda». La parte ejecutante manifestó que la postura de la ejecutada no podía impedir la práctica de las operaciones particionales, y no suponía otra cosa que la pérdida de su derecho a designar contador-partidor.

- Mediante providencia de fecha 11 de junio de 1991 se tuvo al esposo por conforme con el contador-partidor designado por la parte contraria, acordando la entrega de las actuaciones al designado para efectuar las operaciones divisorias pertinentes. Presentado el Cuaderno particional el esposo mostró su total oposición y ante la imposibilidad de llegar a ningún acuerdo se dejó a las partes en libertad para que pudieran acudir al declarativo que por la cuantía correspondiera.
- D.^ª M.^ª Antonia formuló demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra su esposo D. Mariano en la que solicitaba que se declarase que las operaciones particionales practicadas por el contador-partidor en la pieza separada del juicio de separación conyugal debían ser aprobadas y constituir las adjudicaciones de la partición de los bienes de la sociedad conyugal de los litigantes.
- D. Mariano contestó la demanda, proponiendo excepciones de falta de competencia del Juzgado para conocer de la demanda entablada y litispendencia, oponiéndose a la misma para el supuesto de resultar desestimadas dichas excepciones, formulando además reconvencción, solicitando en definitiva que, admitiendo la liquidación y partición de la extinta sociedad de gananciales, se declarara nula y sin valor alguno la escritura de capitulaciones matrimoniales que con fecha 15 de abril de 1983 habían otorgado los litigantes, por cuanto que las valoraciones realizadas con respecto de los bienes aportados por el esposo eran absolutamente ficticias y por cuanto que doña M.^ª Antonia no había aportado la cantidad de 1.500.000 pesetas. Para el supuesto de no admitirse esta petición reconvenccional, interesaba se declarara que los bienes muebles y la maquinaria agrícola a que se referían los capítulos matrimoniales debían de valorarse en proporción al precio asignado en dicha escritura; que el único bien existente —la casa de Zue-

ra— debería de valorarse teniendo en cuenta el precio asignado en la escritura capitular, es decir, en la suma de 1.000.000 de pesetas; que doña M.^a Antonia era deudora de la sociedad de gananciales en la cantidad de 1.500.000 pesetas más los intereses legales desde el 16 de abril de 1983; que debían de incluirse en el activo de la sociedad las cantidades a determinar pericialmente como rendimiento bruto de la explotación agrícola del esposo y como pasivo las cantidades que resulten de los sucesivos préstamos de 2.000.000 de pesetas y de 651.172 pesetas adeudadas al esposo; finalmente solicitaba que el resultado acreedor o deudor de dichas operaciones se distribuyera entre los cónyuges al 50%.

- Con fecha 19 de febrero de 1996 el Juzgado de 1.^a Instancia número Once de Zaragoza dictó Sentencia estimando parcialmente la demanda y estimando parcialmente la reconvenición, fijando definitivamente el inventario de la sociedad, y una vez acreditados en ejecución de sentencia los intereses producidos por el préstamo de 2.000.000 de ptas., concedido al demandado al 12 por 100 anual desde la fecha de 16 de abril de 1988 hasta el momento de su pago; así como los rendimientos de la explotación agrícola desde el momento del matrimonio hasta la práctica del inventario por el Contador-Partidor, utilizando, entre otros elementos de valoración, las declaraciones de la renta de los citados períodos y el informe aportado al escrito de demanda, y suscrito por el esposo, y en su caso los intereses y gastos abonados por los préstamos solicitados para la citada explotación o en beneficio de la sociedad conyugal, con exclusión del préstamo indicado de 2.000.000 de ptas. para el pago de las deudas del esposo con su esposa, una vez acreditado todo ello, se procederá a realizar la liquidación del caudal, su división y adjudicación entre las partes. En materia de costas, cada parte abonará las ocasionadas a su instancia y las comunes por partes iguales.
- En grado de apelación, la Sec. 5.^a de la AP de Zaragoza dictó sentencia el 27 de noviembre de 1996 estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el esposo.
- D. Mariano interpuso recurso de casación que fue desestimado por el TSJ de Aragón.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Competencia objetiva para el conocimiento del procedimiento de liquidación de la sociedad conyugal.

Estima el recurrente que la resolución dictada por la Audiencia Provincial ha incurrido en violación, en su modalidad de ina-

plicación o interpretación errónea, de lo establecido en la disposición final de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, puesto que, a su juicio, el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de los de Zaragoza no es competente para enjuiciar la cuestión de fondo debatida, que

legalmente está atribuida a los Juzgados de Familia.

La disposición final de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que el recurrente considera infringida, modificaba la regulación económica del matrimonio, y ordenaba al Gobierno la creación de los Juzgados de Primera Instancia que fuesen necesarios para que conocieran de forma exclusiva, por vía de reparto, de las actuaciones judiciales previstas en el Título VII del Libro I del Código Civil. En cumplimiento de lo ordenado en dicha Ley el Gobierno, mediante Decreto 1322/1981, de 2 de julio, creó diversos Juzgados de Familia en distintas capitales (dos en Zaragoza), disponiendo que conocerían de forma exclusiva, por vía de reparto, de las actuaciones judiciales previstas en los Títulos IV y VII del Libro I del Código Civil.

Pero ha de tenerse presente que la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, por ser posterior a la Ley antes citada, la deroga en lo que es contradictoria con ella; la citada Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye la potestad jurisdiccional en su artículo 26, entre otros órganos, a los Juzgados de Primera Instancia y no menciona a los Juzgados de Familia porque de acuerdo con su artículo 85.1 estos juzgados «conocerán en el orden civil los juicios que no vengán atribuidos por esta Ley a otros Juzgados y Tribunales»; desaparecen como órganos especiales los «Juzgados de Familia», pero su art. 98.1 prevé la posibilidad de que «el Consejo General del Poder Judicial podrá acordar previo informe de la Sala de Gobierno, que en aquellas circunscripciones donde exista más de un Juzgado de la misma clase, uno o varios de ellos asuman con carácter exclusivo de determinadas clases de asuntos, o de las ejecuciones propias del orden jurisdiccional de que se trate». Los Juzgados de Primera Instancia que tienen atribuido por vía gubernativa el conocimiento especializado de las cuestiones derivadas de los problemas familiares, no tienen una jurisdicción o competencia, distinta, en sentido genérico, que cualquier otro Juzgado de Primera Instancia.

Es evidente que estos Juzgados que tienen atribuida la materia matrimonial pueden ejecutar las sentencias dictadas en los asuntos de los que hubieren conocido (arts. 117.3 de la Constitución y 919 LECiv), pero en los supuestos de disolución del régimen económico matrimonial, en trámite de ejecución, de no existir acuerdo entre las partes en las operaciones particionales, y se siga el trámite del juicio ordinario que por la cuantía corresponda, surgen problemas sobre la atribución del conocimiento de estos juicios con soluciones no unánimes.

Desde esta exposición general, la cuestión que debe ahora examinarse queda sin justificación, pues la solución dada a la tramitación de los autos base de este recurso, por la cual se efectuó el reparto de la cuestión litigiosa, juicio de menor cuantía, a Juzgado distinto a aquel que dictó la sentencia de divorcio y que tenía atribuido el conocimiento de cuestiones matrimoniales entre los de Primera Instancia de esta ciudad, pues no existe falta de jurisdicción o competencia y lo actuado es totalmente válido, no entrando en ninguno de los supuestos de sanción de nulidad que contempla el artículo 238 de la repetida Ley Orgánica del Poder Judicial y en especial, en su número 1.^º, pues no se produce ni existe «manifiesta falta de jurisdicción o competencia efectiva o funcional», en el Juzgado que conoció de la causa por reparto.

Debe tenerse en cuenta, además, que de admitirse la pretensión del recurrente, en un esfuerzo más para impedir la resolución del litigio, se provocaría una falta de tutela judicial efectiva de la parte demandante que intenta desde el año 1989 solucionar los problemas derivados de su separación (acudió al Juzgado que dictó aquella sentencia en solicitud de la disolución de su régimen económico matrimonial y se le dijo que no era el competente para conocer del asunto) que seguirían sin resolverse si ahora se admitiese lo pretendido, con lo que se obligaría a la demandante a ese «peregrinaje» al que con acierto se refiere la sentencia de instancia.

Por el contrario se ha dado satisfacción cumplida a la tutela judicial efectiva del demandado, hoy recurrente, puesto que en este proceso sin habersele irrogado indefensión alguna, se le ha oído, propuso y practicó pruebas en defensa de su derecho y obtuvo una resolución fundada y dictada por órgano judicial con competencia, que versa sobre las pretensiones planteadas en el juicio, aunque en algunos extremos, evidentemente, la resolución no coincide con las pretensiones del recurrente; pero eso es cosa distinta.

2. Simulación contractual en las capitulaciones matrimoniales.

Denuncia el recurrente la violación por interpretación errónea de los arts. 1261, 1276 y 1278 del Código Civil, en relación con los arts. 36, 37 y 38 de la Compilación aragonesa de Derecho Civil «al haber rechazado la existencia de simulación contractual, por parte de la actora-reconvenida, a la hora de realizar las capitulaciones matrimoniales origen de la sociedad consorcial». En esencia lo que se pretende combatir es la aportación por parte de la esposa de la suma de 1.500.000 ptas., que el recurrente viene negando a lo largo del proceso.

La simulación contractual se produce cuando no existe la causa que nominalmente expresa el contrato, por responder éste a otra finalidad jurídica distinta sin que se oponga a la apreciación de la simulación que el contrato haya sido documentado ante fedatario público (SSTS de 23 de septiembre de 1989 y 16 de septiembre de 1991), y la de 30 de septiembre de 1989, también del Alto Tribunal, así como la doctrina científica, enseñan que «el concepto jurisprudencial y científico de simulación contractual que es un vicio de la declaración de voluntad de los negocios jurídicos por el cual ambas partes, de común acuerdo y con el fin de obtener un resultado frente a terceros, que puede ser lícito o ilícito, dan a entender una manifestación de voluntad distinto de su interno querer».

Abstracción hecha de que haya transcurrido el plazo de prescripción para el ejerci-

cio de la acción, como apunta por cierto la sentencia de la Audiencia Provincial, lo que es palmariamente cierto y ha quedado acreditado en las actuaciones, es que los hoy contendientes acordaron con anterioridad a la celebración de su matrimonio, que su voluntad era constituir una comunidad consorcial aportando cada uno de los futuros cónyuges determinados bienes a los que quisieron darles idéntico valor. Si el recurrente no estaba conforme, como ha venido sosteniendo a lo largo del proceso y afirma que no existía causa en el contrato celebrado, debió de haberlo acreditado en su momento, cosa que no hizo y ahora formula el motivo sin respetar los hechos declarados probados en la sentencia, pese a argumentar con absoluta corrección, en el primer párrafo del motivo, el alcance de la reforma operada por la Ley 10/1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, olvidando por tanto que la existencia o no del contrato y la concurrencia o no de sus requisitos esenciales es cuestión fáctica reservada a la instancia que ha de mantenerse en casación, salvo que se impugne por la vía del error en la valoración de la prueba, con cita de la norma infringida. No se ha hecho así.

La Audiencia Provincial consideró probado que la esposa había efectuado la aportación del millón y medio de pesetas que se reflejaban en la escritura cuya nulidad se intenta y frente a tal afirmación no se puede acudir en el recurso al resultado de pruebas de confesión judicial —que por demás no prueba lo que el recurrente pretende— para, a partir de ellas, y por medio de suposiciones y conjeturas, tratar de sustituir por su criterio lo que el juzgador de instancia consideró probado.

Pero es que, además, no puede olvidarse que entre las partes ahora contendientes hubo otro proceso del que conoció el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Zaragoza que dictó Sentencia con fecha 23 de diciembre de 1988, en la que se reconoció la realidad de la aportación dineraria que ahora se le discute a la esposa, resolución que fue recurrida por el aquí impugnante y confirmada

por la Audiencia Provincial mediante Sentencia de 6 de febrero de 1990 (folios 86 y ss.). Quiere ello decir que en este pleito la aportación económica que se le discute a la esposa era cosa juzgada y por lo tanto inamovible e indiscutible.

3. Valoración de la vivienda.

En esta ocasión denuncia el recurrente la interpretación errónea de los arts. 1347.1 y 1362.1, 1362.3 y 1362.4 del Código Civil, en relación con los arts. 36 y 37.1, 37.2 y 37.3 de la Compilación Aragonesa de Derecho Civil (sic) «en cuanto a la solución dada en la sentencia recurrida, en sus fundamentos de derecho séptimo y octavo, a la valoración de vivienda e intereses de préstamo».

Según reiteradísima doctrina del Tribunal Supremo, que resulta de innecesaria cita, el recurso de casación se da no contra la fundamentación jurídica de la sentencia sino contra el fallo, por ello debe entenderse que el recurrente dirige su impugnación contra lo dispuesto en la sentencia y no contra la argumentación que sirvió de base para dictar el fallo.

Antes de pasar a examinar el fondo del motivo, y a la vista de la denuncia que plantea, debe decirse que según el art. 1 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, «constituyen el Derecho Civil de Aragón, como expresión de su régimen peculiar, las disposiciones de esta Compilación integradas con la costumbre y los principios generales en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico. En defecto de tales normas regirán el Código Civil y las demás disposiciones constitutivas del Derecho general español». A la vista de este precepto la mención a los arts. 1347 y 1362 del Código Civil como principalmente infringidos, puesta en relación con los arts. 36 y 37 de la Compilación, es, al menos, desafortunada, pues estando previsto en estos últimos el régimen económico del matrimonio en Aragón y el concepto de patrimonio común,

huelga toda referencia al Código Civil, que no es en esta materia sino de aplicación supletoria.

La discrepancia del recurrente se circunscribe en esta ocasión a lo resuelto en la sentencia sobre la valoración de la vivienda y a los intereses del préstamo. Sobre la vivienda aportada al matrimonio por el esposo, reseñada en la escritura de capítulos matrimoniales, el Juzgado de instancia estimó acertado el valor asignado en el dictamen pericial llevado a cabo en las actuaciones por el Perito designado «y la fundamentación que realiza para llegar a la conclusión que el precio actual del mercado de la casa y terreno anejo alcanza la cifra de siete millones seiscientos quince mil pesetas», entendiéndolo que no era procedente la reducción que el esposo proponía, porque la atribución a su persona del uso de la vivienda no suponía la creación en su favor de un derecho de usufructo. No estuvo conforme el ahora impugnante con la sentencia dictada e interpuso contra la misma recurso de apelación. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial, en su fundamento de derecho séptimo, dice: «El resto de pronunciamientos de la sentencia no ha sido objeto de una especial atención por parte del impugnante, quien en esta fase procedimental ni siquiera alude a la valoración que se hace en la sentencia respecto a los bienes del activo consorcial».

A la vista de tal manifestación, si el recurrente en vía de apelación no combatió la valoración dada a la vivienda en la instancia, debe concluirse que consintió la asignada y por lo tanto mal puede en este recurso impugnarla. Pero el caso es que en este motivo, tras afirmar su disconformidad con la solución dada en la sentencia recurrida a la valoración de la vivienda, se limita única y exclusivamente a decir que el precio ha de ser el asignado en la escritura de capitulaciones sin ningún otro tipo de razonamiento; trata por tanto de sustituir el criterio del juzgador por el propio, pretensión a todas luces insostenible en el recurso de casación.

II. PENSIONES DE VIUDEDAD

1. Concurrencia de dos beneficiarias en la pensión de viudedad

TSJ Canarias (Las Palmas), Sentencia de 5 de febrero de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Martín Hernández-Carrillo.

El período computable para distribuir la pensión es aquel que se extiende desde el matrimonio hasta el fallecimiento del causante y a la pensión que se ha de reconocer al cónyuge superviviente se ha de restar la parte proporcional de convivencia de la anterior esposa, la cual se extendió hasta la sentencia de separación matrimonial.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Santiago contrajo matrimonio con D.^ª Severa, naciendo de dicha unión cuatro hijos, D. Rafael Juan, D.^ª Carmen, D.^ª María Milagrosa y D.^ª Begoña.
- Con fecha 02-12-91, D. Santiago interpuso demanda de separación matrimonial que fue turnada al Juzgado de 1.^ª Instancia núm. 3 de Las Palmas, dictándose sentencia el 22-06-92, declarando la separación matrimonial.
- El 17 de noviembre de 1994 se formuló por ambos cónyuges demanda de Divorcio de mutuo acuerdo que fue turnada al Juzgado de 1.^ª Instancia núm. 3 de Familia, recayendo sentencia el día 7 de diciembre de 1994, por la que declara disuelto el matrimonio por divorcio.
- En fecha 22 de abril de 1995, D. Santiago contrajo matrimonio civil “in articulo mortis” con D.^ª Ana Soledad, acordada su inscripción por auto dictado por el Juez-encargado del Registro Civil único de Las Palmas, de fecha 28 de abril de 1995. El día 23 de abril de 1995 fallece D. Santiago, quien venía aquejado de una grave enfermedad.
- D.^ª Ana Soledad solicitó pensión de viudedad pretendiendo se le compute el periodo de convivencia extramatrimonial que aduce existía desde el año 1991. Por resolución de la Dirección Provincial del INSS se le concede una pensión mensual sobre la prorrata de convivencia de 1%, sobre una base reguladora de 59.543 ptas., con un importe mensual, con mejoras y mínimos, de 340 ptas.

- Interpuesto el correspondiente procedimiento ante el Juzgado de lo Social, se dictó sentencia desestimando la demanda presentada por D.^a Ana Soledad.
- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación que fue estimado parcialmente por el TSJ de Canarias.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión planteada en el presente recurso de suplicación se reduce a determinar cómo ha de ser distribuida la pensión de viudedad entre el cónyuge superviviente y el que antes lo fue y dejó de serlo por divorcio. El Instituto Nacional de la Seguridad Social demandado y la Magistrada “a quo” estiman que la porción de la Pensión correspondiente al cónyuge superviviente, hoy actora y recurrente, se ha de calcular en atención al tiempo de convivencia matrimonial pues el tiempo de convivencia extramatrimonial previo al matrimonio alegado sólo tiene operatividad en el supuesto de la Disposición Adicional Décima, apartado segundo, de la Ley 30/1981, de 7 de julio.

Sostiene la recurrente que debe reconocerse que convivió con el causante desde 1991 hasta su fallecimiento, prestándole compañía y asistencia durante su enfermedad, la cual le obligó a permanecer largos períodos ingresado, que le impidieron acelerar los trámites para obtener una sentencia de divorcio para contraer matrimonio con la actora. Sin embargo la Sala rechaza este motivo de impugnación, porque de la documental invocada no se desprende de manera clara, evidente y directa los datos fácticos que la recurrente solicita incluir en la resultancia fáctica y porque los mismos resultarán intrascendentes a los fines del recurso, y en nada afectarían al signo de la presente resolución.

Partiendo de la existencia de la convivencia desde 1991 —que no ha sido probada— la recurrente pretende que en el cálculo de la porción de pensión de viudedad correspon-

diente al cónyuge superviviente se ha de incluir el período de convivencia “more uxorio” durante el cual el causante y la actora tuvieron que esperar el transcurso de los plazos legales para poder contraer nuevo matrimonio. Esta cuestión ha sido abordada y resuelta por el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de marzo de 1995, sentando los criterios que se resumen seguidamente. En efecto, la citada Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, establece que la cuantía de la pensión que corresponde al divorciado es la proporcional al período de su convivencia matrimonial con el causante. Se establece así un módulo temporal de referencia, en el que se inserta el período de convivencia matrimonial, el cual, con referencia a tal módulo, permite obtener la porción que establece el precepto. Tal módulo temporal de referencia no puede ser otro que el formulado por el período que se inicia con el matrimonio que después resultó disuelto por el divorcio y que finaliza en la fecha en que muriera el causante; la Ley contempla el lapso temporal que hubiera alcanzado el matrimonio, de no haberse truncado por el divorcio. La citada norma no regula en manera alguna supuestos de concurrencia de personas con derecho compartido a una misma pensión de viudedad.

El derecho a la pensión que corresponde al cónyuge superviviente, aun concurriendo con el divorciado, sigue siendo pleno, bien que restando de la cuantía de la pensión la cuantía que ha de asignarse a este último, según lo antes expuesto. Sobre tales premisas, la Sala no comparte los razonamientos de la

Juzgadora de instancia. En efecto, el derecho a la pensión de viudedad de la actora, cónyuge superviviente, no se discute, pues el derecho a la misma no lo proclama la Ley 30/1981, de 7 de julio, sino la Ley General de la Seguridad Social. La invocada Ley 30/1981 lo que establece es el reconocimiento del derecho a la porción de dicha prestación al cónyuge que deja de serlo por divorcio por lo que, en definitiva, el derecho a la pensión del cónyuge superviviente, si bien pleno, concurre con el derecho a la parte proporcional del que dejó de serlo por el divorcio. Así, si el período computable para distribuir la pensión es aquel que se extiende desde el matrimonio (22 de abril de 1962) hasta el fallecimiento del causante (23 de abril de 1995), esto es, de treinta y dos años, a la pensión que se ha de reconocer a la actora, cónyuge superviviente, se

ha de restar la parte proporcional de convivencia de la codemandada, divorciada, la cual se extendió hasta la sentencia de separación matrimonial (22 de junio de 1992). Por ello, tras efectuar las operaciones matemáticas correspondientes, la porción de pensión de la divorciada es de un 94,25 % de la total, correspondiendo el resto a la actora. Al no haberlo entendido así la Magistrada de instancia, la Sala estima parcialmente el recurso y, con revocación de la dictada en la instancia, estima parcialmente la demanda formulada por D.^a Ana Soledad frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y D.^a Severa, declarando el derecho de la actora a percibir el 5,75 % de la pensión de viudedad.

III. DERECHO FISCAL

TSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife), Sentencia de 28 de enero de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Helmuth Moya Meyer.

Cuando la sentencia matrimonial establece una contribución a las cargas del matrimonio sin especificar qué cantidad corresponde al hijo y al cónyuge, procede atribuir por partes iguales la pensión a ambos beneficiarios y en consecuencia procede reducir la base imponible regular en la mitad de la pensión alimenticia correspondiente al cónyuge.

ANÁLISIS DEL CASO

- El recurrente interpuso recurso contencioso administrativo en el que solicitó se declarase la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho, ya que la cantidad de setenta mil pesetas que pagaba a su mujer lo era como pensión de alimentos para su hijo y para su cónyuge, teniendo derecho a reducir la base imponible regular por las cantidades pagadas en este concepto.
- Admitido a trámite, se publicaron los anuncios correspondientes y se reclamó el expediente administrativo. De la demanda se dio traslado a la Administración demandada, que contestó a la misma oponiéndose a las pretensiones de la parte actora y pidiendo la desestimación del recurso.

- El TSJ de Canarias estimó el recurso y declaró anular la resolución impugnada, sin imposición de costas.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El artículo 71.2 de la Ley 18/1991, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, disponía que “la parte regular de la base imponible se reducirá, exclusivamente, en el importe de las siguientes partidas: (...) 2. Las pensiones compensatorias a favor del cónyuge y las anualidades por alimentos, con excepción de las fijadas a favor de los hijos del sujeto pasivo, satisfechas por decisión judicial”.

Como la sentencia que fijó la contribución del recurrente al sostenimiento de las cargas del matrimonio no especificó qué cantidad correspondía a los alimentos del hijo y la que se destinaba a alimentos del cónyuge, la Administración tributaria decidió no permitir a aquél reducir la base imponible regular. Sin embargo, la solución pasa por aplicar las reglas de atribución de rentas que el artículo 10 prevé para las comunidades de bienes, ya que el supuesto tiene encaje en el artículo 392 del CC según el cual “hay co-

munidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho (a la pensión alimenticia) pertenece proindiviso a varias personas”. En estos casos dispone el artículo 10 de la Ley del IRPF que: “1. Las rentas correspondientes a las sociedades civiles, tengan o no personalidad jurídica, herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades a que se refiere el artículo 33 LGT, se atribuirán a los socios, herederos, comuneros o partícipes, respectivamente, según las normas o pactos aplicables en cada caso y, si estos no constaran, a la Administración en forma fehaciente, se atribuirán por partes iguales”. Como a la Administración tributaria no constaba las cuotas que a cada comunero correspondían en la alimenticia reconocida judicialmente debió atribuir dichas rentas a cada sujeto pasivo por mitad. En consecuencia, el recurrente tenía derecho a reducir su base imponible regular en la mitad de la pensión alimenticia correspondiente a su cónyuge.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

I. CAUSAS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

1. SEPARACIÓN

1.1. *La circunstancia de que el padre dejara de abonar cantidades para el sustento de la familia es causa de separación.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Sentencia de 26 de julio de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio López-Carrasco Morales.

Se suman las partes litigantes, así como el Ministerio Fiscal, en sus peticiones de revocación de sentencia desestimatoria de separación conyugal, por entender la esposa y el esposo quedaba acreditado en autos la concurrencia de causa legal y bastante para obtener la solicitada separación, abundando en tal petición del Ministerio Público en base a probada ruptura de convivencia; cuestionando únicamente en cuál de los ordinales del art. 82 del CC, se ha de subsumir. Al lado de tal común petición, divergen los recurrentes sobre las medidas complementarias que han de regir la separación, mante-

niendo cada parte sus peticiones de demanda y contestación.

La Sentencia apelada recoge en el fundamento primero y cuarto las causas de separación invocada respectivamente en demanda y contestación (con reconvencción), para decir en el Fundamento Jurídico Quinto no quedar acreditada ninguna de ellas, y en aplicación del “favor matrimoni”, y deber de convivencia (de orden público) procedía desestimar tanto la demanda principal como la reconvenccional, no dando lugar la separación, ni a medida alguna, dejando sin efecto

el auto de medidas provisionales de 12 de febrero de 1998, con lo que la primera y fundamental cuestión que se plantea a esta Sala en virtud de los tres recursos citados en anterior fundamento, es declarar si existe o no causa de separación, y cuál ha de ser esta, y luego complementar (si procede) las medidas de la separación.

La insistente petición de separarse aparece tanto en la esposa como en el esposo dado que la mujer en 7 de noviembre de 1997 presentó demanda en tal sentido contra su marido (Folios 8 a 20), y este contra aquella el 20 de noviembre de dicho año (Folios 77 a 83); que originaron correspondientes escritos de contestación (Folios 186 y 98), y hasta acciones reconventionales, contestadas por ambos; actuaciones que estando en el mismo momento procesal, fueron acumuladas las seguidas por el Juzgado núm. 4 de Primera Instancia de Terrassa a las seguidas ante el Juzgado núm. 7, según aparece en el auto de 20 de enero de 1998 (Folio 161), de aquel Juzgado, con lo que esta copiosa actividad procesal de las partes no ha tenido el éxito perseguido ante una sentencia desestimatoria de las peticiones principales con anulación incluso de las medidas provisionales, y ello según la sentencia apelada, por no concurrir la causa alegada de separación;

Tal valoración de los hechos e interpretación de las normas reguladoras de las causas de separación, no puede ser mantenida por esta Sala habida cuenta de que si bien nuestro sistema procesal y sustantivo requieren la alegación y prueba de causa legal de separación, con rechazo de simple repudio, voluntad o falta de “afectio maritalis” unilateral no incardinable en algunas de las conductas del art. 82 CC, no obstante siendo los diversos supuestos de hecho que contempla la norma de marcada configuración abstracta por el resultado de abandono, infidelidad, conducta injuriosa, o vejatoria, violación grave o reiterada de deberes conyugales, o respecto de hijos comunes, o de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar, se hace preciso investigar e integrar, confor-

me a criterios de realidad social actual y al espíritu y finalidad de la institución matrimonial, si se han vulnerado los deberes jurídicos y éticos hasta el punto de encuadrarse en causa de separación, en una interpretación flexible, no rígida, a que ya aludía la sentencia de esta Sala de 31 de diciembre de 1996 y es en este sentido donde hay que recalcar que según la esposa fue hacia septiembre de 1996 cuando el esposo abandonó la vivienda conyugal, y en mayo de 1998 había cambiado de domicilio instalándose con nueva compañera en zona residencial de Gava (así resulta de la absolució a posición octava obrante a folio 234, y resulta del hecho cuarto de demanda del esposo, que pone incluso en fecha septiembre de 1996 el cese de convivencia), con lo que aunque haya cierta imprecisión en la causa de pedir alegada por la actora, no cabe duda que tal abandono se produjo con antelación de más de un año a la presentación de las demandas de uno y otro cónyuge, que si bien no encaja en el núm. 5 del art. 82 CC por no haberse requerido el consentimiento del otro, ni dadas las circunstancias de petición de medidas o demanda en plazo de seis meses, sí que tiene suficiente entidad para incardinarse en violación grave de deberes de un cónyuge con respecto al otro, que permaneció en el hogar familiar (causa del 82, 2.ª CC) o incluso en la causa del núm. 1 expresada difusamente en escrito de demandada siendo suficiente que el esposo dejara de abonar cantidades para el sustento de la familia (como se deduce de decimoprimer absolució a posiciones al decir que su esposa puede cubrir los gastos de vivienda, suministros, guardería, comida, canguro, vestuarios y traslados), por lo que sin tener que variar la “causa petendi” alegada, es visto la concurrencia de real y verdadera causa de separación en sede el citado art. 82 ordinal segundo; lo que por otro lado lleva a rechazar la causa invocada por el demandado adherido, del ordinal quinto del referido artículo por las razones antes expuestas, dando con ello lugar a la separación legal solicitada por la actora, y también por demandado.

2. DIVORCIO

2.1. *Desestimación de la demanda de divorcio al no haberse acreditado que la separación de hecho fue libremente consentida.*

AP MÁLAGA, Sec. 5.^a, Sentencia de 23 de abril de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Mariano Fernández Ballesta.

Alega la parte apelante, frente a la sentencia de instancia, que la Sra. Juez de Instancia ha fundado su sentencia desestimatoria en la falta de prueba de que el cese de la convivencia entre los esposos haya sido libremente consentida por ambos, pero lo cierto es que en las actuaciones ha quedado demostrado el libre consentimiento y por ello procede dar acogida a la demanda de divorcio. El Ministerio Fiscal se opone al recurso y solicita la confirmación de la sentencia apelada, por cuanto no se ha probado la fase fáctica que apoyó las pretensiones de la actora, hoy apelante.

El examen de lo actuado no permite a la Sala dar como probado que la separación de hecho que se invoca como causa de divorcio haya sido libremente consentida por el demandado. Es de considerar, en primer lugar, que la prueba practicada a propuesta de una

y otra parte se ha encaminado primordialmente a inculparse recíprocamente de la ruptura del matrimonio lo que nada tiene que ver con la causa de divorcio invocada por la actora, y que tiene su sede legal en el número 3.a) del artículo 86 del Código Civil. A este propósito es de considerar que el número quinto del artículo 82 del Código Civil enseña la forma en que ha de acreditarse la libre prestación del consentimiento al cese de la convivencia, y sin embargo en las actuaciones no consta que la actora haya requerido a su esposo en la forma legalmente prevista. Por otra parte el demandado tiene manifestado que si no vuelve al hogar conyugal, lo hace por miedo a ser detenido (absolución de la posición segunda de la confesión judicial del demandado) lo que es incompatible con el libre consentimiento que invoca la parte actora.

3. NULIDAD

3.1. *Desestimación de la demanda de nulidad matrimonial al no haberse acreditado un diagnóstico médico de la enfermedad que la esposa pudiera padecer, ni de su gravedad o alcance, ni, en último término, de que dicha anomalía ya existiera, aun en forma latente, al tiempo de la celebración del matrimonio.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 13 de julio de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

Con base en el contexto probatorio obrante en autos, y el resultado que pudiera derivar de las diligencias que se interesan al amparo del artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la parte apelante suplica del Tribunal la declaración de nulidad del matrimonio contraído por los litigantes, con apoyo legal en el núm. 4.º del artículo 73 del Código Civil, en cuanto el esposo desconocía, al tiempo de contraer matrimonio, la enfermedad mental que padecía su esposa, pues, en otro caso, no habría asumido el vínculo conyugal.

Frente a los remedios legales de la separación matrimonial (arts. 81 y 82 del Código Civil) y el divorcio (arts. 85 y 86), que habríamos de calificar de ordinarios ante la crisis surgida en la unión nupcial, y que parten en todo caso de la validez del vínculo en su momento contraído, la declaración judicial de nulidad, por los cauces que contempla el artículo 73 del Código Civil, reviste unas características de excepcionalidad, pues supone la exclusión de los condicionantes ya de capacidad subjetiva, ya formales, o bien afectante a la correcta formación y emisión del consentimiento matrimonial que, en definitiva, pueden determinar, con uno u otro alcance, la negación “ab initio” del negocio jurídico matrimonial. Por el ca-

rácter excepcional de la institución examinada, al negarse validez “a posteriori” a un contrato matrimonial aparente, debe actuarse con especial cautela respecto de los datos fácticos y elementos probatorios ofrecidos a la consideración judicial, de modo que sólo cuando conste de modo inequívoco la concurrencia de circunstancias susceptibles de integrarse en alguna de las previsiones contempladas en el precepto analizado, puede llegar a proclamarse la radical solución sanadora propugnada, que entra en colisión con el principio del “favor matrimonii”, bastante más atenuado, como se apuntó, en las figuras de la separación o el divorcio, que no niegan la existencia del matrimonio, sino que partiendo necesariamente del mismo, sancionan, con uno u otro alcance, la crisis surgida en las relaciones posteriores de los esposos.

Bajo tales perspectivas legales genéricas, y entrando en la exégesis del inciso 2.º del artículo 73.4.º del Código Civil, invocado por el apelante en apoyo de su pretensión, esto es el error en las cualidades personales del otro cónyuge que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento, es doctrina casi unánimemente asumida el excluir de dicha previsión legal aquellas cualidades que no merecen la

estricta consideración de personales, tales como las condiciones profesionales, económicas e incluso sociales del otro consorte, habiendo por el contrario, de entenderse abarcada por el precepto examinado las características físicas y psíquicas que integran la personalidad del individuo, con su ineludible proyección en las relaciones sociales; por ello alcanzan una singular repercusión en la celebración del contrato matrimonial la posible existencia de defectos o anomalías físicas o psíquicos, y ello no sólo en cuanto, en este último aspecto, pudieran afectar a la válida formación interna del consentimiento matrimonial en quien los sufre, sino además, y en lo que afecta al ámbito jurídico que contempla el precepto que estamos analizando, en cuanto pueden condicionar en el otro contrayente la válida formación interna de la voluntad de unirse matrimonialmente, pues ignorante de las referidas taras al tiempo de la celebración del contrato matrimonial, no hubiera asumido el vínculo de ser consciente de las mismas, siempre naturalmente que tengan una notable relevancia tanto subjetiva como objetiva.

En cualquier caso incumbe a quien propugna la declaración de nulidad con el apoyo legal referido, y conforme a la doctrina emanada del artículo 1214 del Código Civil, la cumplida acreditación de los hechos invocados en apoyo de su pretensión, y, en especial, la existencia de las taras físicas o psíquicas con anterioridad y al tiempo de la celebración del matrimonio y su ignorancia, en dichos momentos, por quien dice haber sufrido el error.

A la luz de dicha doctrina, la pretensión revocatoria de la parte apelante ha de verse abocada necesariamente a su rechazo por el Tribunal por falta del adecuado respaldo probatorio.

Y en efecto, y sin perjuicio de las anomalías en la conducta de la esposa, fruto probable de desviaciones psíquicas, según pone de manifiesto al contexto de la prueba incorporada a las actuaciones, es lo cierto que no se ha aportado a las mismas por el demandante un diagnóstico médico de la en-

fermedad que aquella pudiera padecer, ni de su gravedad o alcance, ni, en último término, de que dicha anomalía ya existiera, aun en forma latente, al tiempo de la celebración del matrimonio. Y aun partiendo, a efectos meramente dialécticos, de la veracidad de los asertos del demandante, y de su entidad en cuanto determinantes del grave error que se dice padecido, es lo cierto igualmente que la prueba documental aportada junto con el escrito rector del procedimiento (vid. documentos obrantes a los folios 33 y ss. de los autos), es por sí sola absolutamente insuficiente, en orden tanto a la justificación de las anomalías psíquicas denunciadas, en su condición de coetáneas a la prestación del consentimiento matrimonial, como en lo que concierne a su invocado desconocimiento entonces por el esposo.

Y en efecto, aun en el supuesto de haber sido adverbados los documentos por sus autores, faltaría, en todo caso, la corroboración médica del diagnóstico y alcance de la enfermedad de la esposa, siendo extraño que no exista un solo documento de tal índole de aquella época, en cuanto anterior a la celebración del matrimonio, máxime cuando, como se afirma, aquella ya estaba sometida a la correspondiente medicación, al parecer prescrita por el Dr. A., de quien no se aporta declaración o certificado alguno respecto de la posible asistencia facultativa que hubiera podido prestar a la demandada.

Es igualmente débil en extremo la prueba incorporada a los autos en orden al desconocimiento precedente por el esposo de las anomalías en la conducta de doña Gabriela, lo que se hace de difícil comprensión tras un período más o menos prolongado de noviazgo.

En último término las manifestaciones, tras el matrimonio, de la alegada anormal personalidad de la esposa se remontan al inicio de la convivencia conyugal, siendo ya plenamente conocidas por el hoy recurrente, y con una entidad o gravedad, de ser ciertas, que vendrían ya a desvanecer absolutamente el error padecido al tiempo de otorgar el consentimiento matrimonial, con manteni-

miento ulterior, y por varios años antes de entablar la acción anulatoria, de la convención, lo que habría de atraer al caso las previsiones, sobre caducidad, recogidas en el párrafo 2.º del artículo 76 del Código Civil.

Todo lo cual hace excluir necesariamente la actividad procesal probatoria impetrada del Tribunal, en el acto de la vista, al amparo de lo prevenido en el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues para lle-

garse, al menos en hipótesis, a las consecuencias pretendidas por el recurrente, se haría necesario una total reconstrucción judicial de la estrategia de prueba seguida por dicha parte, asumiendo, en consecuencia, funciones que a la Sala no le incumben, conforme a reiterada y conocida doctrina jurisprudencial, y que además rebasarían los términos al efecto habilitados por el apartado i) de la disposición adicional 5.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio.

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

1. PATRIA POTESTAD

1.1. *No procede privar de la patria potestad al no haberse acreditado motivo alguno para ello, ya que solo constan simples afirmaciones de parte tal como que el demandado ha insultado y maltratado de palabra y psicológicamente a los menores.*

AP MADRID, Sec. 22.ª, Sentencia de 15 de julio de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Sánchez Franco.

Habida cuenta que la privación de la patria potestad o de su ejercicio respecto a uno u otro de los procreadores han de estar incluso en situaciones de ruptura convivencial basada en causas excepcionales, bien por impedir, de hecho, tal ejercicio, bien por afectar de forma grave al menor (artículo 170), en cuanto perjudique seriamente su formación integral con incumplimientos de entidad de los deberes que se entrelazan con los derechos definidores de la función reguladora de la patria potestad (artículo 154 del Código Civil); es por ellos que tal decisión

judicial de privación de la patria potestad ha de limitarse a supuestos excepcionales, basados además no en meras sospechas, alegaciones o afirmaciones de una de las partes en contienda, sino en una sólida resultancia probatoria demostrativa; sin sombra de duda; y no resultando de lo actuado prueba alguna acerca de las tales circunstancias excepcionales o causa grave que justifique debidamente la privación de la patria potestad, sino simples afirmaciones de parte tal como que el demandado ha insultado y maltratado de palabra y psicológicamente a los meno-

res, sin que tal actitud pueda ser elevada a la categoría de prueba; es por ello que no procede estimar la pretensión de la recurrente sobre tal particular.

2. GUARDA Y CUSTODIA

2.1. *Cambio de guarda y custodia a favor del padre como consecuencia de la obstaculización del régimen de visitas por parte de la madre.*

AP MÁLAGA, Sec. 5.^a, Auto de 31 de marzo de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Mariano Fernández Ballesta.

Interesa la parte apelante que se revoque el auto apelado y se restablezca la situación anterior de permanencia de la hija del matrimonio bajo la custodia de la madre. Alega a tal propósito que el auto recurrido se dictó de forma precipitada porque la madre no entregó al padre a la hija en diciembre de 1997, cuando a este le correspondía tenerla consigo, si bien ello fue debido a que la hoy apelante se consideraba de buena fe exenta de esta obligación porque así lo había acordado un Juez de Berlín, donde ella reside y es prueba de su buena fe que ya en el año 1998 ha venido acatando lo acordado por el Juez “a quo” de Málaga, ateniéndose al régimen de visitas impuesto, tras otorgar la custodia al padre. No obstante entiende que es más beneficioso para la menor que quede de nuevo bajo la custodia de la madre, porque el padre está solo en Málaga, y es de profesión viajante, por lo cual la niña tiene que estar al cuidado de otras personas, mientras ella podría atenderla perfectamente en Berlín donde se encuentra en situación acomodada.

El Ministerio Fiscal solicita la confirmación del auto recurrido por sus propios fun-

damentos. Y el apelado solicita igualmente la desestimación del recurso, alegando al efecto que el auto recurrido no fue dictado precipitadamente, sino que fue consecuencia de una actitud de la madre que, en un principio, a raíz de la separación, tenía confiada la custodia de la hija, premeditada y encaminada a impedir de hecho la comunicación de la menor con su padre; y así se llevó la niña con ella a Berlín, y una vez allí impidió al padre el ejercicio del régimen de visitas que se acordó a raíz del traslado del domicilio de la apelante, llegando a provocar artificialmente y con engaño la intervención de un Juez alemán para lograr que el padre no se la trajese a España en el período vacacional que la correspondía la custodia de la niña, teniendo que recurrir éste al Consulado Español en la capital germánica, y finalmente el Tribunal de apelación dejó sin efecto el acuerdo del Juez de Berlín. Por tanto no hay buena fe en la postura de la madre, y además resulta que el principio del “favor filii” aconseja su permanencia bajo la guarda y custodia paterna.

El análisis de lo actuado demuestra con profusión de documentos lo que ha sido la

actitud de la apelante, desde su traslado a Berlín, con respecto al derecho reconocido al padre sobre la comunicación con su hija, y que no es sino una serie de obstáculos reiterados para impedir la comunicación del padre con aquella, hasta que por fin el Juzgador “a quo” hubo de acordar, a la vista de todo ello, el cambio de la custodia de la menor. No puede calificarse de improvisada la resolución judicial combatida, pues más bien se encuentra sobreabundante de motivos, que por sí mismos justifican el acuerdo.

Y tampoco puede pretender la apelante convencer al Juzgador de que su actitud ha estado amparada por la buena fe, cuando la prueba obrante en el rollo atestigua todo lo contrario, pues revela la actitud negativa de la madre, en cuanto le ha sido posible, a la comunicación de la hija con el padre cuando éste se ha trasladado, en varias ocasiones a Berlín, a estar con ella, llegando a obtener resolución judicial favorable con una declaración jurada exenta de verdad. Por tanto procede, la íntegra confirmación del auto apelado.

2.2. *No procedencia de la guarda y custodia compartida por periodos de tiempo.*

AP BARCELONA, Sec. 18.^a, Sentencia de 30 de abril de 1999.
Ponente: Ilma. Sra. D.^a Margarita Noblejas Negrillo.

Impugna la apelante la sentencia objeto del recurso que se examina en cuanto la misma atribuye la guarda y custodia del hijo menor a ambos progenitores alternativamente y por periodos anuales correspondientes al 1 de agosto de cada año hasta el 31 de julio siguiente, solicitando le sea atribuida a ella exclusivamente.

Antes de entrar en el estudio del supuesto examinado, en el que el padre vive en Barberá del Vallés y la madre en Zamora, hemos de partir de que la fórmula adoptada por la sentencia apelada no es de estimar como la más adecuada o coherente con el principio del “favor filii” y con la estabilidad que el niño —que cuenta en la actualidad con siete años—, necesita en cuanto al entero para su desarrollo y formación integral, e implica, como señala la sentencia de esta Audiencia de 29-6-98, entre otras, la realización de un juicio de valor sobre cir-

cunstancias futuras e inciertas que no pueden ser evaluadas “a priori”, distribuyendo la residencia habitual del menor como si se tratara de un bien material, susceptible de aprovechamiento alterno y consecutivo y que vendría a representar un continuo cambio no sólo de ámbito familiar, sino también de los hábitos y costumbres del menor, no pueden depararle sino un desconcierto permanente y cierta pérdida de arraigo que necesariamente le repercutiría en su propia identidad personal, por lo que hemos de partir de que, salvo casos excepcionales en que concurran circunstancias extraordinarias, ha de darse a uno u otro de los progenitores sin perjuicio de establecerse un adecuado régimen de comunicación y estancia del menor con su otro progenitor.

En el caso nos encontramos con que el menor desde agosto de 1996 ha estado bajo la guarda y custodia de la madre, siendo

cierto que cuando fue explorado el 29-7-97, es decir, cuando contaba con cinco años de edad, manifestó que quería quedarse con su padre y sus hermanas, hijas de un matrimonio anterior de éste, siendo así que fue dicho acto el que determinó la resolución que hoy es objeto de recurso. Al respecto hemos de decir que si bien en ciertos casos, que no todos, puede prevalecer el deseo de los menores en orden a la elección del progenitor con el que quieren vivir —pues ha de tenerse en cuenta también un conjunto de circunstancias subjetivas o personales de los

padres y de los hijos, como objetivas relativas al tiempo de convivencia y adecuado ambiente familiar y social en orden a alcanzar un efectivo desarrollo integral del menor—, ello es únicamente cuando éste esté en edad de discernimiento, que evidentemente con cinco años difícilmente se tiene, lo que nos conduce a que no existiendo razón alguna aceptable para modificar la situación de hecho creada anteriormente, debamos atribuir a la madre la guarda y custodia que solicita.

2.3. *Atribución de la guarda y custodia al padre en base a que éste se encargará de facilitar una mayor y más normalizada relación con los progenitores al presentar un mayor equilibrio psicológico.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 5 de julio de 1999.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Mírian de la Fuente García.

El problema fundamental que se plantea en esta alzada es el referente a la atribución de la guarda y custodia de la hija que la sentencia de instancia concede al padre y en apelación reivindicada la madre a su favor. Al efecto, su dirección letrada en el acto de la vista expuso las razones o motivos en que fundamentaba su reclamación conjugando la valoración de los dos elementos más dignos de relevancia concurrentes en primera instancia, cuales fueron la exploración de la menor y el informe psicológico, considerando, a juicio de la parte apelante, que el Juzgador “a quo”, tomando las conclusiones del informe psicológico, las aplicó automáticamente atribuyendo la custodia al padre, haciendo poco o nada de caso a la voluntad de la menor que en la exploración judicial efectuada al efecto manifestó claramente su deseo de preferencia de vivir con la madre. Agregando en síntesis en apoyo de su tesis, que una hija precisa más la compañía de la

madre y es más beneficioso para ella estar con su madre y por último, concluye la parte recurrente con la existencia de un factor más a favor de la atribución de la guarda y custodia para la madre que es el factor tiempo, pues al tener sólo jornada de mañana puede estar más con su hija, mientras que el padre tiene horario flexible y está ayudado por una empleada de hogar. Interesando en definitiva la atribución de la guarda y custodia de la hija a la madre, con la consecuente atribución a éstas del uso del domicilio conyugal. La parte apelada solicitó la confirmación de la sentencia.

En el supuesto que nos ocupa, se discute la atribución de la guarda de una hija menor de edad, y debatiéndose en el conflicto de la separación de sus padres y queriendo profundamente a los dos se debe decidir quién de los progenitores ha de ostentar la custodia sin perjuicio lógicamente de que ambos

hayan de ejercer conjuntamente la patria potestad actuando siempre en beneficio de la menor cuyo interés prevalece sobre cualquier otro según proclaman los artículos 92 y 94 del CC en armonía con el artículo 39 de la Constitución Española y la Declaración de los derechos de niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959.

Difícil es la tarea de los órganos jurisdiccionales a la hora de atribuir la guarda y custodia de los hijos a uno u otro progenitor en el caso de crisis de su unión, ponderando con su prudente arbitrio todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, y más difícil aún se hace, desde la perspectiva de la apelación, discrepar por la Sala del criterio seguido por el Juzgador de instancia en la resolución de tal cuestión mientras no sean ofrecidas razones objetivas y plenamente acreditadas y fundadas que evidencien el error cometido en la resolución de instancia y hagan aconsejable, en beneficio del menor, cambiar el sentido de tal medida adoptada, máxime cuando en la práctica de las pruebas en primera instancia ha primado el principio de inmediación, en especial en la confesión de ambas partes litigantes, y en la exploración de la menor, conjugadas con otras pruebas como la pericial psicológica del grupo familiar. Así ocurre en el supuesto de autos en que el Juzgador “a quo”, mencionando expresamente la tendencia de la menor a estar con la madre (...) y que se lleva bien con ambos progenitores, acudió al informe pericial que determinó que ello era cierto, “pero que para mantener la co-

recta relación con ambos progenitores, consideró más adecuado y beneficioso para ella permanecer bajo la custodia del padre, quien se encargará de facilitar una mayor y más normalizada relación con los progenitores al presentar un mayor equilibrio psicológico”. En este mismo sentido en esencia se han manifestado tanto el informe psicológico unido al rollo de la Sala practicado en el incidente de oposición a las medidas provisionales como el practicado por el perito psicólogo adscrito a esta Audiencia, e igualmente que en la exploración practicada en esta alzada la hija manifestó su tendencia a querer vivir con su madre aunque le gustaría vivir con los dos y está bien con su padre.

Desde esta perspectiva y dado que no se ha aportado nada nuevo o diferente a lo en el sentido resuelto, la Sala comparte plenamente la valoración efectuada por el Juzgador “a quo” objetiva e imparcial que ha de prevalecer sobre la de la parte interesada que llevan consigo la consiguiente desestimación de su recurso de apelación y la confirmación de la sentencia de instancia en todos sus extremos, sin perjuicio de que en lo atinente al régimen de visitas y estancias y como interesa la dirección letrada del padre en su escrito obrante al rollo de la Sala de fecha de entrada 12-6-1999, la hija pernocte con su madre en la noche del domingo al lunes, en los fines de semana que pase con aquella, encargándose la madre de llevarla al colegio en la mañana del lunes siguiente, lo cual se acordará al efecto en sede de ejecución de sentencia.

3. RÉGIMEN DE VISITAS

3.1. *No procede ampliar las visitas del padre heroinómano sin haber justificado cambio alguno en esta situación y, sin, ni siquiera, constancia de haber cumplido con el deber de relacionarse con la menor en la forma recogida en la sentencia.*

AP CÓRDOBA, Sec. 2.^a, Sentencia de 15 de abril de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

En el caso que nos ocupa el recurrente no cuestiona su condición de heroinómano — reconocida por el propio demandado en confesión judicial y acreditada por la testifical de sus propios padres— y la concurrencia de la causa de separación, núm. 4 art. 82 CC invocada en la demanda, sino el régimen de visitas establecido en la sentencia, solicitando sea ampliado a los lunes, miércoles y viernes de 6 a 8 de la tarde y los fines de semana alternos desde las 12 horas de los sábados a las 20 horas de los domingos.

El motivo resulta inatendible, pues como ya señaló esta misma Sección Segunda de la AP de Córdoba, SS. 10-4-97, 2-10-97 y 22-7-98, el llamado derecho de visita regulado en el art. 94 CC en concordancia con el art. 161 del propio cuerpo legal, no es un propio y verdadero derecho, sino un complejo de derechos-deber cuyo adecuado cumplimiento no tiene por finalidad satisfacer los deseos o derechos de los progenitores sino también cubrir las necesidades afectivas y educativas de los hijos en aras de un desarrollo armónico y equilibrado.

Por ello el derecho de visitas es un derecho de contenido puramente afectivo que autoriza a su titular a expresar o manifestar hacia otra persona, exigiendo la utilización de los medios necesarios para alcanzar tal fin, derecho que puede encuadrarse entre los

de la personalidad y que se fundamenta principal, aunque no exclusivamente, en una previa relación familiar entre visitante y visitado.

Se trata de un derecho claramente subordinado al interés del menor, y así está recogido en las declaraciones pragmáticas de algunos documentos supranacionales de los Derechos del Niño, aprobada por Asamblea General de Naciones Unidas de 1959; resolución de 29-5-67 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas; y Convención del Consejo de Europa de 1980 sobre Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en materia de Guarda de Niños por ser el más valioso y necesitado de protección, y debe ser cancelado al margen y por encima de los motivos que dieron lugar a la separación, entrega el visitador y el titular de la guarda del menor. Y es que el “ius visitandi” cumple una evidente función familiar pues quiere la ley que aunque la familia atraviese una crisis o ruptura, incluso definitiva, se cumplan en la medida de lo posible los fines asegurados al núcleo familiar, entre ellos el del pleno desarrollo de la personalidad de los mismos.

Ahora bien, el art. 94 del CC admite la posibilidad de limitar o suspender el derecho del progenitor a visitar un hijo que no tenga consigo en el caso de que incumpliese

grave y reiteradamente los deberes impuestos por una resolución, pero como el derecho de visitas no viene establecido exclusivamente a favor del progenitor sino también en beneficio de los hijos al constituir, dice la SAP Castellón de 25-2-93, la continuación o reanudación de la relación paterno filial, evitando la ruptura, por falta de convivencia, de los lazos de afecto que deben mediar entre ellos, ello conlleva, ciertamente, que la limitación o suspensión del mismo debe verse con disfavor y sentido restrictivo, justificándose solo cuando exista un peligro concreto y real para la salud psíquica, física o moral del hijo, no resultando procedente condicionarlo exclusivamente a la obligación de pago de alimentos.

En esta dirección la SAP Tenerife de 16-10-90 puntualiza que la supresión de tal derecho debe adoptarse con especial moderación y cautela... pues puede suponer, además de un castigo para el padre o madre incumplidor, una sanción para los hijos que pueden verse privados del deseo vehemente de estar con sus padres, convirtiéndose aquéllos en los verdaderos perjudicados cuando la adopción de toda resolución sobre ellos debe buscar su beneficio (SS. 26-1-74,

2-5-83, 9-10-82, 19-10-92, 21-7-93), por todo lo cual es preciso que la suspensión o limitación de tal derecho se acuerde con las debidas garantías y luego de haber dado oportunidad de proponer prueba al respecto y, reiterado, sino además justificado y de la suficiente entidad para justificar una medida de tal trascendencia.

Las precedentes consideraciones resultan de aplicación al caso de autos, donde partiendo del total incumplimiento por parte del recurrente de sus obligaciones alimenticias con la menor y de la condición de heroínmano de aquél, no suprime, sin embargo, el régimen de visitas, sino se fija inicialmente, incluso, de forma más amplia que la ofrecida por la madre (todos los domingos en vez del sistema alterno) con la posibilidad —lo cual debe servir de estímulo para el recurrente— de poder ampliarlo en caso de plena y total recuperación de su toxicomanía, ni que este enjuiciamiento deba reputarse erróneo, postulando frente al régimen de visitas acordado su ampliación, sin haber justificado cambio alguno en esta situación y, sin, ni siquiera, constancia de haber cumplido con el deber de relacionarse con la menor en la forma recogida en la sentencia.

3.2. *No es conveniente para la menor ni para los padres la fijación de un régimen de visitas de fines de semana alternos durante todo el año sin contemplar períodos de vacaciones.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Sentencia de 20 de abril de 1999.

Ponente: Ilmo. D. Antonio López-Carrasco Morales.

La controversia sobre la guardia y custodia de la hija, que empezó por un inadecuado convenio de Divorcio en tal materia (Pacto 2.^o, 3.^o y 4.^o), sobre una niña que contaba tres años, y siguió en el Convenio de 3 de mayo de 1990, donde al régimen anterior

se añadió otro que puede calificarse como patria potestad compartida, por su extensión y minuciosidad, ha devenido verdadero caballo de batalla y enfrentamiento entre los progenitores, hasta el punto de que en proceso de modificación de efectos presentados

en julio de 1996 por el padre, el padre solicitó para sí la guarda y custodia, en razón de dos hechos que considera sustanciales y sobreenvenidos con posterioridad: a) que desde el 27 de junio de 1996, la hija de 12 años se hallaba conviviendo con el padre, por el rechazo de la hija a su madre, b) por la enfermedad de inestabilidad sufrida por la madre, según informes que presentó. La sentencia recaída en el proceso de modificación aprecia los deseos de la hija de estar con su padre, y aunque recoge el sentimiento de la hija que dice querer a su madre, manifiesta no puede vivir con ella porque la riñe. La segunda exploración, de 7 de noviembre de 1996, reitera esos deseos, por lo que el pronunciamiento de medidas de modificación de divorcio atribuye la guarda y custodia al padre. El pronunciamiento ha de ser mantenido en aras de la edad de la menor que en situación de discernimiento ha manifestado un deseo reiterado de convivir con el actor, lo que el Juzgado ha razonado en Fundamento de Derecho Tercero después de haber oído a la hija, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 92 CC y art. 9.1 de la Ley 10/1996 de 1 de enero; y tras valorar el estado de ánimo de inestabilidad emocional de

la madre, restringe a fines de semana alternos desde viernes 18 horas a 20 horas del domingo; pero no concede estancias y comunicaciones en tiempo de vacaciones, sino que extiende tal régimen durante todo el año. El sistema de régimen de visitas no es adecuado ni útil para la hija, ni progenitor no custodio, pues impide a la propia hija gozar de unas vacaciones continuadas al tener que cumplir todo el año un régimen de alternancia de fines de semana desde viernes a domingo, con uno y otro padre, y por otro lado no es equitativo con el derecho de la madre a tener en su compañía a la hija durante los períodos vacacionales, pues no queda acreditado por el informe de la psicóloga (ni por el emitido por el SAT), la incapacidad de la madre para poder comunicarse y relacionarse con su hija, sin peligro alguno para la salud física o psíquica de la hija, ni mucho menos, violencia, coacciones, abuso de autoridad, malos ejemplos corruptores, que son los supuestos en que la jurisprudencia se basa para suspender o limitar el derecho del progenitor no custodio, en sede del art. 94 CC; por tanto, procede ampliar el derecho en la forma que se dirá.

III. VIVIENDA FAMILIAR

1. *No procede fijar en la sentencia de separación medidas respecto al abono de un préstamo hipotecario sobre una vivienda que no constituye el domicilio familiar, ya que disuelta la sociedad de gananciales el régimen jurídico es el de la comunidad ordinaria.*

AP GRANADA, Sec. 3.^a, Sentencia de 16 de marzo de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Mascaró Lazcano.

Es doctrina del Tribunal Supremo representada, entre otras muchas, en la sentencia

de siete de noviembre de mil novecientos noventa y siete la consistente en que durante

el período intermedio entre la disolución de la sociedad de gananciales y la definitiva liquidación de la misma, surge una comunidad postmatrimonial sobre la antigua masa ganancial, cuyo régimen ya no puede ser el de la sociedad de gananciales, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria, en la que cada comunero ostenta una cuota abstracta sobre el “totum” ganancial —como ocurre en la comunidad hereditaria antes de la partición de la herencia—, pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes integrantes del mismo, cuya cuota abstracta subsistirá mientras perviva la expresada comunidad postmatrimonial y hasta que, mediante las oportunas operaciones de liquidación-división, se materialice una parte individualizada y concreta de bienes para cada uno de los comuneros (SSTS de 21 de noviembre de 1987, 8 de octubre de 1990 y 17 de febrero de 1992). La contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio es una medida provisional que contempla el artículo 103.3 del Código Civil, cuya efectividad viene limitada en el tiempo con arreglo a lo prevenido en el artículo 106 de dicho Cuerpo Legal, al establecer que “los efectos y medidas previstos en este capítulo, terminan, en todo caso, cuando sean sustituidos por los de la sentencia estimatoria o se ponga fin al procedimiento de otro modo”, de tal manera, que, como viene reiterando esta Sección y lo hizo anteriormente la extinguida Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada, es totalmente inadecuada la genérica ratificación en las sentencias de separación o divorcio de las medidas provisionales pues, entre otras, las acordadas bajo los auspicios del mencionado artículo 103.3 se tienen que diversificar en los contenidos en los artículos 93 y 97, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, señalando el artículo 91 que el Juez determinará conforme a lo establecido en

los artículos siguientes las medidas que han de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad (S. de 12 de septiembre de 1996). La antecedente sentencia de esta Sala de 19 de septiembre de 1991 decía textualmente en su considerando primero, reproduciendo el contenido de precedente sentencia de 7 de marzo de 1991, “Considerando, que, como tiene reiterado este Tribunal, no es adecuado ratificar, de forma genérica, en las Sentencias en que se decreta la separación de los cónyuges, las medidas acordadas provisionalmente durante la tramitación del proceso, toda vez que, según se recoge en el artículo 106 del Código Civil, “los efectos o medidas previstos en este capítulo terminan, en todo caso, cuando sean sustituidos por los de la Sentencia estimatoria”, lo que está en justo paralelismo con lo prescrito en el artículo 91, expresivo de que el Juez determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad; aun más cuando algunas de ellas —artículo 103, 4 y 5— tienen que desaparecer al producir la Sentencia firme la disolución del régimen económico matrimonial —artículo 95— y la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio —artículo 103.3— tiene que concebirse bajo auspicios diferentes y con arreglo a lo dispuesto en los artículos 93 y 97 de dicho Cuerpo Legal.

Conforme al criterio expuesto, consideramos, que debe dejarse sin efectos el pronunciamiento relativo a que el esposo seguirá abonando las cuotas del préstamo hipotecario que recae sobre un inmueble —que no constituye vivienda familiar—, por corresponder a la liquidación de la sociedad de gananciales, a llevar a cabo inicialmente en ejecución de sentencia (artículo 91 CC), siendo los cónyuges, entre tanto, partícipes indivisos de la “comunidad postmatrimonial”, con los correspondientes derechos y obligaciones derivados de tal condición.

2. *Acreditado que los hijos y la esposa tienen su domicilio en otra vivienda no existe obstáculo para, hasta que se liquide la sociedad de gananciales, se atribuya el uso de la vivienda familiar al esposo.*

AP BADAJOZ, Sec. 1.ª, Sentencia de 27 de abril de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Matías Madrigal Martínez de Pereda.

Sólo puede discutirse en el presente procedimiento la atribución del uso de la que fuera vivienda conyugal, que tiene carácter temporal, con naturaleza de derecho real de ocupación o posesión exclusiva que no impide el poder de disposición ni la posibilidad de ejercitar la acción de división, sin que, como expresara el Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de diciembre de 1992, la atribución de la vivienda familiar al esposo impida su venta, ni su división. El párr. 3.º del art. 96 del CC acude como criterio al del interés más necesitado de protección. En definitiva este concepto no integra sólo un elemento económico, sino general o más amplio, y es el caso que se ha acreditado que la vivienda que venía ocupando el recurrente se vio seriamente afectada —en un 75% de su estructura y en un 100% de su mobiliario— por la riada acaecida en noviembre de 1997 en Badajoz, siendo realojado en una Residencia Universitaria. De igual forma se evidencia el desinterés de la demandada en la ocupación de la que fuera vivienda con-

yugal, ocupando en la actualidad una que reúne buenas condiciones de habitabilidad. En comparecencia efectuada en el juzgado, el día 30 de mayo de 1998 manifiesta literalmente: “que no quiere nada de la casa, lo que quiere es que la dejen en paz y que se vaya si quiere a la casa”.

Estas circunstancias nos llevan a la conclusión de que subyace un interés más necesitado de protección en el esposo, motivo por el cual debe revocarse la sentencia de instancia, dictándose otra por la que se atribuye el uso del domicilio conyugal a aquél, y hasta que los cónyuges liquiden su disuelta sociedad legal de gananciales. Es decir, dicho uso queda sujeto a una duración temporal: lo que inviertan los esposos en hacer efectiva la disolución del régimen económico matrimonial, de acuerdo con la sentencia de separación (arts. 95.1.º y 1392.3.º del Código Civil) y sujeta a las operaciones de liquidación, división y adjudicación previstos en los artículos 1396 y ss. del mismo Cuerpo Legal.

3. *No atribución del uso del domicilio familiar a la esposa e hijo, ya que el mismo pertenecía con anterioridad al esposo y a los hijos del primer matrimonio que siguen utilizando la vivienda.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 16 de julio de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Sánchez Franco.

Si bien es cierto que la vivienda familiar entre los litigantes y el hijo habido entre ambos durante la convivencia conyugal era el piso situado en Madrid, Avenida Menéndez Pelayo; no es menos cierto también que dicha vivienda era ya el domicilio familiar del demandado juntamente con los hijos habidos de su anterior matrimonio disuelto por fallecimiento de D.^a M. y que a la muerte de ésta heredaron como así lo acredita el documento notarial de fecha 18 de febrero de 1986; ampliándose dicha vivienda con la adquisición a través de la sociedad E. del piso contiguo, con fecha anterior a la celebración del matrimonio entre los litigantes.

Sin que por lo demás, concurra necesidad de alojamiento, prevista en el artículo 96 del Código Civil, para la atribución del uso pretendido, ya que ambas partes pactaron en el convenio regulador protocolizado notarialmente en su estipulación tercera que el es-

posó continuara habitando en el actual domicilio conyugal mientras que la esposa y el hijo común lo abandonaran antes del próximo día 30 de septiembre, fijando su nueva residencia en el inmueble que está situado en la ciudad de Madrid, siendo, por lo demás, en la actualidad una realidad que el hijo en compañía de su madre tiene cubiertas sus necesidades de alojamiento.

Es por ello que no procede la atribución del uso del domicilio familiar solicitado como de las demás viviendas pretendidas, pues además de hacerse por la defensa de la demandante-apelante en el acto de la vista del presente recurso sobre tal particular una petición genérica sin concreción alguna de viviendas sobre las que ha de recaer la atribución; no procede conforme al artículo 96 del Código Civil, ampliar la atribución del uso del domicilio familiar a cualquier otra vivienda que no sea la conyugal.

IV. PENSIÓN ALIMENTICIA Y CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

1. *No procede fijar alimentos a los hijos en un procedimiento matrimonial cuando estos conviven con los abuelos.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 25 de junio de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

Se alza el apelante contra los pronunciamientos económicos de la sentencia de instancia, suplicando del Tribunal su revocación total y, en su lugar, se declare no haber lugar a reconocer alimentos en pro de los hijos. En apoyo de dichas pretensiones se esgrime que el hijo David no vive con la madre, sino con sus abuelos, mientras que Javier, aunque no lo han podido demostrar, trabaja como lavacoches.

En orden a la primera de las cuestiones suscitadas por el recurrente, consta en el informe médico incorporado al folio 42 de las actuaciones y relativo a la asistencia médica prestada al segundo de los hijos del matrimonio, Pedro, en fecha 17 de abril de 1996, que son factores precipitantes de la situación detectada la separación de los padres, “cambio de domicilio del hermano mayor” y otros; tal circunstancia, de falta de convivencia del hijo David en el domicilio familiar, es corroborada por la propia madre en prueba de confesión, al absolver la 6.^a de las posiciones que le son formuladas, así como

igualmente por el citado Pedro, al deponer como testigo, en cuanto reconoce ser cierto que “su hermano David antes de la separación ya vivía con sus abuelos maternos en Usera, continuando posteriormente con esta situación” (vid. contestación a la repregunta 3.^a). El propio David, al declarar como testigo, acaba por reconocer que reside en el domicilio de sus abuelos, si bien matiza que tal situación es esporádica.

De todo ello se deduce que no concurre en el caso, respecto del referido descendiente, uno de los condicionantes básicos exigidos en el párrafo 2.^o del artículo 93 del Código Civil, en orden al reconocimiento, en la litis matrimonial, de alimentos en pro de un hijo mayor de edad, dada su falta de convivencia en el entorno del domicilio familiar.

En consecuencia, procede estimar este primer motivo del recurso, y ello sin perjuicio del derecho que pudiera asistir al citado hijo para reclamar, si bien en nombre propio y a través de cauce procesal distinto del presente, alimentos de sus progenitores.

2. *Extinción de la pensión alimenticia del hijo mayor de edad que percibe ingresos por la realización de su actividad laboral y ha adquirido un vehículo nuevo.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Sentencia de 30 de junio de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Marcial Subirás Roca.

Establecida en sentencia una pensión de alimentos para dos hijos matrimoniales, el mayor de los cuales llamado Cristián es mayor de edad, en cuantía total de 105.000 pts. mensuales para ambos, pero distribuidas en cuanto a 25.000 pts. para el hijo y el resto de 80.000 pts. para la hija, es motivo de recurso por ambos litigantes dicha prestación alimenticia. Así el esposo actor en su recurso pretende la supresión de la pensión de alimentos para el hijo Cristián y la reducción de la pensión de alimentos para la hija a la cantidad de 40.000 pts. mensuales, mientras la esposa demandada pretende sea elevada a 105.000 pts. la pensión de alimentos para la hija menor de edad.

La pensión de alimentos fijada para la hija menor de edad en cuantía de 80.000 pts. mensuales debe estimarse ajustada a las prescripciones del art. 146 del Código Civil, si para ello partimos de aquella que fue fijado en sentencia de separación y del propio contenido de la demanda, ya que en dicha cuantía van comprendidos los gastos médicos y escolares de dicha hija que el actor admitía satisfacerlos aparte, sin que se acrediten mayores necesidades de la hija que deban ser satisfechas para dar mayor cantidad, ya que con ello se cubren en su totalidad sus necesidades, incluso educativas, que quedan justificadas, y con ello supone la desestima-

ción del recurso de apelación de la esposa demandada.

Con referencia al hijo ya mayor de edad, no basta la sola convivencia con la madre para que este tenga derecho a percibir pensión de alimentos, sino que a tenor del párrafo segundo del artículo 93 del Código Civil se requiere que el hijo ya mayor de edad o emancipado justifique la necesidad de ser perceptor de la pensión alimenticia del art. 142 del Código Civil, de carácter indispensable, y tal necesidad no la acredita el hijo Cristián que adquirió un vehículo matriculado el 30-12-97, y de su vida laboral con estado de alta en la empresa Z. desde el 1-6-95 al 23-6-95 y en la empresa T. consta de alta desde el 5-11-97 en cuya situación sigue. Ello viene corroborado en confesión judicial por la propia demandada, que reconoció que Cristián trabaja porque se le dan mal los estudios, que retiró dinero que conjuntamente tenía con su padre, y que se compró un coche nuevo. Consecuentes con ello procede suprimir y dejar sin efecto la pensión alimenticia fijada para un hijo ya mayor de edad que con su trabajo puede atender a las primarias necesidades contempladas en el art. 142 del Código Civil, con parcial estimación del recurso de apelación del esposo actor.

V. PENSIÓN COMPENSATORIA

1. *No fijación de pensión compensatoria en los matrimonios de escasa duración.*

AP MADRID, Sec. 22.ª, Sentencia de 25 de marzo de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González.

No cabe conceder a la recurrente pensión compensatoria del art. 97 del CC dada la brevísima duración de la convivencia, tan solo seis meses, lo que hace que el matrimonio, o mejor, la ulterior ruptura, no ha tenido ninguna incidencia patrimonial, máxime cuando ambos cónyuges disponen de medios propios de vida y subsistencia, los de ella, en concreto reconocidos en la contestación a la demanda del folio 50 y en la certificación que obra al folio 77. Finalmente cabe decir que menos procede capitalizar tal pen-

sión compensatoria y fijar en su sustitución una suma a tanto alzado, pues de lo dispuesto en el art. 99 del CC se precisaría la voluntad concorde de ambas partes, lo que en el caso, como se ha visto, es imposible, no pudiendo ser impuesta unilateralmente por una sola de ellas, ni exigirse en procedimiento contencioso, en cuanto en el mismo el juzgador solo puede acordar en la sentencia la fórmula usual de abono, esto es la entrega de una suma por periodos determinados, ordinariamente en mensualidades.

2. *Procede declarar extinguida la pensión compensatoria al quedar acreditado que la beneficiaria de la misma convivía en el domicilio del tercero y mantenían una c/c a nombre de ambos.*

AP ASTURIAS, Sec. 5.ª, Sentencia de 24 de marzo de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Álvarez Seijo.

Como se afirma en la reciente sentencia de esta misma Sala de 9-3-99, si bien no se discute que para la concurrencia del supuesto de extinción de pensión compensatoria contemplado en el último inciso del art. 101 del Código Civil (convivencia marital con

otra persona) se hace preciso que la misma venga a generar un estado “more uxorio”, implicando pues las notas de habitualidad y estabilidad, no es menos patente la dificultad de prueba con que de ordinario se encuentra quien trata de acreditar tal circuns-

tancia, pues no se escapa a la lógica el interés que subyace en ocultar la misma por quien corre el riesgo de perder un montante económico que viene disfrutando. Es por lo que esta Sala ha venido estimando que ante las enormes trabas de obtención de prueba directa ha de ser suficiente la prueba indicaría siempre que evidentemente resulten evidencias serias y plausibles de las que pueda inferirse la existencia del hecho base que se trata de justificar aplicando las reglas de la lógica y sano criterio, como exige el art. 1253 del Código Civil al regular las denominadas “presunciones hominis”.

Partiendo de lo expuesto, comparte esta Sala la valoración de la prueba practicada por el Sr. Juez “a quo” y por ende lo resuelto en la sentencia impugnada. En efecto, y sin que sea preciso reiterar las conclusiones extraídas tanto de la testifical como de la confesión judicial puestas de relieve en la recurrida, es lo cierto que el informe emitido por la agencia de investigación privada, convenientemente ratificado en autos, ha resultado ciertamente elocuente no ya al constatar que la hoy recurrente y el Sr. M. eran considerados entre los vecinos como marido y mujer, sino por haberse identificado éste co-

mo marido de aquélla al contactar telefónicamente con el agente investigador, pudiendo éste incluso comprobar cómo en el buzón correspondiente al domicilio en el que ambos habitan podía leerse a mano en el espacio destinado a la tarjeta identificativa los nombres de D.^ª M.^ª Carmen y el Sr. M.

Por otra parte, el hecho de que curiosamente unos días antes de la interposición de la demanda que dio lugar a esta litis D.^ª M.^ª Carmen se afiliase a la Seguridad Social como Empleada de Hogar a solicitud del Sr. M., en nada afecta a lo señalado, pues ni se acreditó la realidad de la situación laboral ni la percepción de salario, pareciendo más bien un intento de preconstituir una prueba ficticia, pues siempre sería a ambos más rentable el abono de las cuotas correspondientes (lo que tampoco se justificó) que la pérdida de la cuantía de más de 45.000 pts. que el esposo ha venido abonando a la recurrente como pensión compensatoria. Pero es que a mayor abundamiento en la presente alzada quedó acreditado que D.^ª Carmen y el Sr. M. mantienen la c/c bancaria a nombre de ambos, dato sobre el que huelga todo comentario al respecto.

3. *No procede temporalizar la pensión compensatoria teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el caso.*

AP ASTURIAS, Sec. 1.^ª, Sentencia de 18 de marzo de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.

También la Sala debe compartir en este aspecto la justa valoración de los datos realizada en la sentencia, dándolos por reproducidos en aras de la brevedad. En lo que se discrepa es en la asignación de una pensión temporal a favor de la esposa, solución que si

bien se ha venido admitiendo en reiteradas resoluciones, lo ha sido siempre en atención a unas circunstancias excepcionales, que aquí no concurren. En efecto, D.^ª Isabel, próxima a cumplir los cuarenta años de edad, ha mantenido con su esposo una relación de ma-

rimonio de catorce años, de la que tiene tres hijos, todos ellos menores de edad en la actualidad, de los que se ocupó y seguirá ocupando, en algún caso, de uno de los hijos, mas allá de la mayoría de edad, dada la fuerte minusvalía que padece. Y si bien es cierto que es auxiliar de clínica, las posibilidades

de acceder a un trabajo no justifican por sí misma la temporalidad de la medida puesto que se trata de una simple hipótesis que de concurrir, como sería deseable, daría lugar en su caso a una nueva valoración de las circunstancias en orden a su posible modificación o extinción en la forma legalmente prevista.

4. *No procede fijar una pensión compensatoria a favor de la esposa cuando lo peticionado en la demanda era una contribución a las cargas del matrimonio.*

AP ZARAGOZA, Sec. 2.^a, Sentencia de 24 de marzo de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Acin Garos.

En el caso de autos lo que la actora solicitó en el apartado 4.º del suplico de su demanda fue únicamente que se estableciese “como pensión o contribución a las cargas del matrimonio la suma de 80.000 pesetas mensuales”, concepto contributivo bajo el cual no cabe en modo alguno cobijar el de la pensión compensatoria concedida, pues ni tal pensión puede ser tenida como “carga”, al no afectar a los hijos (STS de 2 de diciembre de 1987), ni en el caso en cuestión cabe registrar equívoco ninguno sobre el particular, pues, despejando cualquier posible duda, en el hecho séptimo de la demanda se

dice que “La pensión que se solicita para los hijos es la de 80.000 pesetas mensuales”.

Es, pues, evidente, que la pensión concedida por la sentencia de instancia fue distinta de aquella que la demandante había solicitado, por lo que, no pudiendo tampoco inferir su petición del complejo fáctico y jurídico de la demanda, en la que la pensión solicitada lo es únicamente para los hijos, la que la sentencia otorgó a favor de la esposa cayó de modo patente en la incongruencia que, vedada por el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aquí debe corregirse.

5. *No es procedente fijar una pensión compensatoria en un procedimiento de modificación de medidas del divorcio.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Sentencia de 27 de marzo de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz.

La sentencia dictada en instancia es objeto de impugnación en virtud del recurso interpuesto por la parte demandada, que se circunscribe a un único motivo, por el que pretende que se revoque el pronunciamiento de reconocimiento a la demandada de pensión compensatoria y se proceda a la supresión de tal prestación. La representación de la parte apelada interesó la confirmación íntegra de la sentencia impugnada.

Mantiene la representación del recurrente la improcedencia de la pensión compensatoria a favor de la demandada, que ha sido constituida “ex novo” por la sentencia recaída en el procedimiento sobre modificación de medidas reguladoras de la crisis conyugal, atendiendo a la no concesión de la misma en la sentencia firme que decretó el divorcio de los litigantes.

La prestación que prevé el art. 97 del CC debe ser reconocida, cuando proceda, en las sentencias de separación o de divorcio, pues tiene por objeto compensar el desequilibrio económico que para uno de los cónyuges puede reportar la cesación de la convivencia y, en tal sentido, tiene sentado criterio esta Sala —sentencias de 20 de mayo y 1 de julio de 1977, entre otras—, que en aquellos casos en los que al proceso de divorcio haya precedido el de separación, la ausencia de

constitución de pensión compensatoria con motivo del primero, implica la concurrencia de la cosa juzgada del art. 1252 del CC, toda vez que fue en dicho proceso en el que debieron evaluarse los requisitos que para el nacimiento de tal derecho la ley establece, y únicamente resulta posible constituir la pensión en la sentencia de divorcio, cuando con motivo de la separación hubiese sido reconocida a la esposa pensión alimenticia que quede extinguida con la disolución del vínculo matrimonial entre los cónyuges.

Es de consignar que en el caso de autos la prestación ha sido constituida, de forma anómala, en un procedimiento que tiene por objeto la modificación de las medidas reguladoras de la crisis conyugal fijadas por sentencia de divorcio, por lo que los límites que son propios a este tipo de procedimientos impiden el establecimiento de medidas nuevas en materia de derecho dispositivo, ya que su finalidad viene circunscrita a la modificación de las obligaciones constituidas en la sentencia cuya modificación se pretende, a tenor del tenor literal de lo que establecen los arts. 90, en su penúltimo párrafo, 91, en su inciso final, 100 y 101 del CC. Con base en los precedentes razonamientos, procede la revocación de la sentencia de instancia.

6. *La circunstancia de que se haya liquidado la sociedad de gananciales no impide la fijación de una pensión compensatoria.*

AP ALBACETE, Sentencia de 22 de mayo de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Nebot de la Concha.

La preexistencia de liquidación de la sociedad de gananciales no constituye “per se” impedimento para el otorgamiento de la pensión por desequilibrio, pues esta obedece única y exclusivamente a que tal desequilibrio se produzca, lo que resulta evidente cuando un cónyuge trabaja y el

otro no por ocuparse de la casa y familia, siendo los acuerdos a que hubieren llegado, en este caso la disolución de la sociedad, meramente datos tendentes a ayudar a fijar tal pensión, como el resto de circunstancias a que se refiere el artículo 97 del Código Civil.

VI. CUESTIONES PROCESALES

1. *No existe ningún obstáculo para que, en fase de apelación, los cónyuges puedan solicitar el cambio de procedimiento conforme a lo establecido en el apartado K) de la disposición adicional 6.^a*

AP ASTURIAS, Sec. 4.^a, Sentencia de 23 de marzo de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Álvarez Sánchez.

Habiéndose formulado por ambos esposos conjuntamente solicitud de separación matrimonial y puesto que han aportado convenio de los efectos de la misma y contrajeron matrimonio hace más de un año, procede acceder a lo solicitado al concurrir los presupuestos exigidos por el art. 81 del Código Civil.

El convenio regulador de los efectos de la separación de quince de marzo del año en

curso, aportado en esta segunda instancia, contiene los requisitos establecidos en el art. 90 del Código Civil, habiéndose ratificado ambos cónyuges, y puesto que los acuerdos que en el mismo se contienen no son perjudiciales para ninguno de los litigantes, procede su aprobación.

Al transformarse el procedimiento contencioso, que se tramitaba con arreglo a la

Disposición Adicional 5.^a de la Ley de 7 de julio de 1981, en el de mutuo acuerdo de la Disposición Adicional 6.^a de dicha Ley, como autoriza el apartado K de aquella y se

razonó en el Auto dictado en el Rollo el día 17 de marzo de 1999, procede dejar sin efecto la sentencia recaída en la primera instancia que se sustituye por la presente.

2. *Procede fijar litisexpensas en el procedimiento de divorcio, aun cuando se encuentre disuelta la sociedad de gananciales.*

AP CÓRDOBA, Sec. 1.^a, Sentencia de 17 de marzo de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Magaña Calle.

El recurrente impugna la Sentencia de instancia centrandó su motivo solo y exclusivamente en lo referente a la declaración que sobre las litis expensas se hace en la referida resolución. A tal efecto se alega en primer lugar que a raíz del convenio regulador suscrito por las partes en procedimiento de separación previo al actual de divorcio, a la apelada se le adjudicaron bienes y se le señaló una pensión por desequilibrio; y en segundo lugar, que la oposición que mediante la contestación a la demanda efectúa es solo formal, puesto que sustancialmente reconoce la totalidad de los hechos de la demanda.

Así las cosas, con carácter previo es preciso dejar sentado que en el tercer párrafo del art. 1318 del Código Civil se regula las litis expensas como un tipo de cargas del matrimonio: comprenden los gastos y costas del proceso. Sin embargo y previamente debe delimitarse el contenido de tal concepto puesto que solo afecta: A) Al proceso interpuesto por uno de los cónyuges sin mala fe o temeridad contra el otro; o por uno de los cónyuges contra tercero en provecho de la familia. B) El cónyuge demandante tiene que carecer de bienes y en el caso de que deban correr a cargo del otro, ello será así precisamente porque el caudal económico

de este impida a aquel obtener el beneficio de Justicia Gratuita por imperativo de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si se cumplen ambos requisitos los gastos y costas serán a cargo del caudal común, y si no lo hay, a cargo del otro cónyuge.

Esta Audiencia Provincial, en Sentencia de su Sección 23 de fecha 19 de mayo de 1997, como alega expresamente el recurrente, y en relación con el concepto y naturaleza de tal institución, ya ha tenido ocasión de afirmar que ante la imprecisión legal de la institución sustantivo-procesal de las “litisexpensas” entre cónyuges, en realidad creación jurisprudencial, podemos dar la siguiente definición descriptiva de las mismas como “aquella cantidad en dinero para gastos judiciales necesarios, originados y acreditados o bien en función de una cantidad prudencial, que como actor o demandado y debidamente justificados, siempre con la obligación de ulterior rendición de cuentas, uno de los cónyuges con insuficiencia o indisponibilidad de recursos de su exclusiva pertenencia y que no haya obtenido el beneficio de justicia gratuita, tiene derecho a obtener del otro, cualquiera que sea el régimen económico matrimonial legal o pactado respecto a los bienes; cantidad compatible con eventual suma que en concepto de contribu-

ción a las cargas del matrimonio o de precisión alimenticia aquél reciba y cuyo fundamento radica en la especialidad del vínculo matrimonial”.

El criterio para su concesión debe contemplar la real situación económica de los cónyuges en litigio para resolver si uno de ellos puede atender los gastos judiciales del otro, requiriéndose, además, que el cónyuge que carezca de bienes suficientes no pueda solicitar el beneficio de justicia gratuita por impedirlo el artículo 16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al ser titular el otro cónyuge de una renta que implica tal concesión. El beneficio de justicia gratuita y las “litis expensas” se hallan recíprocamente condicionadas entre sí, de tal manera que tanto puede decirse que quien tiene derecho al beneficio de justicia gratuita no puede exigir “litis expensas”, como que quien tiene derecho a “litis expensas” no puede solicitar dicho beneficio y como resume la STS 28 de junio de 1962, para que pueda ser acogida en el marido la obligación de sufragar la “litis expensas” con cargo a bienes gananciales, y en defecto, con bienes propios, es necesario que la mujer carezca de recursos de su exclusiva pertenencia o que, en caso de tenerlos, sus ingresos sean insuficientes por sí para satisfacer los gastos en que interviene, bien en concepto de actora o ya en el de demandada, en los litigios que sostenga con su marido. Con esta misma orientación concreta la sentencia 5 de junio de 1962, que es presupuesto material que debe concurrir en la mujer para poder ejercitar la pretensión de “litis expensas”, la carencia de bienes propios, lo que viera matizando la jurisprudencia en el sentido de que aquéllos, aun existiendo, no sean suficientes para cubrir los gastos que normalmente pueda originar el litigio, sin desatender las obligaciones más perentorias.

Sentado lo anterior, y aun cuando es minoritaria la doctrina que entiende que, una vez disuelto el matrimonio y la Sociedad legal de gananciales, sería al menos discutible que se mantuviera la carga de las litis expen-

sas (SAP de Zaragoza de 10 de octubre de 1994), dado que han desaparecido los deberes de ayuda y socorro mutuo, máxime si como ocurre en el presente supuesto, y ya se ha dicho, se liquidó totalmente la Sociedad conyugal (en sentido contrario la Sentencia de la AP de Huesca de 1 de septiembre de 1993); es lo cierto que requisito indispensable para la concesión, a la vista del precitado art. 1318 del Código Civil en relación con el art. 103.3 del mismo cuerpo legal, es que el cónyuge que los reclame carezca de bienes propios, y así es señalado entre otras en Sentencias de las AAPP de Girona de 13-5-98; de Barcelona de 30-4-98, o de Madrid de 20-1-98 (esta última deniega la pretensión por tener el solicitante unos ahorros familiares).

Pues bien, de lo actuado se desprende con meridiana claridad, a la vista del documento obrante a los folios 17 a 20 de las actuaciones, que la apelada tiene bienes suficientes para hacer frente a los gastos derivados del procedimiento; o dicho de otra forma, tiene bienes suficientes para que no sea de aplicación el art. 1418 del Código Civil.

Y si a ello, y acogiendo las alegaciones del recurrente, sumamos que efectivamente no existe otra oposición a la pretensión de disolución instada, como se desprende del escrito de contestación a la demanda, que las referidas precisamente a las litis expensas, no estando acreditado, por la simple razón de que nada se dice o se alega sobre ello, que la oposición, tal y como afirma la apelada sea debida al mantenimiento de la posición de los hijos; y si por último y a todo lo anteriormente expuesto se suma que los argumentos de la Sentencia de instancia en modo alguno pueden compartirse, puesto que la concesión o no de las litis expensas no depende de la situación “notoria de Abogado de prestigio” del recurrente, ni a la supuesta justicia intrínseca de la pretensión derivada de la necesidad de no conculcar el principio de igualdad entre los cónyuges y de la moderación de la cantidad solicitada;

no puede sino concluirse que procede acoger la pretensión del recurrente, y por tanto, estimando el recurso, revocar en el punto

litigioso la Sentencia de instancia, y ello sin hacer especial declaración sobre las costas de esta alzada.

3. *El progenitor con el que convive el hijo mayor de edad tiene legitimación para solicitar la pensión alimenticia de estos en el procedimiento de divorcio.*

AP ALICANTE, Sec. 5.ª, Sentencia de 22 de marzo de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Cerón Hernández.

Es evidente que cuando un hijo alcanza los dieciocho años, llega a la mayoría de edad (arts. 12 de la Constitución Española y 315 del Código Civil), produciéndose la emancipación (art. 314 del Código Civil), por lo que se acaba la patria potestad y la representación legal de los padres respecto de los hijos (arts. 169 y 162 del Código Civil), logrando éstos la plena capacidad jurídica de obrar (art. 322 del Código Civil). Ahora bien, tras la reforma operada por la Ley 11/90 de 15 de octubre, que introduce un segundo párrafo al art. 93 del Código Civil estableciendo que si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos, dota al progenitor con quien conviven los hijos de una legitimación propia derivativa de las facultades de administración del derecho invocado, prevaleciendo desde la perspectiva de la jurisprudencia menor la posibilidad de que uno de los cónyuges accione en nombre de los hijos mayores de edad que carecen de ingresos propios y que conviven con el mismo por cuanto que es éste y no los hijos,

mientras permanezcan en la familia, el que debe levantar las cargas cuya dirección y administración le corresponden al amparo del art. 90 del Código Civil, párrafo primero, y 93 del mismo texto. Tal conclusión está generalizada en todas las Audiencias Provinciales concediendo efectivamente esta legitimación, que posibilita el llevar a la práctica el derecho reconocido en el art. 93.2 del Código Civil y así pueden citarse las Sentencias de 17-2-92 de Badajoz, 2-6-92 de Almería, 12-4-91 de Pontevedra, 25-7-92 de Oviedo, 7-7-93 de Zaragoza, 13-4-92 Sec. 14.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona. La propia Audiencia Provincial de Alicante sigue esta corriente jurisprudencial que plasma, entre otras, en la sentencia de 20-7-93, pues después de reconocer expresamente esta legitimación del cónyuge, va más lejos y establece la posibilidad de que el mismo Juez pueda adoptar las medidas establecidas en el párrafo 2.º del art. 93 sin que medie petición de parte, de oficio. Por lo tanto habrá que concluir que la madre tiene legitimación procesal para reclamar los alimentos que el padre viene obligado a prestar a sus hijas.

VII. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

1. *Procede descontar de la cantidad reclamada por el progenitor custodio, y solo por esta vez, las cantidades que el no custodio ha abonado en concepto de comedor escolar de la hija.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Auto de 7 de julio de 1999.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Miriam de la Fuente García.

Interesa la demandada-apelante la revocación de la sentencia y en su lugar se dicte nueva resolución donde se acuerde lo siguiente: En primer lugar que la deuda se abone a partir de la firmeza de la sentencia de divorcio, es decir a partir de abril de 1995, resultando una deuda de 200.000 pts. y no de 275.000 pts. en el año 1995. En segundo lugar que se practique la primera actualización conforme al IPC desde abril de 1996. En tercer lugar que se descuente de la deuda reclamada todas las cantidades en su día indicadas o en su defecto al menos las 118.000 pts. de gastos de comedor.

Entrando sin más dilación en las cuestiones planteadas, de las pruebas obrantes en autos resulta que con fecha 27 de enero de 1995 recayó sentencia de separación entre los litigantes (folios 15 y 16) que aprobó el convenio regulador de fecha 13 de octubre de 1994 (folio 4) en todos sus extremos, en virtud del cual se estipuló en la cláusula tercera, que la madre en concepto de alimentos para la menor abonase 25.000 pts. mensuales, sujeto a las variaciones que experimentase el IPC.

A la luz de estos datos, dado que la demanda de separación se presentó de mutuo acuerdo, la sentencia que la declaró adquirió firmeza el día de su fecha, pues contra la misma no puede haber recurso de apelación puesto que las partes estaban conformes tan-

to con la separación como con los efectos derivados de la misma recogidos en el convenio regulador que fue aprobado en su integridad por la resolución judicial, siendo inadmisibles en consecuencia que ninguna de las partes se pueda alzar en apelación contra la misma pues irían contra sus propios actos, por lo que el cómputo de los plazos viene perfectamente realizado desde febrero hasta diciembre de 1995 resultando de dicho año una deuda de 275.000 pts.; siendo rechazado en consecuencia el primer motivo del recurso.

En cuanto al mes en que procede la actualización conforme al IPC, dado que en el convenio no se prevé nada al respecto y la Sentencia se dictó a primeros de año, teniendo en cuenta que la demanda que acompañaba del convenio se presentó a finales del año anterior, la Sala considera más ajustado a derecho y en consonancia con la doctrina emanada de esta Sala que la actualización se realice en enero de cada año, procediendo la primera en el año 1996 como con acierto se establece en la demanda que estima la sentencia de instancia por lo que el segundo motivo del recurso ha de ser desestimado.

Por último, las únicas cantidades descontables y sólo por esta vez, son los gastos de comedor que a la vista de los folios 41 y 58 ha debido satisfacer la madre careciendo de

credibilidad la certificación obrante al folio 46 aportada por el padre dado su carácter de Jefe de Estudios del Instituto al que está adscrito el colegio Público donde estudia su hija, además, que el único documento con firma original, que no fotocopiado, es el obrante al folio 58 donde el Director del co-

legio de la hija Elvira certifica que “la madre se ha hecho cargo con regularidad y personalmente de los recibos del comedor escolar durante los cursos 1995/96 y 1996/97, con el consentimiento tácito del esposo, puesto que en ningún momento realizó manifestación en contra”.

2. *Eficacia retroactiva de la pensión alimenticia fijada por la Audiencia Provincial desde la fecha de la sentencia de instancia. No devolución de pensiones alimenticias ya abonadas.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Auto de 6 de julio de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz.

La parte actora sostuvo ante la Sala el recurso contra la resolución de instancia, expresando como único motivo el indebido mantenimiento de la retención de sus haberes, en cuanto a la deuda, por alimentos devengada en el periodo de tiempo comprendido entre la sentencia de modificación de medidas reguladoras del divorcio dictada en la instancia, y la pronunciada por la Audiencia Provincial de Barcelona, al entender que la supresión de las pensiones alimenticias que se decretó es efectiva desde la fecha de la sentencia de instancia.

El enjuiciamiento de la pretensión deducida en la alzada requiere consignar el “iter procesal” de la ejecución que, en lo sustancial, es el siguiente: a) la sentencia de esta Sala de fecha 19-6-1998, dictada en trámite de apelación por el incidente de modificación de medidas reguladoras del divorcio (autos 179/97 del juzgado “a quo”) extinguió las pensiones de alimentos que aquella resolución reconocía a favor de los dos hijos mayores de edad, y revocó en tal extremo la sentencia de instancia de fecha 3-11-1997; b) solicitado por el actor el levantamiento de la retención de sus haberes, en cuanto a la

deuda devengada desde la dicha sentencia de instancia, al no haber satisfecho la obligación, el juzgador dispuso mantener la traba interesada por la parte demandada, para la liquidación de la deuda generada hasta la fecha de la sentencia dictada en apelación, no reconociendo efectos retroactivos a la supresión de las pensiones, mediante Auto de 28.9.1998, que es objeto del presente recurso de apelación.

El artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial manda que las sentencias han de ser cumplidas en sus propios términos, lo que, en el caso que se enjuicia, representa que las pensiones a favor de los hijos mayores de edad fijadas en la sentencia de divorcio fueron suprimidas por la sentencia definitiva dictada en el incidente de modificación de medidas. La eficacia retroactiva de la resolución de esta Sala deriva de lo que establece el párrafo cuarto del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, “a contrario sensu”, toda vez que la sentencia dictada en instancia quedó en suspenso hasta que fue sustituida por la recaída en la apelación, produciéndose la ficción legal de que ésta última despliega su eficacia desde la

fecha de aquélla, toda vez que si el juzgador de instancia hubiese aplicado los criterios definitivamente sentados por el tribunal revisor, las obligaciones enjuiciadas hubiesen quedado extinguidas desde que fue dictada la resolución en la instancia. En el caso de autos es evidente, por otra parte, que la ejecución despachada respecto a periodos posteriores a la finalización del proceso en la instancia, después de haber recaído sentencia firme en apelación, implica un claro abuso de derecho de la parte ejecutante que, con apoyo en la apariencia formal de la vigencia, de un derecho, ha obtenido un lucro indebido, lo que no deben tutelar los tribu-

nales, en base a lo que establece el artículo 7.2 del Código Civil.

La pretensión de la parte recurrente de que se condene a la demandada a la devolución de las cantidades percibidas por la retención impropriamente practicada no puede ser atendida, toda vez que, versando la materia sobre prestaciones alimenticias, éstas son de carácter y naturaleza esencialmente consumibles y, en cualquier caso, dispuso el recurrente de la posibilidad de interesar la suspensión de la ejecución prestando fianza bastante en la instancia, o solicitar ante la Sala la admisión del recurso en ambos efectos, tal como establece el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. *Condena en costas e intereses a la parte que incumple lo resuelto en la sentencia matrimonial.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Auto de 23 de junio de 1999.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Mireia Salva Cortés.

Insta el apelante la revocación del auto recurrido, por cuanto, no obstante haber pedido única y exclusivamente por la otra parte se fijara la suma de 25.000 pts. en concepto de costas, se condena al recurrente al pago de la cantidad de 50.000 pts. en concepto de intereses y costas, lo que, además, resulta contrario al beneficio de justicia gratuita que le ha sido concedido.

La tesis del recurso carece de base y viabilidad, por cuanto el artículo 950 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone expresamente la imposición de costas en las diligencias derivadas de ejecución de sentencia a la parte que haya sido condenada en la

sentencia de cuya ejecución se trata, aparte lo dispuesto en los artículos 47 y 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el artículo 36 de la Ley de Asistencia Gratuita de 10 de enero de 1996, que igualmente hacen referencia al pago de las costas, con independencia de la obtención de la Asistencia y con respecto a los intereses, su devengo son igualmente de base normativa conforme al artículo 1108 del Código Civil, por lo que procede ratificar su pago, al haber existido mora por parte del apelante en el cumplimiento y efectividad de las pensiones que se le reclaman, lo que determina la desestimación de su recurso.

4. *Eficacia de la pensión compensatoria desde la sentencia de 1.ª instancia al haber sido confirmada en apelación.*

AP MADRID, Sec. 22.ª, Sentencia de 16 de julio de 1999.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Sánchez Franco.

Partiendo que la propuesta del Convenio Regulador protocolizado notarialmente, por su falta de ratificación y sanción judicial no es por esta razón un elemento determinante ni vinculante a los efectos de la fijación de la pensión compensatoria, sino, por el contrario, un elemento más a la hora de su determinación judicial, según el artículo 97 del Código Civil, sirviendo de orientación y referencia como en el presente caso de autos, en que no existe una concreción de la situación económica y patrimonial de los litigantes; circunstancia ésta, que unida a la forma y modo de vida llevada por el matri-

monio reveladora de una holgada situación económica y de dependencia de la esposa frente al esposo según el status del matrimonio, conlleva necesariamente a la conclusión de confirmar la cuantía de la pensión compensatoria fijada en 1.ª instancia al no concurrir error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba a los efectos de su cuantificación; pensión compensatoria que al ser confirmada en esta instancia tendrá efectividad desde la fecha de la sentencia de 1.ª instancia tanto en su cuantía como en la temporalidad de la misma a los efectos de computar los cinco años de vigencia.

VIII. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

1. *La circunstancia de que la esposa conociera desde el mismo momento de su celebración el contenido del contrato suscrito exclusivamente por su esposo y los terceros implica la existencia del consentimiento tácito en la disposición de bienes gananciales.*

AP ORENSE, Sentencia de 24 de abril de 1999.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús F. Cristín Pérez.

D.ª Carmen y D. Gustavo, casados en régimen de gananciales eran propietarios de un local, en el que explotaron, hasta finales de 1994, un negocio de hostelería que giraba bajo el nombre de “Bar M.”.

Que el 20 de diciembre de ese mismo año el esposo y los cónyuges demandados D. José Ramón y D.ª María del Pilar, por medio de documento privado, otorgaron contrato en el que el primero da en arrendamiento a

D. José Ramón el local, junto con todos los enseres existentes en el mismo y que son inventariados en documento separado, pactándose una renta mensual de 95.000 pesetas revisables y se añade que se concede al arrendatario la opción a adquirir el expresado local por el precio de 25.000.000 de pesetas, fijándose unos plazos para el pago y al poner en conocimiento del transmitente que tenía a su disposición en una oficina bancaria el importe del segundo plazo, la demandante requiere notarialmente a D. José Ramón para que deje a su disposición, libre, el local al ser nulo el contrato por no haber prestado su consentimiento, nulidad que, como petición esencial, deduce en la demanda. El demandado comparecido se opone a la pretensión de adverso y subsidiariamente interesa que se declare subsistente el contrato de arrendamiento, y, en otro caso, que se declare la nulidad completa y se proceda a restituírle las cantidades pagadas con sus intereses, gastos realizados en el negocio y daños y perjuicios. La sentencia recaída en la primera instancia desestima íntegramente la demanda.

La cuestión esencial a resolver, a la vista del planteamiento hecho por las partes, es la relativa a la determinación de si la demandante consintió el contrato concertado por su esposo y el demandado D. José Ramón el 20 de diciembre de 1994, antes o después de firmado el documento privado, en el cual figura, al pie y al margen de cada una de sus hojas, firmas supuestamente estampadas por D.^a Carmen, si bien la actora niega que fuesen puestas por ella, negativa que quedó acreditada por medio de prueba pericial, lo que impone indagar si, pese a su no intervención material en la venta, puede entenderse que prestó su conformidad y, por consiguiente, consintió la operación verificada por su cónyuge.

Como cuestión previa, es necesario determinar el alcance del negocio jurídico convenido por los contratantes. En principio pudiera pensarse que se trata de un contrato de arrendamiento de industria con opción de compra a favor de los arrendatarios; sin em-

bargo en él se conviene la venta, ya que se fija un precio cierto y se determina la forma de pago, con una entrega de 3.500.000 pesetas en efectivo en el momento de la firma del documento, y con señalamiento del momento en el que habrían de hacerse los abonos posteriores. Pero las partes previenen, también, en interés del vendedor, de que, como si se pactase una reserva de dominio, que en tanto no se liquidaba todo el precio el comprador se obliga a pagar una cantidad mensual, 95.000 pesetas, revisables, lo que no supone otra cosa que una mera contraprestación en compensación al aplazamiento del pago, pero sin que esto para nada desnaturalice la naturaleza de contrato de compraventa. En esta materia el principio de igualdad jurídica entre cónyuges, instaurado por la reforma operada en el código Civil por Ley 10/1981, de 13 de mayo, cristaliza en el régimen de coadministración o codisposición de los bienes gananciales, ya sea a título gratuito u oneroso, así, el artículo 1377 del expresado Código previene el consentimiento de ambas cónyuges cuando se trata de actos de disposición a título oneroso, hasta el punto de que la falta de alguno de ellos determina la anulabilidad del contrato que puede demandar aquél cuya autorización se omitió o sus herederos, pero el contrato puede ser confirmado, sin embargo, de forma expresa o tácita, como dispone el artículo 1322, si el mismo asiente posteriormente, antes de que se decrete su ineficacia.

Las sentencias de 8 de noviembre y de 5 de diciembre de 1983 y 24 de mayo de 1995 declaran que si bien es preciso el consentimiento de ambos esposos para la venta de bienes inmuebles gananciales, sin embargo puede ser prestado de forma expresa o tácita, antes o después de celebrado el negocio, e incluso “el silencio puede ser revelador de consentimiento”, la no oposición a la enajenación conociéndola, ausencia de perjuicio o fraude (sentencia de 16 de abril de 1985). Transcurrido un largo período de tiempo desde que se materializó la venta sin que mediase reclamación por quien podría ha-

cerlo, se evidencia la concurrencia de consentimiento tácito. En el supuesto a que se contrae el recurso, el local objeto del contrato cuya nulidad, por falta de consentimiento, pretende la demandante por entender que fue otorgado por su esposo sin que ella tuviese noticia, era ganancial ya que fue adquirido a título oneroso por este último constante matrimonio (sentencia de 8 de marzo de 1996), sin que sobre este extremo medie discusión entre las partes litigantes comparecidas; sin embargo, como certeramente se razona en la sentencia apelada, la prueba practicada evidencia que la apelante conoció, desde el momento mismo de la celebración del contrato, su contenido; ella misma reconoce en su escrito de demanda que regentaba, junto con su esposo, el negocio de hostelería en el local (el demandado sostiene que era el marido el único que trabajaba en el Bar), que decidieron traspasar (supuesto totalmente improcedente dado que eran propietarios y no arrendatarios), que tuvieron ofertas, una de ellas, de D. Servando que, dice, ofreció 8.000.000 de pesetas por el traspaso y 100.000 pesetas mensuales de renta, propuesta, asegura, que no fue aceptada por su marido, pese a que, según relata, intentaba cobrar únicamente 2.000.000 de pesetas, si bien después pedía un premio de 10.000.000 (D. Servando, en prueba testifical propuesta por la actora mantiene cosa diferente, ya que asegura que no aceptó alquilar el local al exigírsele el pago de una cantidad además de la renta), y que transcurrido un tiempo se decidió a traspasar el codemandado D. José Ramón por 8.000.000 de pesetas y una renta de 95.000 pesetas (no se comprende que no se aceptase una oferta superior) y que se enteró de la existencia del documento privado al recibir una carta del arrendatario, fechada el 26 de junio de 1996 (más de año y medio desde la celebración del contrato) y dirigida a su marido (la abrió ella, lo que indica su intención directa en los negocios familiares) y en la que se hacía referencia al contrato de opción de compra, lo que le resultó raro ya que nada había firmado al respecto. Al formular la

posición cuarta del escrito de confesión judicial a rendir por el demandado D. José Ramón se dice como es cierto que D. Gustavo, esposo de la actora y codemandado no comparecido, le remitió telegrama el 3 de julio de 1996 en el que se le indicaba que tenía a su disposición la cantidad de 5.000.000 de pesetas (abono de tres de los plazos previstos en el contrato) y que por error había percibido, lo que revela que son la accionante y su cónyuge, de común acuerdo, los que pretenden la nulidad del contrato, basándose en que la firma puesta en el documento privado a nombre de D.^a Carmen no fue estampada por ella (el comprador asegura que fueron al local él y el vendedor y que estuvieron con una hija de este último, subiendo ambos al domicilio, en el mismo inmueble, para que lo firmase D.^a Carmen, y al bajar se lo entregaron cumplido el trámite), o cuando menos el entregado al comprador, ya que el duplicado, con el que se quedó el vendedor, no fue aportado a los autos, ni con la demanda ni en fase de prueba (el demandado comparecido propuso como prueba documental que se requiriese a D. Gustavo a que lo exhibiese, y aunque no fue requerido al efecto, pese a haberse admitido la prueba, la pertinente providencia fue notificada a su procurador y pese a estar citado en su domicilio, en la persona de su mujer, no compareció para la práctica de la diligencia). Si a todo esto se añade que la postulante vive en un piso del mismo inmueble donde está emplazado el local litigioso, recibe notificaciones, abre la correspondencia y colaboraba con su marido, el vendedor, en la explotación de los negocios familiares, no puede sostenerse, obrando de buena fe, que ignoraba la enajenación efectuada por su esposo. Además, en el año 1994 el precio pagado por un local de 92 m² en el barrio del Couto de Ourense, 25.000.000 de pesetas, con el cobro de casi cien mil pesetas mensuales por el aplazamiento del pago, suponía, por ser notorio, que el negocio era ventajoso para los vendedores, con independencia de que, en años sucesivos, la zona haya adquirido mayor auge.

Al estimar la Sala que del conjunto de la prueba practicada, apreciada según las reglas de la sana crítica, que la demandante conoció en todo momento la voluntad de su esposo de otorgar el documento cuya nulidad postula, y que estuvo conforme con el

mismo, la que supone que prestó el pertinente consentimiento, procede confirmar la sentencia desestimatoria recurrida, con la consecuencia impuesta por el artículo 710 del Código Civil de que se impongan las costas del recurso a la apelante.

2. *Carácter privativo del inmueble adquirido por uno de los cónyuges constante el matrimonio al haber quedado acreditado que el importe del mismo se satisfizo con fondos de una cuenta bancaria privativa.*

AP ALICANTE, Sec. 6.ª, Sentencia de 19 de mayo de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Prieto Lozano.

La cuestión esencial que se debe de dilucidar en esta litis es la de determinar cuál sea la condición o naturaleza, bien ganancial o bien privativa, que haya de atribuirse al inmueble que el demandado adquirió a título de compraventa y en escritura pública a su favor otorgada con fecha 27 de mayo de 1994 por D.ª Isabel y otros.

Al respecto la prueba documental practicada en esta alzada a instancia del recurrente, en especial y en concreto el extracto informe emitido por el “Banco B.” aclara nítidamente y sin dar lugar a duda racional alguna que el precio que se satisfizo a la vendedora, la suma que percibió en tal concepto parte en metálico y en su mayor proporción mediante un cheque librado en la indicada fecha con cargo al saldo que presentaba la cuenta del demandado, era toda ella parte integrante del peculio particular y privativo de D. Manuel, cuenta corriente número ... en la indicada entidad bancaria y no tenía por ello la condición de común a los cónyuges o ganancial; y así lo vino a reconocer la actora al absolver la posición quinta de las que se le formularon.

Es claro, en consecuencia, que la presunción de ganancialidad que se establece en el art. 1361 del CC ha sido plena y satisfactoriamente desvirtuada y que debe por ello otorgarse la condición de bien privativo, de la exclusiva propiedad del comprador D. Manuel, al inmueble objeto de tal venta y por operar en este caso el principio de subrogación real que se establece en el art. 1346 3.ª del mismo texto legal y que el recurrente invoca con acierto en su escrito de recurso.

Tal conclusión no queda desvirtuada por la circunstancia, a la que la sentencia de instancia otorga una relevancia de la que carece a los fines decidir acerca de la cuestión de fondo de este proceso, referida a que el demandado al comparecer ante el fedatario público que autorizó la indicada compraventa en fecha 27 de mayo de 1994 manifestase, sin ajustarse a la realidad, ser de estado viudo, cuando por el contrario había contraído matrimonio canónico con la promotora de esta litis D.ª Aurora en fecha muy anterior el 24 de abril de 1986, sin perjuicio de que en tal fecha no hubiese sido inscrito en el Registro Civil, inscripción efectuada casi

un año más tarde, el día 10 de mayo de 1995. Tal extremo no veraz puede y debe de ser objeto de la oportuna rectificación tanto en la escritura antes mencionada como en la inscripción que en el Registro de la Propiedad causó la misma en el folio correspondiente a la finca objeto de la indicada com-

praventa, pero ello no puede determinar la naturaleza del bien adquirido por el demandado D. Manuel con dinero procedente en exclusiva de su peculio privativo y que por ello en su patrimonio privativo, y no en el del ganancial del matrimonio, debe quedar integrado como bien privativo.

3. *Inclusión en el activo de la sociedad de las cantidades que el esposo extrajo de la cuenta antes de disolverse la sociedad de gananciales.*

AP LEÓN, Sec. 2.^a, Sentencia de 24 de mayo de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Alberto Francisco Álvarez Rodríguez.

Al haberse aquietado la esposa con la sentencia que estimó parcialmente la demanda por ella planteada, se reduce la cuestión a tratar en esta alzada a si los 2.300.000 ptas. que el demandado recurrente y esposo extrajo de una cuenta bancaria que el matrimonio tenía abierta en el "Banco C." tenían carácter ganancial y a si, al haber dispuesto de ellos en fechas considerablemente anteriores (en concreto el 3 de noviembre y el 9 de diciembre de 1994) a la fecha de la disolución de su sociedad conyugal, acaecida con ocasión de la sentencia que decretó su separación matrimonial, de fecha 3 de octubre de 1995, deben ser reintegrados o comprendidos en el activo a efectos de su liquidación o, por ser más exactos, pues no hay más bienes con la consideración de gananciales que no estén ya adjudicados y es lo que se concedió en la sentencia apelada, si debe ser condenado el demandado a abonar a la actora la mitad de su importe.

Indiscutible por no discutida la condición de ganancial del dinero litigioso, que cuenta, además, a su favor con la presunción del artículo 1361 del Código civil, cierto es que, en principio y a tenor de lo dispuesto en el

núm. 1 del artículo 1397 del mismo cuerpo legal, los bienes que han de comprenderse en el activo al proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales son los que tuvieren este carácter en el momento de la disolución, que, en base al núm. 3 del artículo 1392, entre otras causas, se produce cuando judicialmente se decreta la separación de los cónyuges; mas, como se establece en el núm. 2 del citado artículo 1397, en el activo también habrán de comprenderse el importe actualizado de las cantidades que constituyen créditos de la sociedad contra uno de los cónyuges, categoría en la que encaja, en base a lo dispuesto en los artículos 1390 y 1391, la disposición dineraria hecha por un cónyuge en fraude de los derechos del otro, que es precisamente lo ocurrido en el caso analizado, en el que ni el esposo ni su representación han dado una explicación convincente de la razón de tan importantes disposiciones pecuniarias en un plazo de tiempo tan pequeño y para una persona con unos ingresos como los suyos (en torno a las 70.000 ptas. mensuales), máxime si aquéllas no fueron únicas, sino que hubo otras menos importantes, sobre las que no hemos de en-

trar a efectuar ningún tipo de análisis por no haber sido cuestionadas. Así, el primero, en confesión judicial, reconoció que cuando ya estaba en trance de separarse de su mujer, “ante el temor que le producía el tener que abandonar su casa” empezó a sacar dinero —se diría que compulsivamente— de la

cuenta común, hasta dejarla a cero, ignorando en qué lo gastó; y la segunda (su representación) se limitó a sostener en sus escritos y en el acto de la vista que lo precisó para todos los gastos de mantenimiento de la casa y para pagar a una persona que limpiase y cocinase.

4. *No procede estimar la acción de rescisión de las capitulaciones matrimoniales interpuesta por un acreedor al tratarse de una acción de carácter subsidiario ante la inexistencia de bienes, circunstancia que no se da en el presente supuesto.*

AP LUGO, Sentencia de 7 de abril de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Edgar Armando Fernández Cloos.

Con respecto a la acción rescisoria hemos de tener presente, conforme nos enseña la jurisprudencia, que los dos requisitos exigidos como dato “sine qua non” para el éxito de la acción pauliana, también denominada revocatoria, están establecidos en los artículos 1111, 1291.3 y 1294, todos del Código Civil, y están constituidos por el carácter subsidiario de dicha acción y por la existencia de un fraude de acreedores o fraude en el derecho de los mismos, y así se proclama paladinamente en las sentencias de la Sala 14 del TS de 16 de marzo de 1989 y 14 de abril de 1998, cuando dicen que los dos requisitos que condicionan el éxito de la acción revocatoria, son el de que el supuesto deudor carezca de bienes suficientes para atender el pago del crédito en cuestión y que la enajenación haya sido celebrada en fraude de acreedores”. También el Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 28-11-1997, requiere el propósito defraudatorio, tanto del que enajena como del que adquiere la cosa objeto de la enajenación, y la ausencia de todo otro medio que no sea la rescisión de ésta para obtener la reparación del perjui-

cio inferido al acreedor. Esta última circunstancia viene a constituir una premisa referente al carácter subsidiario de la acción rescisoria que en el presente caso no se ha respetado.

La sentencia que ahora se recurre ya razona con acierto que los ahora demandantes podían haber ejercitado su acción en contra del patrimonio matrimonial a virtud de lo señalado en el art. 1317 del C. Civil, al respecto también es contundente la doctrina del Tribunal Supremo en cuanto afirma que (vid. STS 7-11-92) que uno de los requisitos esenciales para que los contratos puedan rescindirse por razón de fraude está constituido por la exigencia de que el acreedor no pueda cobrar de otro modo lo que se le debe (en. 1291.3 CC), pues dado el carácter subsidiario de la acción rescisoria que proclama, también, el art. 1294 del mismo cuerpo legal, sólo puede ejercitarse cuando se carezca de todo recurso legal para obtener la reparación del perjuicio, requisito que no se da en este caso, pues si la disolución y subsiguiente liquidación de la sociedad de ganan-

ciales como consecuencia de las capitulaciones otorgadas vigente el matrimonio — en las que se modificó el régimen económico del matrimonio y se adoptó el de separación absoluta de bienes (art. 1392)— no perjudica en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (art. 1317 CC), si el art. 1401 de este texto legal dispone que mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservan su derecho contra el cónyuge deudor, respondiendo, también, el cónyuge no deudor con los bienes que se le hayan adjudica-

do pues la correcta aplicación del citado art. 1317 no puede llevar nunca a la solución rescisoria y en este sentido se pronuncian las SSTs de 4 de mayo y 10 de septiembre de 1987 según las cuales la pervivencia de la responsabilidad patrimonial ganancial, no obstante las modificaciones del régimen económico matrimonial realizadas constante matrimonio, “no significa la invalidez de la escritura en que se estipuló el régimen de separación de bienes, se liquidó la preexistente sociedad de gananciales, y se adjudicaron los bienes de la misma”.

IX. PROCEDIMIENTOS DE MENORES

1. *Investigación de la filiación biológica por el adoptado. Denegación de datos.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Auto de 31 de julio de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón.

La Ley Catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, en su Capítulo II, Sección Tercera, referida a los efectos de la adopción, en su artículo 28 establece que, sin perjuicio de lo determinado en el artículo 34, el adoptado, a partir de la mayoría de edad, puede ejercer las acciones que conduzcan a indagar quiénes han sido sus progenitores biológicos, lo que no afectará a la filiación adoptiva. La exposición de motivos de la indicada legislación, vigente en la época de la incoación del presente expediente de jurisdicción voluntaria, justifica el redactado del precepto calendario, en razón al principio de la verdad biológica, propio e histórico del derecho civil ca-

talán, indicando que tal indagación de los padres por naturaleza, debe entenderse a los efectos de este simple conocimiento. Con posterioridad el Código de Familia, Ley 9/1998, de 15 de julio, ha reproducido en su artículo 129.1 el antiguo artículo 28 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción.

Es harto frecuente en la actualidad histórica la búsqueda de la identidad de los padres biológicos, por parte de los sometidos al instituto de la filiación adoptiva, no surgiendo ningún problema cuando la identidad de los padres por naturaleza consta en el Registro Civil, por haberlo reconocido en su

día como hijo. Tampoco será obstáculo a tal conocimiento la situación de no haber sido reconocido por la madre biológica, imposibilitando la inscripción como tal, cuando la identidad de ésta conste en el parte médico de nacimiento, por cuanto tal documento estará archivado en el Registro y por consecuencia el interesado podrá tener acceso al mismo cumpliendo los requisitos establecidos en la propia legislación del Registro Civil.

La problemática se plantea cuando, por haber manifestado la madre en el parto el deseo de preservar su identidad, no conste su nombre en el parte médico del nacimiento. En estos supuestos el único rastro factible para conocer la identidad se encontrará en los registros clínicos del Centro o Institución en donde tuvo lugar el nacimiento.

En el caso de autos, en los que se persigue la identidad de los padres biológicos del solicitante, se hace preciso reflejar las siguientes circunstancias fácticas, a saber:

A) D. Ignacio, instante del presente expediente de jurisdicción voluntaria, nació en la Casa de la Maternidad de Barcelona;

B) Fue bautizado en la Parroquia de Santa Tecla;

C) Fue inscrito en el Registro Civil de Barcelona consignando el Sr. Juez y a efectos identificativos los nombres de Ignacio y María, y los apellidos de “R. V.”, y el nombre de los padres Ignacio y Juana”; D) Salió de la Maternidad confiándosele al matrimonio P. V., vecinos de Barcelona, los cuales lo adoptaron plenamente en el año 1969, mediante escritura pública ante el Notario; E) D. Ignacio instó escrito ante la Diputación de Barcelona, Servicio de Acción Social, en solicitud de los datos que constasen en relación a su madre biológica, siéndole concedida la pertinente información, no afectante a los derechos fundamentales de terceras personas, mas con la denegación, mediante Decreto de la Presidencia del Área de Servicios Sociales de fecha 27 de junio de 1997, de los datos de identificación de la madre biológica, en atención a no haber habido reconocimiento de la filiación, ni intención de

reconocimiento futuro, y de no darse la autorización de la madre biológica para revelar su identidad a su hijo, por lo que ante la renuncia expresa de la madre, resultaba necesaria la autorización judicial para la resolución de tales datos identificativos.

El artículo 28 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, al proclamar la facultad del adoptado mayor de edad para indagar los datos identificativos de sus padres biológicos, lo hace sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 de la Ley, que determina que todas las personas que prestando o no servicios en el organismo competente de la Generalitat o en las instituciones colaboradoras, intervengan en la constitución del acogimiento preadoptivo o en la adopción, están obligadas a guardar secreto de la información que obtengan y de los datos de identificación de la filiación de los acogidos y adoptados, y a evitar muy especialmente que la familia de origen conozca la preadoptiva o la adoptiva.

La indicada legislación establece una importante limitación al conocimiento de los datos identificativos de los padres biológicos, que puedan emanar de las personas a las que el artículo 34 se refiere. Asimismo la legislación del Registro Civil ampara el derecho de la mujer a ocultar su identidad en el parto (artículos 167 y 181 del Reglamento del Registro Civil, en concordancia con los artículos 44 de la Ley de Registro Civil y artículo 122 del Código Civil). Por último los artículos 16 al 20 del Código de Ética y Deontología Médica imponen y regulan el deber de secreto profesional del médico, que se extiende a sus colaboradores, y el artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, garantiza la confidencialidad de toda información relacionada con el proceso y estancia de los usuarios en instituciones públicas sanitarias.

Tales limitaciones al derecho recogidas en el artículo 28 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, determinan la consecuencia de que la facultad de instar y obtener datos identificativos de la filiación biológica no es

en derecho de carácter absoluto, al surgir tales evidentes limitaciones, y sobre todo ante la necesaria y más absoluta tutela del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizadas por el artículo 18 de la Constitución Española, que podrían verse afectados, en el supuesto de que la madre biológica no desee revelar su identidad, supuesto que acontece en el caso de autos en que no se da el consentimiento de la persona afectada. Si a ello sumamos el perfil psicológico del instante, reflejado en el informe médico obrante en las actuaciones, en el que se refleja una personalidad psicopática con fondo de oligo-

frenia, y el deseo de averiguar la identidad biológica de sus progenitores, como consecuencia de un proceso reactivo contra sus padres adoptivos, es obvia la necesidad de preservar el deseo de la madre de resguardar su identidad, dado surgir serias dudas de los beneficios que la revelación pudiera ocasionar para todos los implicados, y cuál fuere el destino o finalidad perseguida por el solicitante, si se tiene en cuenta su incapacidad para reflexionar y deducir las consecuencias de la decisión que ha tomado, tal como se refleja de forma unívoca del informe psiquiátrico obrante en autos.

2. *No procede suspender las visitas cuando los menores se encuentran internados en un centro.*

AP MÁLAGA, Sec. 5.^a, Auto de 9 de julio de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Mariano Fernández Ballesta.

La parte apelante impugna la resolución de instancia alegando que en lo actuado no se aprecian motivos suficientes para suprimir la comunicación de su defendida con sus hijas, y que no puede considerarse causa suficiente el hecho de que la madre sea pobre, analfabeta y que tenga muchos hijos. Que las hijas a que se refiere el expediente son ya casi adultas, de modo que a una de ellas solo le faltan dos años para alcanzar la mayoría de edad civil, y por otra parte no se ve que la comunicación con la madre signifique, a estas alturas, un peligro para los menores.

El Ministerio Fiscal solicita la confirmación del auto apelado por sus propios fundamentos, y la Letrado de la Junta de Andalucía solicita asimismo la desestimación del recurso, exponiendo que con fecha 23 de ju-

nio de 1998 se han entregado los menores en acogimiento preadoptivo, si bien tal acuerdo se encuentra recurrido, y que la medida provisional ha sido prorrogada. Que en el expediente administrativo consta que la madre no puede atender a los doce hijos que tiene, hasta el punto que ha tenido que repartirlos a otras personas para que se hagan cargo de su cuidado, y que la supresión del régimen de visitas se ha pedido con vistas a un posterior acogimiento familiar.

El recurso debe prosperar, dado que el art. 161 del Código Civil, invocado como fundamento de derecho por el Sr. Juez “a quo”, autoriza la suspensión de la comunicación con los padres, cuando proceda, con respecto a los menores acogidos, y en el presente caso, al momento de resolución apelada no hay prueba alguna en los autos

de que las menores estén dadas en acogimiento familiar. La posible circunstancia de que con posterioridad hayan sido dadas en acogimiento familiar por resolución no firme es una materia nueva que no puede ser tenida en cuenta sin producir indefensión a la contraparte, y significa una inadmisibile “mutatio libelli”, que en el presente caso cobra especial relieve en cuanto pone de manifiesto que la medida se ha solicitado y concedido prematuramente, es decir con ante-

rioridad al acuerdo firme por el que se constituye el acogimiento familiar; por ello teniendo en cuenta que al dictarse el acuerdo recurrido las menores se encontraban simplemente bajo la tutela temporal de la entidad pública al amparo de lo dispuesto en el artículo 172.2.º del Código Civil, ha de concluirse que la suspensión de comunicaciones acordada carece de base legal y debe por ello ser revocada con estimación del recurso.

X. FILIACIÓN

1. *No es obstáculo para la declaración de filiación que el hijo haya dejado transcurrir un largo plazo de tiempo para el ejercicio de la acción, ya que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 133.1 del Código Civil, la misma podía ejercitarla durante toda su vida.*

AP SALAMANCA, Sentencia de 8 de junio de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ildefonso García del Pozo.

Propuesta por el demandante la práctica de la prueba biológica, con anterioridad incluso a la admisión de la misma manifestó el demandado a medio de escrito presentado por su representación procesal, especialmente apoderada al efecto, “su negativa a someterse a cualquier prueba de análisis de sangre y especialmente a las interesadas de contrario, amparándose en los derechos a la protección de la intimidad e integridad física que le conceden los artículos 15 y 18 de la Constitución Española amén de su delicado estado de salud y edad (85 años)”. Y una vez admitida como procedente la práctica de tal prueba, tras ser informado personalmente el demandado por el Juez “a quo” en la comparecencia celebrada al efecto con fecha 20 de octubre de 1998 (folio 171) de la necesidad de la realización de tal prueba,

del carácter inofensivo de la misma para su estado de salud y de las consecuencias que de su negativa podrían derivarse, dicho demandado manifestó haber entendido correctamente los términos del requerimiento y se negó nuevamente a someterse a la prueba de paternidad.

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial, si la negativa a la práctica de dicha prueba no puede encontrar justificación en los derechos a la protección de la intimidad e integridad física, si además en el caso presente no existía contraindicación médica alguna por el estado de salud y edad del demandado, y si además se consideraba estrictamente necesaria al no existir otro medio de prueba que pudiera acreditar o descartar la paternidad reclamada, ha de concluirse

que la negativa del demandado, al carecer de toda justificación jurídica, puede ser perfectamente valorada como un indicio muy cualificado en orden a acreditar la paternidad cuestionada, sobre todo, teniendo en cuenta que la pretensión del demandante, considerando el principio de prueba aportado, no se manifestaba como carente de todo fundamento o absolutamente infundada.

Además la sentencia de instancia no ha basado el pronunciamiento estimatorio de la demanda exclusivamente en la negativa del demandado a someterse a la práctica de la prueba biológica, sino ello en unión de los demás datos e indicios resultantes de las pruebas practicadas en el procedimiento, que aparecen detalladas en el fundamento jurídico sexto de la misma, como son sustancialmente las siguientes:

a) que el demandado don Alejandro y doña Justina, madre del demandante, nacieron en el año de 1913 en el pueblo de ..., donde convivieron y fueron vecinos durante veintiuno o veintidós años, es decir, hasta 1934 o 1935, año en que el referido demandado se marchó de la citada localidad;

b) que durante dos o tres años, aproximadamente entre 1931 y 1935, el demandado y la madre del demandante mantuvieron relaciones de noviazgo, según han manifestado los dos testigos que han depuesto en el procedimiento, no existiendo, a pesar de lo alegado por la defensa del demandado, mo-

tivos para dudar de la veracidad de sus manifestaciones, ya que tanto por la edad que tenían al tiempo del nacimiento del demandado como por el impacto que sin duda hubo de producir el nacimiento de un hijo fuera del matrimonio en un pueblo tan pequeño, es plenamente creíble el recuerdo que manifiestan tener de aquellos sucesos; y por otra parte, aun cuando es verdad que en estos momentos cuentan ya con una edad avanzada, padeciendo los achaques propios de la misma, no existe la más mínima prueba o indicio que acredite que no se hallan en la plenitud de sus facultades mentales;

c) que tanto el demandante como el demandado padecen de diabetes, enfermedad que, según el informe del Sr. Médico Forense, puede tener un componente hereditario.

Y por ello, en base a tales datos e indicios, en manera alguna puede ser considerada errónea la conclusión de la sentencia al deducir de ellos la probabilidad de relaciones sexuales entre el demandado y la madre del demandante en la época inmediata anterior al nacimiento de éste, deduciendo, pues, con plena lógica, la paternidad de aquél, a lo que no es obstáculo que el demandado haya dejado transcurrir un plazo tan largo de tiempo para el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación, pues, en virtud de lo dispuesto en el artículo 133. 1, del Código Civil, la misma podía ejercitarla durante toda su vida.

XI. UNIONES DE HECHO

1. *La actividad económica conjunta desarrollada durante la unión de hecho con aportación de esfuerzo personal de ambos deriva en la existencia de actos concluyentes reveladores de un pacto tácito dirigido a formar un patrimonio comunal.*

AP ÁLAVA, Sec. 2.ª, Sentencia de 17 de abril de 1999.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Silvia Viñez Argüeso.

La representación de D.ª Araceli deduce demanda contra D. Domingo para la disolución y liquidación de la comunidad de bienes derivada de la situación de convivencia como pareja de hecho que existió entre ellos, frente a la cual se opone el demandado. El Juzgador de Instancia teniendo por acreditado un periodo de convivencia marital así como la participación activa de la actora en el negocio, rechaza en su integridad la demanda por considerar que no ha quedado acreditada la existencia de un pacto que patentice la voluntad de constituir una comunidad de bienes, razón por la cual no entra a determinar cuál fue el período de convivencia, valorando que la dedicación al negocio debe entenderse compensada. Frente a ello se alza la actora solicitando la íntegra estimación de la demanda llamando en primer lugar la atención de la Sala sobre la relevancia de la concreción del periodo de convivencia, para pasar después a criticar que el Juez “a quo” no entre a valorar la posible existencia de un pacto tácito de comunidad de bienes, el cual entiende la recurrente se patentiza fundamentalmente de las diversas certificaciones bancarias obrantes en autos teniendo por probada asimismo la cotitularidad y gestión común del negocio; con carácter subsidiario la apelante considera de aplicación la teoría del enriquecimiento injusto.

Durante esa convivencia de al menos 10 años como unión no matrimonial, resulta fundamental determinar si existieron aquellos pactos tácitos a los que nos referíamos y también fundamental es determinar desde cuándo comienzan a manifestar las partes actos que los supongan, así como si con posterioridad hay alguno que los contradiga, adelantando que siquiera se alega a efectos dialécticos uno concreto en este último sentido (con independencia de la fecha a mediados de 1994 como ya hemos visto y resuelto). A este respecto considera la Sala de concreta aplicación al supuesto de hecho que nos ocupa, la doctrina recogida por el Tribunal Supremo en la reciente Sentencia de 23-7-98 (en la línea de la de 18-3-95) en el sentido de apreciar que la actividad económica conjunta desarrollada durante la unión de hecho con aportación de esfuerzo personal de ambos, deriva en la existencia de actos concluyentes reveladores de un pacto tácito dirigido a formar un patrimonio comunal, con bienes pertenecientes a ambos, dándose esa recta intención de las partes de considerar que en todo su devenir integrador del patrimonio acontece la triple aportación de gastos, costos e ingresos determinantes de la existencia de esa comunidad; circunstancia a destacar es que también en aquella ocasión la parte que negaba la existencia del pacto tácito restó importancia

en este sentido, ante el Alto Tribunal, a la posesión conjunta de cartillas. Efectivamente no basta la mera convivencia, ni tampoco bastaría la titularidad o posesión conjunta de cuentas bancarias si en éstas no se acreditan asientos positivos efectuados indistintamente por las dos partes (STS de 29-10-97), pero la situación es distinta si como decimos se constata la actividad económica conjunta con aportación de esfuerzo personal de ambos tal y como ocurre en el presente supuesto.

De entrada el nombre del negocio es “Artesanía D.”, recogiendo las dos primeras letras del nombre del demandado y del apellido de la actora; todos los testigos propuestos por la actora coinciden en constatar por activa y por pasiva la participación efectiva de ésta en el negocio expresando su razón de ciencia como colaboradores, trabajadores o clientes; de los testigos propuestos por el actor D.^ª M.^ª Aránzazu manifiesta que no sabe que tengan negocio, D.^ª Margarita declara que no es cierto que sea común, y D. Roberto que las relaciones comerciales las ha mantenido siempre con el demandado lo cual ha de relacionarse con su domicilio en Amorebieta (Vizcaya) y con la testifical del cliente propuesto por la actora, D. Pedro, quien termina declarando que en la tienda estaba más ella durante el día. La participación efectiva de la actora la consideran los testigos por ella propuestos igual a la del demandado sin perjuicio de que al parecer éste pudiera llevar las funciones de representación o administración. Con relación a las ferias obran en autos sendas Certificaciones de la Secretaría del Ayuntamiento obrantes a los folios 20 y 633 sobre los datos del Servicio de Vía pública según las cuales la actora figura como cotitular del demandado para ejercer la venta ambulante durante los años 1989 hasta 1994 incluido, lo cual significa que tienen posibilidad de atender el puesto autorizado (tal y como se constata de las autorizaciones que se acompañan al escrito de demanda), y también aparecen autorizados ambos como titulares desde 1984, no antes, es decir no durante los años

1981 a 1983 lo cual se contradice con la tesis del demandado en el sentido de que sólo él antes se dedicaba al ramo, extremo que sólo acredita respecto de la última quincena de diciembre de 1983, notándose que en 1988 sólo ella tuvo autorización así como que la última autorización de ella es precisamente de 1995 mientras que la de él es la del año 1998 en el que se extiende la certificación; la testigo D.^ª Gemma explica que las partes también se presentaban por separado con el fin de conseguir los permisos porque era a sorteo. Por otro lado además de trabajar los materiales los dos tal y como declara el cuñado de la actora, queda, acreditado que realizaban juntos viajes periódicos a determinados países para adquirir los productos a cuya venta se dedicaban. A los folios 21 y siguientes, y 464, se comprueba que la actora ha figurado de alta en el Impuesto sobre Actividades económicas en diversos períodos entre 1984 y 1995, y el demandado sólo desde 1992. Finalmente resulta básica la amplia prueba documental bancaria obrante en autos a instancia de la actora, destacando ahora: a) Las partes aparecen ya como titulares de la cuenta ... de la “Caja V.” abierta en 1986; igualmente respecto de tres cuentas de la “Caja L.”, la primera de ellas abierta ya el 20-1-89. De los respectivos movimientos no se distingue quién de los dos realiza cada ingreso pero no se olvide que la actividad comercial de donde provenían los ingresos hemos visto que era conjunta (lo cual valoraremos respecto de las cuentas individuales). b) Se acredita que ambos tenían su propia tarjeta de crédito con cargo a una de las cuentas comunes en la “Caja L.” desde enero de 1993 hasta finales de 1995, así como otras dos en el “Banco B.”. c) Tampoco podemos pasar por alto los diversos ingresos que realiza el demandado desde las cuentas conjuntas a las individuales, ni las cancelaciones de aquéllas poco después de la ruptura de la pareja.

Teniendo pues como acreditado que durante el prolongado tiempo vivido como unión no matrimonial ejercieron juntos la actividad comercial de la que ambos obte-

nían sus ingresos así como que al menos desde 1986 se revela un pacto tácito dirigido a formar un patrimonio comunal sin que conste pacto posterior revocatorio, resulta que una vez cesada la convivencia en común y a falta de solución contractual (Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 7-3-88, y, Proposi-

ción de ley orgánica de contrato de unión civil presentada el 18-9-97 en nuestro Congreso hoy todavía en trámite parlamentario) la solución desde el punto de vista patrimonial a aplicar es la prevenida en los arts. 392 y siguientes, precisando que el concurso de los partícipes tanto en los beneficios como en las cargas será por porciones iguales.

2. *Existencia de pacto tácito para hacer comunes los bienes adquiridos por los convivientes de hecho durante el periodo en que se prolongó dicha convivencia.*

AP LAS PALMAS, Sec. 1.^a, Sentencia de 24 de abril de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Juan Castro Feliciano.

En el caso que nos ocupa, de la prueba practicada se deduce, sin lugar a dudas, que actor y demandado convivieron “more uxorio”, al menos, en el período comprendido entre los años 1985 y 1995, y que en el año 1987 el codemandado Sr. Antonio adquirió por compraventa el inmueble a que se refiere esta litis, haciendo constar en la escritura que estaba casado con la Sra. Josefa, e inscribiéndose la adquisición en el Registro de la Propiedad, en el que aparece que ambos son dueños del mismo, sin que se haya podido determinar si el importe de la misma fue abonado con dinero privativo de éste o de la demandada, o con dinero común. Es decir, que los mencionados Sres. han constituido una pareja heterosexual que convivió por espacio de unos diez años, teniendo como único nexo de unión una “affectio” recíproca, habiendo adquirido la vivienda a que se ha hecho referencia constante esta unión a nombre únicamente del codemandado, sin que se haya podido determinar la procedencia del dinero con que fue pagada, si bien éste, al absolver posiciones, ha confesado que es de propiedad común de ambos.

Visto lo anterior no puede haber lugar a duda que surge en relación a las partes de este pleito, la existencia de la denominada sociológicamente “unión de hecho” y que como familia natural, debe ser merecedora —como dice la STS de 29 de octubre de 1997— de la misma protección por parte de los poderes públicos que para la familia jurídica establece el artículo 39.1 de la Constitución Española, sobre todo cuando de dicho Texto no se desprende que haya una sola forma de familia reconocida. Además, la realidad social indica que tales uniones dan las características básicas de la familia jurídica, con la única característica especial de no existir una formalización religiosa o civil de tal unión de hecho.

Tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como la del Tribunal Constitucional (STC de 4 de abril de 1991) afirma que las uniones libres, aunque están mentes de precisa normativa, no por eso son totalmente desconocidas por nuestro ordenamiento jurídico. La Constitución no lo prevé, pero tampoco expresamente las interdicta y re-

chaza, y así se desprende de su artículo 32 en relación al 39 que se proyecta a la protección de la familia en forma genérica, es decir, como núcleo creado tanto por el matrimonio, como la unión de hecho.

Sentado lo anterior, y en relación con el tema litigioso planteado en este proceso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es clarificadora al afirmar que cuando cesa, con carácter definitivo —como es la actual situación—, la convivencia familiar surge, la necesidad de la disolución y adjudicación de la cotitularidad compartida sobre los bienes comunales, sin que represente obstáculo eficiente el que la titularidad de todos o algunos de dichos bienes aparezca a favor de alguno de los componentes de la unión de hecho, debiéndose efectuar en posiciones igualitarias, y a la que se debe aplicar, sin duda, el régimen que establecen los artículos 392 y siguientes del Código Civil.

No desconoce, sin embargo, la Sala la constante doctrina jurisprudencial respecto a que la unión libre o de hecho no es una situación equivalente al matrimonio (STC 19/1990 de 19 de noviembre y ATC 156/1987) y, al no serlo, no puede ser aplicada a aquélla (en cuanto a las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes) la normativa reguladora de éste, pues los que en tal forma se unieron, como dice la STS de 4 de abril de 1997, pudiendo haberse casado, lo hicieron, precisamente (en la generalidad de los casos), para quedar excluidos de la disciplina matrimonial y no sometidos a la misma. Por ello, la normativa reguladora del régimen económico matrimonial (Título III Libro IV del CC) no puede considerarse automáticamente aplicable a toda unión libre, por el mero hecho del surgimiento de la misma, ello sin perjuicio de que, atendidas las circunstancias de cada caso concreto, pueda predicarse la aplicabilidad (no por «analogía legis», que aquí no se da, sino por «analogía iuris») de algún determinado régimen económico de los di-

versos que para el matrimonio regula el citado Título del Código sustantivo civil, siempre que quede patentizado, por pacto expreso o tácito (deducido éste de sus hechos concluyentes e inequívocos), que la voluntad de los convivientes fue someterse al mismo, por lo el sólo hecho de la existencia de la unión “de facto” lleve implícita el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (llámese de gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o de cualquier otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados los que, por su pacto expreso o por sus “facta concludentia” evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos (suponemos que a título oneroso) durante la duración de la unión de hecho. Y tal pacto tácito ha existido en el presente caso, tal como se explica en la sentencia recurrida.

A lo dicho no es obstáculo la doctrina que dimana de la STS de 27 de mayo de 1998 —citada por la apelante— en la que se estima el motivo de casación respecto a la inadecuada deducción de que existió “voluntad de constitución de un patrimonio único e indistinto”, pues “del hecho de que exista una convivencia ‘more uxorio’ (...) no se puede deducir sin más aquella voluntad; si alguna deducción lógica cabe hacer es la de que cada uno conserva su total independencia frente al otro; que no quieren contraer las obligaciones recíprocas personales y patrimoniales que nacen del matrimonio”. Para a continuación añadir que “naturalmente que cabe que los convivientes regulen las consecuencias de su estado como tengan por conveniente, respetando los límites generales del artículo 1255 del Código Civil; o bien que conductas significativas o de actos con ese carácter patenticen que quieran constituir una sociedad o una comunidad de bienes”. Y, en el caso presente sí existen pruebas que demuestran esa voluntad tácita de constituir la comunidad de bienes que reclama la actora.

3. *Inexistencia de derecho a la indemnización por fallecimiento en accidente de circulación al no haber acreditado la existencia de una unión de hecho entre la reclamante y su tío carnal.*

AP LEÓN, Sec. 2.ª, Sentencia de 31 de mayo de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Alberto Francisco Álvarez Rodríguez.

El artículo 10 de la hoy denominada «Ley sobre responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor» (antes Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor), al regular el dictado del llamado «auto de cuantía máxima» que sirve de título para reclamar las indemnizaciones de los daños y perjuicios amparados por el seguro obligatorio por el cauce procesal del juicio ejecutivo, refiere aquéllos, sin más especificaciones, a los perjudicados por los accidentes de circulación, mas el núm. 2 del artículo 1 de la misma Ley, al que se remite el núm. 2 del artículo 4 al regular la fijación de las cuantías de las indemnizaciones con cargo al seguro de suscripción obligatoria en los daños causados a las personas, establece que éstos, «...se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de la presente Ley», que en el núm. 4 de su apartado Primero (“criterios para la determinación de la responsabilidad y la indemnización”) atribuye la condición de «perjudicados», en caso de fallecimiento de la víctima, a las personas enumeradas en la Tabla I y que son el cónyuge, los hijos, los padres, los hermanos y los abuelos, asimilando las uniones conyugales de hecho consolidadas a las situaciones de derecho; de donde se deduce que cualquier otro supuesto (v.gr. de amistad, de compañerismo, de simple convivencia, de otros grados de parentesco, etc.) en el que, por las circunstancias concurrentes, se pueda deducir la existencia de un efectivo perjuicio, no es sus-

ceptible de indemnización. Lo cual hace improsperable el argumento utilizado en el acto de la vista del recurso por el Letrado del recurrente, que además altera los términos del debate, de que, aun para el caso de que la Sala no considerara acreditada la existencia de una verdadera «unión de hecho» entre la víctima del accidente, D.ª Rosario, y el causante del apelante, D. Ricardo, al sobrevivir éste a aquélla y como consecuencia de vivir ambos bajo un mismo techo y estar unidos por importantes vínculos afectivos, en el segundo surgió el derecho a ser indemnizado.

Conceptuales las que se han venido en llamar «uniones de hecho» o «parejas de hecho» como aquellas en las que sus componentes desarrollan una vida paramatrimonial, conviviendo como si estuviesen casados, pero sin cumplir los trámites formales de la celebración del matrimonio, lo que se ha discutido en la “litis” y a lo que se debe extender nuestro análisis en esta alzada es a si, en base al examen de la prueba practicada, puede deducirse que la relación que existió entre D.ª Rosario y su primo carnal D. Ricardo encajaba en el referido concepto o se limitaba, por el contrario, aunque los lazos afectivo-familiares existentes entre ellos fueran grandes, a una mera convivencia o acogimiento en la casa de la prima de un pariente de mucha más edad, viudo y sin descendencia.

En una primera aproximación al problema, hemos de rechazar que la carga de la

prueba sobre tal particular corresponda a la compañía aseguradora apelada y —como sostuvo el letrado recurrente— que le baste a la parte ejecutante con demostrar la existencia de la convivencia, pues el derecho a la indemnización, conforme se razonó en el anterior ordinal, no surge de aquélla, sino de las circunstancias fácticas que la rodean y que ya hemos descrito, siendo así que sobre tal extremo no opera la inversión de la carga de la prueba que se aplica con exclusividad a la concurrencia de culpa o negligencia en el actuar del agente productor del daño. En cambio, hemos de darle la razón a la referida representación en cuanto a que la controversia y la duda ha surgido como consecuencia del grado de parentesco, relativamente próximo, existente entre los dos citados, pues, con toda probabilidad, de no existir, no se discutiría la naturaleza de la unión; mas dicho parentesco y la avanzada edad de D. Ricardo, que nació en el año 1908, hace perfectamente explicable la disposición de su prima a recogerlo en su casa, sin ninguna otra explicación o contrapartida que el cariño existente entre los dos o todo

lo más instituir la heredera de todos sus bienes, compartir con ella su pensión o incluirla en sus cuentas bancarias como titular, lo que, aunque cada vez menos, no puede decirse no ocurra en otros casos parecidos.

No habiendo conseguido la representación ejecutante, ahora apelante, demostrar que entre los dos existía algo más, pues las respuestas de los testigos no son determinantes y no lo es tampoco el hecho de que D. Ricardo encabezase la lista de las personas dolidas por la muerte de D.^a Rosario y que por su avanzada edad y por la convivencia podía ser efectivamente la que más; aumentando, finalmente, aún más la duda, si no el convencimiento contrario a las tesis de la recurrente, la declaración testifical de D.^a Carmen, hermana de D.^a Rosario, que, entre ésta y D. Ricardo, dejó sentado no existía ninguna otra relación “que la que corresponde con un familiar” (véase su respuesta a la pregunta 4.^a, al folio 258 del procedimiento). Por todo ello, en este primero y fundamental extremo, el recurso debe ser desestimado.

XII. TEMAS PENALES

1. *Procede condenar por impago de pensiones al denunciado que estando dado de alta en la Seguridad Social no atiende sus obligaciones alimenticias.*

AP LA CORUÑA, Sec. 4.^a, Sentencia de 25 de marzo de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

Contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Santiago, se alza el acusado entendiendo que no realizó la con-

ducta típica, toda vez que carecía de los recursos económicos para satisfacer la pensión, que debía de abonar a su mujer como

consecuencia de la sentencia de divorcio de fecha 5 de mayo de 1994. Tal y como viene formulado el recurso, el inculpado no cuestiona el impago de las pensiones reclamadas, sino que alega como causa de justificación de su conducta la imposibilidad en que se hallaba de poder satisfacerlas. Es evidente que el delito previsto y penado en el art. 227 del Código Penal no es formal que no pondere la un ilícito meramente situación económica del acusado. Ahora bien, tampoco es suficiente la mera alegación de que se carece de recursos, cuando otra cosa resulta de las actuaciones; pues, en efecto, el acusado trabajó durante todo el periodo en que no

atendió a sus obligaciones legales, figurando de alta en la Seguridad Social en una empresa, en la que reconoce es administrador junto con otra persona, dada tal situación es lógico y racional pensar que quien se halla en activo en su vida laboral perciba una retribución económica, siendo excepcional que, en tales supuestos, no se perciba contraprestación económica de clase alguna, por lo que en tal excepcional circunstancia desplaza la carga de la prueba al propio inculpado, que, al respecto, no aporta otro elemento de prueba que no sean sus propias manifestaciones, que devienen manifiestamente insuficientes.

RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

1. FILIACIÓN

RESOLUCIÓN de 30 de enero de 1999.

1.1. *Determinación de la filiación no matrimonial paterna a través de un expediente registral cuando no existe oposición del Ministerio Fiscal ni de ningún interesado y la pretensión es fundada.*

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^ª I. F., nacida el día 8 de diciembre de 1971 en L., hija de I. C. y de J. F., solicitaba se inscribiera su filiación paterna no matrimonial. Adjuntaba al escrito: certificación literal de nacimiento en la que consta como F. C., hija de J. a efectos identificadores y reconocida posteriormente por su madre I. C., con conservación de los apellidos F. C. y certificado de bautismo y libreta de ahorros en donde consta como padre J. F., y certificación literal de nacimiento y de defunción de este último. Como única persona con interés legítimo designa a la esposa de su padre.
- Ratificada la promotora, se procedió a la información testifical en la que dos testigos afirmaron ser cierto lo expuesto por la promotora en el escrito inicial. Por comparecencia doña I. C. manifestó ser la madre de la promotora y que el padre de ésta es don J. F. B., el cual, por ser éste casado y no permitirlo la legislación vigente en aquel momento, no consta en la inscripción de nacimiento de su hija.
- El Ministerio Fiscal informó que se oponía a lo solicitado al no ser procedente expediente del Registro Civil de nacimiento fuera de plazo (sic), de-

biendo ser objeto de juicio ordinario de menor cuantía, conforme establece los artículos 120 y 131 del Código Civil, en relación con el artículo 484.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

- El Juez encargado ordenó se notificase la incoación del expediente a doña C., esposa del difunto don J. F., la cual por comparecencia manifestó que se constituiría en parte del citado expediente y que formularía oposición a la pretensión deducida por la promotora.
- El Juez Encargado dictó auto con fecha 19 de mayo de 1998 denegando la solicitud de filiación paterna no matrimonial, argumentado que de las diligencias practicadas no quedaba acreditado el requisito o presupuesto exigido en el artículo 492 de la Ley de Registro Civil, consistente en la existencia de una posesión continuada del estado de hijo natural del padre.
- La promotora recurrió ante la DGRN alegando que siempre ha tenido la posesión continuada del estado de hija natural como demuestra el que lleve el apellido de su padre, que su madre cobre una pensión de viudedad de la Seguridad Social para lo cual hay que acreditar que convivieron maritalmente, que la oposición que en principio mostró doña C., esposa de su padre, se debe a un error de interpretación subsanado en el acta de manifestaciones que la misma otorgó no oponiéndose a lo solicitado, como justifica con la aportación de la copia del acta notarial correspondiente.
- La Juez Encargada informó que por el resultado de las diligencias practicadas que sirvieron de base para la resolución impugnada no quedó acreditada en el oportuno momento la filiación no matrimonial de la promotora de conformidad con los artículos 49 de la Ley del Registro Civil en relación con el artículo 113 del Código Civil, por lo que interesó la confirmación de la misma, remitiendo el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado para su resolución, la cual deberá valorar los documentos aportados al escrito de recurso.
- La DGRN estimó el recurso y, revocando el auto apelado, acordó que se inscribiera al margen de la inscripción de nacimiento su filiación no matrimonial paterna.

RESOLUCIÓN DE LA DGRN

En ausencia de reconocimiento formal la filiación no matrimonial paterna puede quedar determinada legalmente e inscribirse en el Registro Civil mediante el expediente registral que menciona el artículo 120.2.^ª del Código Civil y que está regulado en los artículos 49 de la Ley del Registro Civil y 189

de su Reglamento. Para el éxito de este expediente, además de la falta de oposición formal del Ministerio Fiscal y de todos los posibles interesados cuya notificación personal es obligada, se requiere que la pretensión esté fundada, ya en un documento indubitado del padre en el que expresamente reconozca

la filiación, ya en que el hijo se encuentre en la posesión continua de estado de hijo no matrimonial del padre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia.

Aunque en el presente caso el Ministerio Fiscal se ha opuesto a la pretensión de la solicitante, ha fundamentado tal oposición exclusivamente en la inadecuación del procedimiento seguido al entender que lo procedente hubiera sido tramitar la solicitud por la vía del procedimiento declarativo de menor cuantía, sin expresar las razones por las que estima que faltan los concretos fundamentos de fondo invocados en la solicitud, por lo que tal oposición no puede entenderse debidamente formulada a los efectos de impedir la aprobación del expediente (cfr. artículo 189, párrafo 3.º, del Reglamento del Registro Civil). En cuanto a la oposición anunciada durante la tramitación del expediente por la esposa separada del supuesto padre de la promotora, a quien se notificó la incoación de aquel como interesada en el mismo, la misma se retractó de tal oposición mediante manifestación expresa en contrario vertida en acta notarial aportada en este trámite de recurso, manifestando haber constituido un error la constancia de su supuesta oposición en el acta de su comparecencia ante el Encargado del Registro Civil de A., por todo lo

cual debe entenderse tal oposición como no formulada.

Por lo tanto resulta procedente analizar la suficiencia probatoria de los fundamentos de fondo en cuanto a la posible concurrencia de las circunstancias a las que el artículo 49 de la Ley del Registro Civil anuda la posibilidad de inscripción de filiación no matrimonial mediante expediente gubernativo, cuestión que merece una respuesta afirmativa. En efecto, aun cuando no existe aquel documento indubitado del padre reconociendo expresamente su paternidad —sin que a la partida de bautismo de la inscrita se le pueda reconocer tal valor—, por el contrario han de entenderse suficientemente acreditados en el presente caso los elementos constitutivos de la posesión de estado de la filiación paterna no matrimonial. Así resulta de la inscripción de nacimiento de la promotora con el apellido paterno, así como de la consignación del nombre de éste como nombre del padre a efectos identificadores en tal inscripción numérica; del hecho de que la relación paterno-familiar ha trascendido fuera del círculo familiar, como se desprende de las declaraciones de los testigos («fama»); y el trato familiar resulta de la propia convivencia en común entre la promotora y el padre cuya filiación ahora se reclama mantenida durante años, reconocida incluso por la esposa separada de este último («tractatus»).

RESOLUCIÓN de 8 de febrero de 1999.

1.2. *Inscripción de la filiación paterna matrimonial del nacido durante la separación de hecho de los cónyuges al no haber quedado destruida la presunción legal.*

ANÁLISIS DEL CASO

- Por comparecencia ante el Juez encargado del Registro Civil de Sevilla, doña R., casada con don D. el día 30 de junio de 1990 y del que se encuentra

separada de derecho desde el día 17 de marzo de 1998, manifestó que habiendo dado a luz una hija, el 18 de octubre de 1998, reconoce como hija suya a la no inscrita, consintiendo expresamente en este acto y solicitando se proceda a la destrucción de la presunción establecida en el Código Civil por la que se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a la disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges. Acompañaba la siguiente documentación: certificación literal de matrimonio y el convenio regulador de la separación judicial cotejado con fecha 22 de octubre de 1998, sentencia de separación de fecha 17 de marzo de 1998, cuestionario para la declaración de nacimiento en el Registro Civil en el que aparece cumplimentado el apartado del padre con el nombre de J. a efectos de identificación.

- Incoado el expediente, el Juez encargado requirió la presencia de dos testigos y citó en comparecencia al marido de la promotora don D. quien manifestó el día 3 de noviembre de 1998 que no sabe si la niña que pretende inscribir doña R. es suya o de otro señor con el que la promotora mantuvo relaciones, ya que la convivencia efectiva con la misma no cesó hasta junio del presente año, y la misma promotora le ha manifestado sus dudas sobre la paternidad de dicha niña.
- Practicada la prueba testifical en la que doña C.G., hermana de la instante, manifestó que le consta que hasta julio del presente año su hermana compartía piso con su marido aun cuando su relación matrimonial había cesado ya hacía año y medio, y doña M., madre de la instante, manifestó que le consta que hasta julio del presente año, su hija y madre de la no inscrita, compartía piso con el marido aun cuando su relación matrimonial había cesado ya hacía año y medio.
- El Juez encargado dictó auto por el que acordó la inscripción de la hija de la declarante con las circunstancias fácticas que constan en el parte facultativo y la declaración, pero como la presunción del art. 116 del CC no ha quedado destruida, corresponde a la persona no inscrita la calidad de hijo matrimonial con todas sus consecuencias legales.
- Don D. recurrió ante la DGRN alegando que la esposa afirma haber mantenido relaciones sexuales con su persona y con otro hombre, no pudiendo manifestar, por no saberlo, quién es el padre, y que esta misma decidió que la niña tuviera los apellidos de ella, al no poder determinarse la paternidad de la niña. La DGRN desestimó el recurso.

RESOLUCIÓN DE LA DGRN

Cuando se pretende inscribir por declaración dentro de plazo el nacimiento de un hijo no matrimonial de madre casada, el Encargado no debe tramitar un expediente innecesario.

sario, sino, por las razones apuntadas en la Circular de 2 de junio de 1981 (apartado I, letra B), hacer uso de las facultades que en la calificación le confiere el artículo 28 de la Ley del Registro Civil y realizar en el plazo de diez días las comprobaciones oportunas, con audiencia, si es posible, de los cónyuges o de sus herederos, a fin de cerciorarse de que el nacimiento ha ocurrido pasados trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges. Estas comprobaciones son necesarias a los efectos de demostrar que no entra en juego la presunción de paternidad del marido de la madre (cfr. art. 116 CC). El criterio de esa Circular se ha visto confirmado por el artículo 185 del Reglamento del Registro Civil, el cual en su última redacción recoge literalmente la declaración final 3.ª de la repetida Circular.

En el caso actual en que el nacimiento acaeció el 18 de octubre de 1998 hay que concluir, a la vista de las declaraciones de ambos cónyuges, de la información testifical practicada y de la prueba documental aportada, que en esta fecha no habían transcurrido aún trescientos días desde la separación legal, la cual se produjo por sentencia de 17 de marzo de 1998, ni desde la separación de hecho, que no se produjo, en el supuesto más favorable a la pretensión de la promotora, hasta el mes de junio del mismo año. Rige, pues, la presunción de paternidad del marido, corroborada por la de convivencia entre los cónyuges (cfr. art. 69 CC), que tiene valor probatorio de la filiación presumida (cfr. art. 113 CC) y que no ha sido desvirtuada. Siempre quedará a salvo que por la vía judicial oportuna puedan los legitimados al efecto impugnar la filiación paterna inscrita.

2. MATRIMONIO

RESOLUCIÓN de 11 de enero de 1999.

2.1. *Denegación de la autorización para contraer matrimonio entre súbdito marroquí y española por falta de verdadero consentimiento matrimonial.*

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Abdel, nacido en Tetuán (Marruecos) el día 1 de octubre de 1968, divorciado, marroquí, y doña Susana, nacida en Ceuta el día 10 de julio de 1974, soltera, española, promovieron expediente en solicitud de autorización para contraer matrimonio civil. Adjuntaban al escrito: por parte de ella, certificación literal de nacimiento, certificado de estado, certificado de empadronamiento; por parte de él, certificación literal de nacimiento, certificado de

vecindad, fe de vida, certificado administrativo del comprometido, certificado del acta de divorcio.

- En la audiencia reservada don Abdel dio entre otras las siguientes respuestas a las preguntas efectuadas: que no hablaba español por lo que fue preciso la intervención de un traductor, que ella hablaba un poco de árabe, que se conocieron hace tres años en Ceuta a través de unos amigos, que se ven los sábados y domingos, que él acude a Ceuta, que está divorciado y que tiene dos hijos, no sabe qué deportes le gustan a su futura mujer ni la calle donde vive, por lo que el Cónsul pone de relieve el escaso conocimiento que el contrayente tiene sobre su futura esposa, no hablan un idioma común, no sabe los aspectos más relevantes de su vida, ni tiene trato con sus familiares, por lo que podríamos estar ante un matrimonio fraudulento cuyo único fin podría ser la obtención de la nacionalidad española.
- El Ministerio Fiscal, a la vista de la audiencia reservada practicada al contrayente, se opuso a la celebración del matrimonio. El Juez encargado dictó auto con fecha 10 de septiembre de 1998 denegando la autorización de matrimonio solicitada argumentando que de la audiencia practicada al contrayente se ha comprobado el escaso conocimiento de su futura esposa en los aspectos más relevantes de la vida de ésta, se considera que podría tratarse de un matrimonio fraudulento cuyo exclusivo fin sería eludir las normas de entrada y residencia en España y la obtención de la nacionalidad española.
- Los promotores del expediente interpusieron recurso ante la DGRN alegando que mantienen una relación desde hace tres años, que el no tener trato con los familiares se debe a los problemas que tienen con ellos por ser de razas y religiones diferentes, que tienen un conocimiento de sus respectivos idiomas suficiente para comunicarse y que no existen pruebas directas de que su voluntad sea simulada y que no se les puede coartar el derecho fundamental del «ius nubendi». El recurso fue desestimado.

RESOLUCIÓN DE LA DGRN

El problema de los llamados matrimonios de complacencia —matrimonios «blancos» en la terminología francesa— es un fenómeno muy común en los países sometidos a fuerte inmigración y que ha dado lugar a diversas medidas en el Derecho comparado y también, en el ámbito de su competencia, a una reciente Instrucción de carácter general de este Centro Directivo (Instrucción de 9 de enero de 1995). Mediante tales enlaces no se busca en realidad contraer matrimonio entre

un nacional y un extranjero, sino que se pretende, bajo el ropaje de esta institución y generalmente previo precio, que un extranjero se aproveche de las ventajas de la apariencia matrimonial, a los efectos especialmente de facilitar la entrada o de regularizar la estancia en territorio nacional o de obtener más fácilmente la nacionalidad del cónyuge aparente.

Es indudable que un enlace de esta clase habrá de ser reputado nulo en nuestro Dere-

cho por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cfr. artículos 45 y 73.1 CC). Ahora bien, la cuestión surge acerca de cómo constatar esta ausencia de consentimiento, puesto que, como ocurre normalmente en todas las hipótesis de simulación, es muy raro que existan pruebas directas de la voluntad simulada, de modo que descubrir la verdadera voluntad encubierta de las partes es una tarea difícil en la cual juega un importante papel la prueba de la presunción judicial, para cuyo éxito «es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» (artículo 1253 CC). Por otra parte, ha de tenerse presente que existe una presunción general de buena fe y que el «ius nubendi» es un derecho fundamental de la persona, reconocido a nivel internacional y constitucional, de modo que la convicción de la simulación y del consiguiente fraude ha de llegar a formarse en un grado de certeza moral en el juicio de quien deba decidir sobre la nulidad del matrimonio discutido.

No hay duda de que en el expediente previo al matrimonio el Encargado del Registro Civil puede apreciar la falta de consentimiento matrimonial, así como cualquier otro obstáculo o impedimento para el enlace (cfr. artículos 56, I, CC; 245 y 246 RRC y la Instrucción de 9 de enero de 1995), y en tal caso, sin perjuicio del recurso oportuno, debe

denegar la celebración (cfr. artículo 247 RRC).

Consiguientemente, el Encargado en el expediente previo dentro del trámite de audiencia, reservada y por separado, de cada contrayente (cfr. artículo 246 RRC y regla 3.ª de la Instrucción de 9 de enero de 1995), debe comprobar, por medio de las declaraciones de aquellos, si el matrimonio cumple todos los requisitos legales exigidos por el Código Civil y, entre ellos, la existencia de real consentimiento matrimonial.

Sobre esta base ha de decidirse este caso en el que intentan contraer matrimonio una española y un marroquí, cuya celebración ha sido denegada por el Encargado del Registro Civil por entender que se trata de un matrimonio fraudulento dirigido a facilitar la entrada en España del contrayente. En efecto, concurren en el caso planteado una serie de circunstancias que avalan el criterio del Encargado, como son la falta de prueba de las relaciones anteriores, la inexistencia de idioma común y el desconocimiento por parte de él de datos elementales de ella, incluso de la calle en que vive ésta. Estos hechos objetivos han llevado a la convicción del Cónsul, del Ministerio Fiscal y del Juez Encargado de que el matrimonio es nulo por simulación, cuando todos ellos por su proximidad a los hechos están en las mejores condiciones para valorar las declaraciones y actitudes de los interesados.

RESOLUCIÓN de 23 de enero de 1999.

2.2. *Denegación de la inscripción de un matrimonio celebrado en la embajada rusa en España entre un español y una súbdita rusa.*

ANÁLISIS DEL CASO

- Por comparecencia ante el Registro Civil de La Laguna el día 19 de junio de 1998, don Manuel, soltero, español, solicitaba la inscripción de su matrimo-

nio contraído con doña Natalia, nacida en Tambov (Rusia), soltera, rusa, celebrado el día 3 de junio de 1998 en la Embajada de la Federación Rusa en Madrid. Adjuntaba los siguientes documentos: certificación literal de nacimiento del interesado, certificados de empadronamiento de ambos, fotocopia del pasaporte de la esposa, certificación del matrimonio que se solicita inscribir y hoja declaratoria de datos.

- Recibida la documentación en el Registro Civil de Madrid el Juez encargado en trámite de calificación denegó la inscripción solicitada habida cuenta de que el mismo se ha realizado en la Sección Consular de la Embajada de la Federación Rusa en Madrid, y siendo el contrayente de nacionalidad española no resulta válido y en consecuencia inscribible, no pudiendo los españoles contraer matrimonio sino ante el Juez, autoridad o funcionario previsto en los artículos 49 y siguientes del Código Civil.
- El interesado presentó recurso ante la DGRN alegando que el artículo 49 también señala que «cualquier español podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la Ley del lugar de celebración y habiendo celebrado el matrimonio en territorio de la Federación Rusa y cumpliendo la legalidad y formalidades de dicho país, no tiene sentido que se deniegue su validez, además señala que tiene un hijo de corta edad, se adjunta Libro de Familia, que se vería seriamente perjudicado». Invoca también la aplicación del artículo 53 del Código Civil.

RESOLUCIÓN DE LA DGRN

Cualesquiera que fueran las dudas sobre el caso en la regulación anterior a la Ley 30/1981, de 7 de julio (cfr. por ejemplo, la Resolución de 20 de enero de 1982), después de esta Ley, y el régimen no ha variado por la Ley 35/1994, de 23 de diciembre, un español ha de contraer matrimonio en España, bien ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por el Código Civil, bien en la forma religiosa legalmente prevista (cfr. art. 49 del CC).

El matrimonio consular que pueden contraer válidamente dos extranjeros en España, si así lo permite la ley personal de cualquiera de ellos (cfr. art. 50 del CC), no es, en cambio, una forma válida si uno de los contrayentes es español, de suerte que en este segundo caso el matrimonio es nulo por aplicación del artículo 73.3.^º del Código Civil.

Consiguientemente y por exigencias del principio de legalidad, básico en el Registro Civil (cfr. arts. 23 de LRC y 85 RRC), ha de denegarse la inscripción del matrimonio celebrado el 3 de junio de 1998 en la Embajada de la Federación de Rusia en Madrid entre un español y una rusa. La calificación por el Encargado alcanza, sin duda, a la comprobación de la existencia del requisito legal sobre la forma válida de celebración del enlace (cfr. arts. 65 CC y 256 RRC).

Las alegaciones del recurrente carecen de todo valor. De un lado, es evidente que su matrimonio no se ha celebrado en el extranjero, sino en España, porque las Embajadas y Consulados extranjeros en España forma parte del territorio nacional, una vez que el antiguo concepto de extraterritorialidad ha sido sustituido en la doctrina internaciona-

lista por el actual de inmunidad. De otro lado el artículo 53 del Código Civil sólo entra en juego si hay incompetencia o falta de nom-

bramiento legítimo del Juez, Alcalde o funcionario español que autorice el matrimonio.

3. RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

RESOLUCIÓN de 21 de diciembre de 1998.

3.1. *Posibilidad de que los cónyuges, con posterioridad al comienzo de la sociedad de gananciales, atribuyan carácter ganancial a bienes que ya eran de la propiedad privativa de alguno de ellos, pues la citada aportación a la sociedad conyugal constituye un negocio jurídico válido y lícito atendiendo a la libertad de pactos y contratos aplicable entre los cónyuges y extraños.*

ANÁLISIS DEL CASO

- El día 22 de febrero de 1994 los cónyuges, D. Joaquín y D.^a María Angustias, otorgaron escritura de aportación de bienes a la sociedad de gananciales, consistentes en determinados bienes inmuebles pertenecientes a la esposa en pleno dominio con carácter privativo, y determinada cantidad de dinero perteneciente al marido en pleno dominio y con carácter privativo. En el mismo día los cónyuges otorgaron otra escritura estableciendo que su régimen económico matrimonial, a partir de esa fecha, será el de la sociedad de gananciales, ya que el régimen económico anterior era el de separación de bienes.
- Presentada copia de la escritura de aportación de bienes en el Registro de la Propiedad de Madrid número 25, fue calificada con la siguiente nota: Se deniega por las siguientes consideraciones: Los bienes del matrimonio sujeto al régimen de la “sociedad legal de gananciales” regulada en el Código Civil tienen el carácter de privativos o de gananciales según las circunstancias objetivas que concurren en su adquisición o ingreso en la sociedad conyugal, es decir, que su carácter de privativo de uno o de ambos cónyuges o de ganancial del matrimonio viene predeterminado legalmente, y la voluntad de los cónyuges sólo interviene en ello en la limitada medida en que la

propia Ley lo autorice, como sucede en el supuesto del artículo 1355 del Código Civil. Según el artículo 1346.1.º del Código Civil, son privativos de cada cónyuge los bienes y derechos que le pertenecieron al comenzar la sociedad. Del artículo 1347 del mismo Código, que determina qué bienes tienen la consideración de gananciales, se desprende que solamente pueden tener tal carácter los adquiridos por uno o por ambos cónyuges con posterioridad al comienzo de la sociedad de gananciales, y concurran en su adquisición las demás circunstancias que, en cada caso concreto, sean necesarias para ello. No hay ningún precepto legal que autorice o faculte a los cónyuges para, con posterioridad al comienzo de la sociedad de gananciales, atribuir carácter ganancial a bienes que ya eran de la propiedad privativa de alguno de ellos. Y para el caso concreto que nos ocupa, bienes que anteriormente tuvieron la consideración de gananciales del matrimonio, que pasaron a ser privativos de los mismos como consecuencia de una anterior modificación del régimen económico del matrimonio, que pasó a regirse por el sistema de separación de bienes, con la consiguiente disolución y liquidación de la sociedad de gananciales y adjudicación de los bienes que la componían a los cónyuges, como privativos de los mismos, y que en virtud de una nueva modificación del régimen económico-matrimonial, que vuelve a regirse por el sistema de la sociedad legal de gananciales, pretendiéndose que vuelvan a tener la consideración de gananciales aquellos que lo habían sido de la primitiva sociedad de gananciales, el artículo 1444 del Código Civil es claro y tajante: Los bienes que se aporten a la nueva sociedad de gananciales constituida se considerarán privativos, aunque en todo o en parte hubieran tenido carácter ganancial antes de la liquidación practicada por causa de la separación. Se estima el defecto insubsanable, por lo que no procede la anotación preventiva de suspensión, que no ha sido solicitada.

- El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación que fue estimado por el Presidente del TSJ de Madrid.
- El Registrador de la Propiedad recurrió ante la DGRN que desestimó el recurso.

RECURSO GUBERNATIVO ANTE EL PRESIDENTE DEL TSJ DE MADRID

1. Alegaciones del Notario.

Sostiene el Notario que la nota de calificación es sorprendente e inadmisibles. Es sorprendente porque conculca directa e indiscutiblemente los preceptos del Código Civil que regulan esta materia y se opone a la

doctrina de la Dirección General. Es inadmisibles porque intenta mantener una postura original y contraria a la Ley, la doctrina y la jurisprudencia en una nota de calificación.

Hay que tener en cuenta lo que dicen los artículos 1355 y, especialmente, el 1323 del

Código Civil, según el cual la doctrina entendiéndolo unánimemente que son posibles toda clase de contratos entre cónyuges, y, por consiguiente, las transferencias de bienes de la masa privativa a la ganancial. Que la Dirección General admite sin paliativos dicha transferencia en las Resoluciones de 10 de marzo y 14 de abril de 1989, 7 y 26 de octubre de 1992 y 11 de junio de 1993. Que la insólita interpretación del artículo 1444 del Código Civil merece pocos comentarios, pues se trata de una norma dispositiva que no contradice el principio general del artículo 1323.

2. Alegaciones del Registrador de la Propiedad.

El Registrador, en defensa de su nota, informó: Que no comparte la doctrina de la Dirección General, en virtud de la libertad de calificación que confiere el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. Que aunque se reconocen las profundas modificaciones introducidas por las Leyes de 2 de mayo de 1973 y de 13 de mayo de 1981, dándose nueva redacción, por la última de ellas, al título III del libro IV del Código Civil, que trata del régimen económico matrimonial, artículos 1315 a 1444, y en base a los nuevos artículos 1325 y 1326, y el nuevo artículo 1323, no puede darse a dichas modificaciones el alcance que se pretende de poder cambiar la naturaleza privativa de un bien ganancial, mediante un denominado “negocio jurídico de atribución patrimonial a la sociedad de gananciales, de naturaleza capitular”, que en el fondo no es otra cosa que una pura y simple manifestación de voluntad de los cónyuges cambiando su naturaleza o carácter de bien privativo por el de bien ganancial del matrimonio. Que ello no tiene base ni apoyo legal, ni antes ni después de la reforma. Que el sistema adoptado por el Código Civil antes de la reforma en su primitiva redacción se basaba en tres principios: 1.º Libre elección por los cónyuges de su régimen económico matrimonial (artículo 1315). 2.º Sistema legal supletorio de gananciales (artículo 1315). 3.º Inmutabi-

lidad del régimen económico matrimonial adoptado (artículos 1315 y 1320).

El régimen de la sociedad de gananciales se caracterizaba y caracteriza por la coexistencia de dos clases o grupos de bienes en el matrimonio, los privativos de los cónyuges (artículo 1396) y los gananciales del matrimonio (artículo 1401). La distinción entre unos y otros se basa en circunstancias objetivas, no subjetivas, y la voluntad de los cónyuges era y es en esta materia irrelevante. Los cónyuges después de celebrado el matrimonio no podían alterar, de común acuerdo, el carácter privativo o ganancial de un bien concreto y determinado, dada la prohibición del artículo 1320 del Código Civil, e indirectamente, en virtud de los artículos 1334 y 1458 de dicho cuerpo legal. Las normas legales sobre el régimen económico matrimonial eran de inexcusable observancia. Las reformas introducidas por las Leyes antes mencionadas han sido de importancia, y hay que tener en cuenta lo establecido en los artículos 1315, 1316, 1323, 1328, 1334 y 1468. La innovación de más importancia para la cuestión que se debate en el presente recurso es la admisión del otorgamiento y modificación de capitulaciones matrimoniales en cualquier tiempo antes o después de celebrado el matrimonio, pues así lo establecen los artículos 1325, 1326 y 1331; pero la regulación legal de la sociedad de gananciales no ha sufrido modificaciones esenciales en cuanto a los principios básicos o generales que la informan, regulada en preceptos sustancialmente idénticos a los antiguos artículos 1396 y 1401 del Código Civil. La interpretación gramatical y lógica de los preceptos que regulan actualmente los bienes de los cónyuges lleva a la conclusión de que el carácter privativo o ganancial de un bien está predeterminado legalmente por las circunstancias objetivas que concurren en su adquisición o ingreso en la sociedad conyugal, independientemente de cual sea la voluntad de los cónyuges que la integran, ya que las normas reguladoras de esta materia son derecho necesario o de carácter imperativo. El artículo

lo 1444 abunda en este razonamiento, y hay que añadir que más insólita e ilógica es la interpretación del señor Notario, pues si tal artículo fuera meramente dispositivo, tal artículo sería innecesario, pues a la misma conclusión se llega por aplicación de la norma general del artículo 1346, número 1.

Los que sostienen la admisibilidad de esta nueva figura del llamado “negocio de atribución patrimonial” o de “atribución de gananciabilidad”, al que califican de “pacto de naturaleza capitular”, se basan fundamentalmente en los artículos 1326, 1323 y 1355 del Código Civil. El primero de ellos, el 1326, viene a establecer que las capitulaciones matrimoniales pueden otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio y así como pueden modificarse otras anteriores capitulaciones; pero no pueden considerarse como propias y verdaderas capitulaciones el pacto dirigido única y exclusivamente a alterar o modificar el carácter o naturaleza privativa o común que a un bien concreto y determinado

le corresponde. El segundo, el artículo 1323, se refiere a la libertad de contratación entre cónyuges, que está complementado por el artículo 1458, carece de consistencia. El tercero, artículo 1355, no puede servir de apoyo a la admisibilidad del pacto de atribución de gananciabilidad, pues es una excepción a la regla general y no aplicable a supuestos distintos a los contemplados en la excepción. Que la postura contraria es la sostenida en la Resolución de 7 de octubre de 1992.

3. Resolución del Presidente del TSJ de Madrid.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid revocó la nota del Registrador, dado que la cuestión está actualmente resuelta en sentido posibilista por la Dirección General de los Registros y del Notariado en diversas Resoluciones, entre ellas las de 10 de marzo y 14 de abril de 1989, 7 y 28 de octubre de 1992 y 11 de julio de 1993.

RECURSO ANTE LA DGRN

1. Alegación del Registrador recurrente.

El Registrador apeló el auto presidencial manteniéndose en las alegaciones que constan en su informe.

2. Doctrina de la DGRN

Se otorgan capitulaciones matrimoniales por dos esposos cuyo régimen económico actual es el de absoluta separación de bienes, en las que se pacta su sustitución por el de sociedad de gananciales. Seguidamente, en número posterior de protocolo, los cónyuges proceden a aportar al consorcio conyugal una serie de bienes de los que eran titulares con carácter privativo. La única estipulación de la escritura calificada se limita a expresar que “aportan todos y cada uno de los bienes

antes descritos a la sociedad de gananciales constituida por ambos, por lo que todos los citados bienes tienen el carácter de gananciales”.

Sostiene el Registrador que la voluntad de los cónyuges sólo interviene en la limitada medida en que la propia Ley lo autorice, como ocurre en el supuesto del artículo 1355 del Código Civil, por ello, concluye en su nota, que no hay ningún precepto legal que autorice o faculte a los cónyuges para, con posterioridad al comienzo de la sociedad, atribuir carácter ganancial a bienes que ya eran de la propiedad privativa de alguno de ellos.

El defecto observado no puede ser sostenido. Por una parte, el principio rector en la materia es el de la libertad de contratación entre los cónyuges, cuya formulación legal se sitúa en el artículo 1323 del Código Civil;

por otra, la aportación a la sociedad conyugal, comunicación de bienes que uno o ambos esposos realizan al consorcio ganancial, constituye un negocio jurídico válido y lícito al amparo de la libertad de pactos y contratos que rige entre cónyuges al igual que entre extraños (artículos 1255 y 1323 del Código Civil).

Dada la necesaria concreción del recurso gubernativo a la nota de calificación que lo motiva, no es posible entrar en otras consideraciones ya establecidas por este centro directivo en la doctrina recordada en vistos, relativa a los requisitos que deben cumplir los negocios patrimoniales entre cónyuges para su inscripción.

RESOLUCIÓN de 28 de diciembre de 1998.

3.2. Para el embargo de bienes propiedad de la esposa por deudas del marido con la Tesorería General de la Seguridad Social contraídas antes de la disolución de la sociedad de gananciales es necesario dirigir el procedimiento frente al cónyuge titular siendo insuficiente la notificación del embargo.

ANÁLISIS DEL CASO

- En el Expediente de Apremio por deudas a la Seguridad Social derivadas del impago de cuotas al Régimen General, correspondientes al período comprendido entre enero de 1991 a octubre de 1992, la Unidad Recaudatoria Ejecutiva de Vizcaya libró mandamiento de embargo al Registrador de la Propiedad, con fecha 7 de junio de 1995, a fin de proceder a la anotación preventiva de embargo sobre un inmueble perteneciente al deudor, finca registral 15.742. En el expediente de apremio consta haberse notificado el embargo a la esposa del deudor con fecha 22 de marzo de 1995.
- El 2 de octubre de 1992 se otorga escritura de capitulaciones matrimoniales entre el deudor y su esposa, por la que se disuelve la sociedad de gananciales y se adjudica a la esposa la finca embargada. Dicha escritura se presentó en el Registro de la Propiedad el día 16 de diciembre de 1992.
- Presentado el anterior mandamiento en el Registro de la Propiedad de Baracaldo, fue calificado con la siguiente nota: «Se deniega la anotación ordenada en el precedente mandamiento, por observarse que apareciendo la finca embargada inscrita en favor de la esposa del deudor, como bien privativo de ella, en virtud de la adjudicación en la liquidación de la sociedad de gananciales, la demanda ha de dirigirse contra ambos cónyuges, ella por ser titular

registral y él por ser el cónyuge deudor, todo ello con independencia del carácter ganancial de la deuda, que no habiéndose probado, rige la presunción de privatividad.

- El Letrado de la Administración de la Seguridad Social interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación que fue desestimado por el Presidente del TSJ del País Vasco.
- El letrado de la Administración de la Seguridad Social interpuso recurso gubernativo ante la DGRN que fue igualmente desestimado.

RECURSO GUBERNATIVO ANTE EL PRESIDENTE DEL TSJ DEL PAÍS VASCO

1. Alegaciones del Letrado recurrente.

Se considera que es exacta la afirmación del Registrador de que el carácter ganancial de la deuda no se ha probado, y rige la presunción de privatividad, ya que la deuda tiene carácter ganancial. Que la misma consiste en impago de cuotas al Régimen General de la Seguridad Social por parte de uno de los cónyuges como consecuencia del ejercicio ordinario de su profesión, vigente el régimen de sociedad de gananciales. Que, por tanto, la deuda se incardina plenamente en el artículo 1365.2 del Código Civil, y aun contraída unilateralmente por uno de los cónyuges, origina frente al acreedor una responsabilidad directa de todos los bienes gananciales. Que tratándose de una deuda ganancial de la que deben responder directamente todos los bienes gananciales, deben, por tanto, responder los bienes embargados que se habían adjudicado en la liquidación del régimen económico a la esposa. Que conforme a lo señalado por la jurisprudencia civil resulta intrascendente la fecha en que fueron embargados los bienes, pues lo esencial es la fecha de contradicción de la deuda que motivó el embargo de los referidos bienes, y, en este sentido, hay que citar las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1986 y 28 de abril de 1988, entre otras. Que las men-

cionadas deudas de las que responden todos los bienes gananciales tienen una doble cobertura de garantía para con el acreedor dentro del Código Civil, por un lado en el momento de extinción y liquidación de la sociedad de gananciales conservan sus créditos contra el cónyuge deudor con la responsabilidad del artículo 1911 del Código Civil y, además, su consorte responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados en la liquidación del régimen económico, si se hubiera formulado debidamente inventario, respondiendo este cónyuge «ultra vires» si faltare tal inventario; por otro lado, lo que establece el artículo 1317 del Código Civil. Que, en definitiva, en estos casos, con independencia de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, la acción del acreedor permanece viva contra todos los bienes que antes de aquélla tenían naturaleza de ganancial, al margen de que hubieran sido adjudicados al cónyuge no deudor. Que el embargo fue notificado a la esposa, siendo plenamente respetadas las garantías de la misma (artículo 122.3 del Real Decreto 1517/1991, de 11 de octubre). Que la Tesorería también ha actuado correctamente. Que no se comprende la denegación de la anotación fundamentada en que «la demanda ha de dirigirse contra los cónyuges», en virtud de lo declarado en la Resolución de 27 de mayo de 1986.

2. Alegaciones del Registrador de la Propiedad.

El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que según lo manifestado en el mandamiento que ha dado lugar a la nota recurrida, hay que señalar: 1.º Que no parece cierto que la deuda reclamada en el mandamiento se haya generado por completo con anterioridad a la fecha de liquidación de la sociedad de gananciales, al parecer debió nacer en parte antes de las capitulaciones y en parte después de la fecha de éstas, y 2.º Que la circunstancia de que se atribuye naturaleza ganancial a la deuda por ser consecuencia del ejercicio ordinario del marido deudor, se hace constar por el recurrente en su escrito, pero no en el mandamiento calificado. Que, como fundamentos de derecho, se alega: 1.º Que la calificación registral impugnada en el presente recurso consagra la eficacia sustantiva y procesal de los principios hipotecarios de legitimación y tracto sucesivo. Que la seguridad del tráfico inmobiliario y la protección frente a los actos dirigidos contra el titular registral, como lo son las anotaciones preventivas de embargo, exigen el consentimiento otorgado por la persona a la que el Registro designa como titular, tal como declara la Resolución de 7 de noviembre de 1990. Que el principio de tracto sucesivo, plasmado en los artículos 20, párrafo 2.º, y 38 de la Ley Hipotecaria y 140, inciso 1.º del Reglamento Hipotecario, impide la práctica de la anotación preventiva de embargo, al no haberse dirigido la demanda contra el titular registral, y así se manifiesta la Resolución de 4 de octubre de 1993. 2.º Que la Resolución de 27 de mayo de 1986, alegada por el recurrente, se refiere a un supuesto distinto al de este recurso. Que es doctrina firme y práctica común en todos los Registros de la Propiedad distinguir dos supuestos: a) Sociedad de gananciales no disuelta (resolución antes citada), basta dirigir la demanda contra un cónyuge y notificar al otro la existencia de procedi-

miento; b) sociedad de gananciales disuelta, debe dirigirse la demanda, ineludiblemente, contra el titular registral que es el supuesto de este recurso. 3.º Que, en este caso, la esposa del deudor nunca fue demandada, fue tan sólo notificada en el año 1995, es decir, después de la fecha de la escritura de capitulaciones y de su inscripción en el Registro de la finca como bien privativo. Que tanto la disolución de la sociedad de gananciales como su inscripción registral son anteriores al momento en que se ordena la traba sobre la vivienda, único bien objeto del mandamiento a que se refiere el recurso. 4.º Que en el mandamiento calificado no aparece ningún elemento probatorio del carácter ganancial de la deuda, y la referencia que en el mismo se hace a los artículos del Código Civil no constituye prueba de que la deuda se encuentre en los supuestos de los artículos citados. En este punto, hay que tener en cuenta lo que dicen las Resoluciones de 28 de octubre y 6 de noviembre de 1987. Que si falta la prueba de la ganancialidad de la deuda rige el principio general de privatividad de la deuda, conforme el artículo 1373 del Código Civil. 5.º Que el embargo de la vivienda y la comunicación a la esposa de dicho embargo como bien singular tuvo lugar en el año 1995, con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal. 6.º Que se cita la Resolución de 3 de junio de 1991, que resuelve un caso similar al aquí discutido. 7.º Que la referencia que se hace al artículo 1365.2 del Código Civil no consta en el mandamiento calificado. Que hay que tener en consideración la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1952 y la Resolución de 28 de octubre de 1987. Que el Registrador que informa no niega los derechos que asisten al acreedor en la responsabilidad de los bienes. 8.º Que como fundamentos hay que añadir la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que a título enunciativo cabe citar las Sentencias de 23 de noviembre de 1984, 21 de julio y 17 de noviembre de 1987, 28 de abril de 1988, 20

de marzo de 1989 y 19 de febrero de 1992, y las Resoluciones de 16 de febrero, 28 de octubre, 6 y 12 de noviembre de 1987, 25 de marzo de 1988, 29 de mayo de 1989, 3 y 4 de junio de 1991 y 25 de enero y 4 de octubre de 1993.

3. Resolución del Presidente del TSJ del País Vasco.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco confirmó la nota del Registrador, fundándose en lo alegado por éste.

RECURSO ANTE LA DGRN

1. Alegación del Letrado recurrente.

El Letrado recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones y añadió: Que se considera que en el mandamiento sí queda explicitado el posible carácter ganancial de la deuda y consta debidamente en el mismo que el embargo ha recaído en actuaciones que tienen por objeto de la reclamación de una deuda de la sociedad de gananciales, y, por tanto, se incardina plenamente en el artículo 1365.2 del Código Civil. Que la deuda corresponde al período comprendido entre enero 1991 y octubre de 1992, produciéndose la liquidación de la sociedad de gananciales en octubre de 1992.

2. Doctrina de la DGRN.

Estando inscrito a nombre de la esposa el bien cuestionado, y sin prejuzgar su responsabilidad por deudas gananciales contraídas antes de la disolución y liquidación del régimen (artículos 1317 y 1401 al 1410 del Código Civil), es lo cierto que el principio de tracto sucesivo, en paralelo con el artículo 24 de la Constitución Española, impone la necesidad de que el procedimiento en que se pretende hacer efectiva esa responsabilidad se dirija contra el cónyuge hoy titular, sin que resulte suficiente la notificación del embargo, por ser éste un instrumento previsto para el caso de embargo de bienes gananciales por deudas privativas de un cónyuge durante la vigencia de la sociedad conyugal, lo que no ocurre en el presente caso.

4. SUCESIONES

RESOLUCIÓN de 26 de noviembre de 1998.

4.1. *La separación o divorcio de los cónyuges no conlleva la revocación por ministerio de ley de las disposiciones testamentarias efectuadas por uno de ellos en favor del otro y es necesaria la revocación del testamento mediante voluntad expresada con las solemnidades exigidas para testar.*

ANÁLISIS DEL CASO

- Por escritura autorizada por Notario, el 11 de mayo de 1996, D.^a María del Carmen aceptó la herencia causada por el fallecimiento de don Jesús, que

murió sin descendencia y en estado de divorciado de aquélla, bajo testamento en el que «sin perjuicio de la legítima de su padre, si hubiera lugar a ella, instituye heredera universal a su citada esposa, pero los bienes de la herencia de que ésta no hubiere dispuesto por actos “inter vivos” o por legado expreso pasarán a su fallecimiento al padre testador o, en su defecto, a los descendientes de éste, los cuales serán también sustitutos vulgares de la heredera».

- Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad se calificó con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento porque la cláusula de institución de heredero reza literalmente “instituye heredera universal a su citada esposa doña María del Carmen” de donde (resulta) que la institución lo es a la esposa, aunque se especifique su nombre, y siendo que la condición de esposa ha decaído al estar dicha señora divorciada de su matrimonio con el causante y casada en segundas nupcias, debe decaer también la institución».
- El Notario interpuso recurso gubernativo ante el Presidente del TSJ de Castilla-La Mancha que fue desestimado.
- El Notario interpuso recurso ante la DGRN que lo estimo y revocó el auto apelado y la nota de calificación registral.

RECURSO GUBERNATIVO ANTE EL PRESIDENTE DEL TSJ DE CASTILLA-LA MANCHA

1. Alegaciones del Notario recurrente.

Que la institución de heredero no estaba sujeta a condición, sino que se trata de un institución pura y simple en la que existe una alteración sobrevenida, cual es el posterior divorcio del testador y de la instituida heredera que no puede producir por sí misma la ineficacia de la institución de heredero; que se trata de un llamamiento no exigido por la ley, sino voluntario para el testador; que toda disposición testamentaria debe entenderse en el sentido literal de sus palabras a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador; que el testador no revocó el testamento, sino que lo mantuvo vigente, a pesar de poder haberlo revocado durante los

cinco años que transcurrieron entre el divorcio y el fallecimiento.

2. Alegaciones del Registrador de la Propiedad.

El Registrador en defensa de su nota informó: Que la institución heredera fue a su esposa como tal; que quien era esposa a la fecha del otorgamiento del testamento no lo era ya al fallecimiento; que el Código de Sucesiones de Cataluña, en su artículo 132, establece que se presumirán revocadas las disposiciones ordenadas, en favor del cónyuge del testador en los casos de nulidad, separación judicial y divorcio posteriores al otorgamiento; que este texto no es una especificación del Derecho Catalán, pues incide en

materia que es competencia exclusiva del Estado como son las relaciones jurídico civiles relativas a las formas del matrimonio; que si la regulación de los efectos del matrimonio y de su disolución corresponden al Estado y el Derecho Catalán contiene sobre la materia un precepto específico, habrá que entender que sus disposiciones están implicadas en el Código Civil; que se trata de un supuesto de expresión de causa en el testamento que deviene falsa.

RECURSO ANTE LA DGRN

1. Alegaciones del Notario recurrente.

El artículo 132 del Código de Sucesiones de Cataluña no es aplicable, sino los artículos 737 y siguientes del Código Civil, que regula supuestos taxativos de revocación que no son de aplicación extensiva; que la regla general del artículo 767 es la irrelevancia de la causa falsa y la excepción de la ineficacia de la disposición; que al no revocar el testador el testamento, dado el tiempo transcurrido entre la separación y el fallecimiento, debe inferirse la voluntad del testador de querer mantener la institución de heredero.

2. Doctrina de la DGRN.

Este recurso versa sobre la eficacia o ineficacia de la institución de heredero en favor de la esposa del testador, cuando el matrimonio había quedado posteriormente disuelto por divorcio cinco años antes del fallecimiento del causante.

Como cuestión previa, ha de quedar claro que ningún fundamento tiene la pretensión del Registrador de considerar aplicable el artículo 132 del Código de Derecho de Sucesiones de Cataluña, toda vez que la vecindad civil del causante al tiempo del fallecimiento era la de Derecho común (cfr. artículos 9.8 y 14.1 del Código Civil). Habrá que atender,

3. Resolución del Presidente del TSJ de Castilla-La Mancha.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, por Auto de fecha 24 de febrero de 1997, confirmó la nota del Registrador, basándose en que la institución de heredero ordenada en favor del cónyuge del testador debe entenderse revocada tácitamente al haberse producido el divorcio con posterioridad al otorgamiento del testamento.

por tanto, al régimen previsto en el Código Civil.

La revocación de los testamentos abiertos, en Derecho común, no puede tener lugar, sino a través del otorgamiento de un nuevo testamento válido. No se produce la revocación de los testamentos mediante actos o negocios jurídicos que no adopten las formas testamentarias, ni en virtud de causas no previstas legalmente (cfr. artículos 738, 739 y 743 del Código Civil). Debe resaltarse, a este respecto, que no está previsto como efecto de la separación o divorcio de los cónyuges la revocación por ministerio de la ley de las disposiciones testamentarias efectuadas por uno de ellos en favor del otro (a diferencia de lo establecido respecto de los poderes y consentimientos en los artículos 102 y 106 del Código Civil; o de lo dispuesto, respecto de las disposiciones testamentarias, en el mencionado artículo 132 del Código de Sucesiones de Cataluña, o de la ineficacia de las disposiciones prevenidas en códigos de otros países como, por ejemplo, el parágrafo 2077 del BGB alemán o el artículo 2317 del Código Civil portugués). Por ello, cuando sea el vínculo matrimonial existente lo que lleve al testador a disponer en favor de su consorte, como ocurrirá de ordinario, y después se extinga el matrimonio, únicamente por voluntad de aquél, expresada con las so-

lemnidades necesarias para testar, podrá quedar revocada la disposición (cfr. artículo 1343, como ejemplo de posibilidad de revocación —aunque causal— de disposiciones gratuitas en favor del cónyuge, en caso de extinción de la relación matrimonial).

Debe ahora dilucidarse si, como entiende el Registrador, para negar la inscripción de la escritura calificada puede apreciarse en la institución hereditaria la concurrencia de una causa falsa —en el sentido de erróneo motivo de la disposición— que determine su ineficacia, conforme al artículo 767 del Código Civil.

En esta materia dicho precepto acogió la regla tradicional, procedente del Derecho Romano, de que la expresión testamentaria de una causa falsa de la institución hereditaria se tiene por no escrita y no afecta a la validez de aquélla («falsa causa non nocet»). Este criterio pasó al Código Civil a través de las Partidas («falsa o mintrosa razón diziendo el testador quando ficiesse la manda, non le empece nin se embarga por ella»; Sexta Partida, Título IX, Ley XX), y ha sido corroborado por la doctrina del Tribunal Supremo (cfr. las Sentencias de 30 de abril de 1920, 10 de febrero de 1942, 14 de marzo de 1964, 5 de marzo de 1965 y 2 de julio de 1977).

En el presente caso ha de tenerse en cuenta: a) Que del hecho de que la disposición testamentaria ahora cuestionada se refiera a la «esposa» y añada su nombre y apellidos no puede concluirse que haya una clara expresión del motivo de la institución, pues bien pudiera interpretarse como un elemento más de identificación de la persona favorecida, por lo que no sería aplicable la norma del artículo 767 del Código Civil; b) Que en congruencia con la naturaleza del testamento como acto formal y completo una vez otorgado ha de ser determinante la voluntad pretérita del testador, su voluntad en el momento de otorgar la disposición, por lo que la simple alteración sobrevenida de circunstancias tiene su adecuado tratamiento en la revocabilidad esencial del testamento (cfr. artículo 739 del Código Civil) y en la posibi-

lidad de otorgamiento de una nueva disposición testamentaria; c) Que, no obstante, a la hora de interpretar la verdadera voluntad del testador no debe descartarse que ésta presuponiera para la validez de la institución, la persistencia de una situación —la relación matrimonial entre la favorecida y el testador hasta el fallecimiento de éste— que después queda interrumpida, y esa voluntad debe prevalecer de conformidad con el criterio interpretativo en sede de testamentos recogido en los artículos 675 y 767 del Código Civil, sin que constituya óbice alguno la referencia que tales preceptos hacen al propio testamento como base de la interpretación, pues, según la reiterada doctrina del Tribunal Supremo, dicha interpretación ha de hacerse con un criterio subjetivista porque aunque tenga un punto de partida basado en las declaraciones contenidas en el documento testamentario, su finalidad primordial es la de investigar la voluntad real del testador, tratando de armonizar en lo posible las distintas cláusulas de aquél, empleando unitariamente las reglas de hermenéutica, e incluso haciendo uso, con las debidas precauciones, de los llamados medios de prueba extrínsecos, o circunstancias exteriores o finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta (cfr. las Sentencias de 3 de abril de 1965, 12 de febrero de 1966, 29 de enero de 1985, 6 de abril de 1992, 29 de diciembre de 1997 y 23 de junio de 1998, entre otras citadas en ellas). Al apreciar la eficacia o ineficacia de la disposición no debe valorarse la voluntad ulterior de mantener la institución por parte del causante (y por ello no siempre puede ser concluyente la mera inactividad del testador que no revoca la disposición —piénsese, por ejemplo, en la imposibilidad de revocarlo por incapacidad sobrevenida, circunstancia esta que, por otra parte, podría haber sido la causa de la separación y posterior divorcio—) pero nada impide que de la interpretación de la real «voluntas testatoris» del momento en que otorgó el testamento pueda concluirse, con los medios hermenéuticos mencionados, que el «de cuius» no habría hecho la institución de haber sabido

que el vínculo conyugal con la instituida no subsistiría y que eso quería expresar al mencionar en la disposición la condición de esposa de la beneficiaria, si bien tal hipótesis sólo puede ser apreciada judicialmente, en procedimiento contradictorio, con una fase probatoria que no cabe en el ámbito del recurso gubernativo, debiendo prevalecer mientras tanto la interpretación favorable a la eficacia de la institución, en congruencia con el principio de conservación de las disposiciones de última voluntad que late en diversas normas del Código Civil (cfr., por ejemplo, el propio artículo 767, y los artícu-

los 715, 743, 773, 786, 792, 793, y «ex analogia», 1284)

Por cuanto antecede, y habida cuenta que el Registrador se halla limitado en su calificación por lo que resulta del documento presentado y de los libros a su cargo (cfr. artículo 18 de la Ley Hipotecaria) debe concluirse que el título hereditario objeto del recurso es susceptible de inscripción, sin perjuicio del derecho que asiste a los que se consideren perjudicados para instar un procedimiento declarativo en que se ventile la posible ineficacia de la institución hereditaria, con la correspondiente anotación de demanda que enerve los efectos de la fe pública registral.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

PROPUESTA MODIFICADA DE REGLAMENTO DEL CONSEJO RELATIVO A LA COMPETENCIA, EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA MATRIMONIAL Y DE RESPONSABILIDAD PARENTAL SOBRE LOS HIJOS COMUNES(*)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. ANTECEDENTES

El 4 de mayo de 1999, la Comisión aprobó una propuesta de Reglamento del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes. Teniendo en cuenta la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam y la comunitarización de la cooperación judicial civil, dicha propuesta recoge el contenido del Convenio firmado el 28 de mayo de 1998 por los Estados miembros, sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de Maastricht, que no ha entrado en vigor.

La propuesta se remitió al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social. Ese último emitió su dictamen en la sesión de los días 20 y 21 de octubre de 1999. Mediante una carta de 14 de julio de 1999, el Consejo consultó al Parlamento Europeo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 del Tratado CE.

(*) En este número incluimos el texto de la Propuesta de Reglamento del Consejo de 1999 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes. El texto que se incluye no tiene carácter definitivo, pero es fruto de la reciente modificación realizada por la Comisión tras las enmiendas propuestas por el Consejo, el Parlamento Europeo y el Comité Económico y Social.

El Parlamento Europeo confió el examen de la propuesta a su Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores (responsable del informe) y a su Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior (consultada para opinión). La Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores, previa recepción y examen de la opinión de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior, aprobó su propio informe el 11 de noviembre de 1999. Reunido en sesión plenaria el 17 de noviembre de 1999, el Parlamento aprobó su dictamen, por el que se aprueba la propuesta de la Comisión a reserva de las modificaciones por él aportadas y se invita a la Comisión a modificar su propuesta en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 250 del Tratado CE.

II. PROPUESTA MODIFICADA

La presente propuesta modificada tiene en cuenta el dictamen del Parlamento Europeo, la mayor parte de cuyas enmiendas recoge. Asimismo, introduce cambios derivados de acontecimientos ocurridos después de la aprobación de la propuesta inicial y, por último, incorpora algunas modificaciones adoptadas al nivel del Consejo y a las que la Comisión puede otorgar su acuerdo.

2.1. Enmiendas del Parlamento Europeo

2.1.1. Modificaciones aceptadas en su totalidad

La Comisión acepta las enmiendas 1, 3 a 8, 14 a 18 y 20 propuestas por el Parlamento y las incluye como tales en su propuesta. Por consiguiente:

— Se modifica el considerando 18 relativo a las disposiciones del acuerdo nórdico de 1931 para tener en cuenta la enmienda núm. 1 relativa al principio de la no discriminación.

— Se modifica la versión DE del considerando 5 de la propuesta de reglamento para ajustarse a la enmienda núm. 3.

— Se modifica el considerando 10 para dar cumplimiento a la enmienda núm. 4. La Comisión comparte la opinión del Parlamento Europeo de que el concepto de responsabilidad parental debe poder ser objeto de interpretación autónoma.

— Se suprime, de conformidad con la enmienda núm. 5, el considerando 20 relativo a la competencia del Consejo para modificar los anexos. Corresponde, en efecto, a la Comisión proceder a la modificación de dichos anexos.

— Se modifica el considerando 22, y se crea un nuevo considerando 23, para respetar las enmiendas núms. 6 y 7 del Parlamento Europeo. No obstante, se propone una nueva redacción del considerando 22, en la que se tiene en cuenta que el Reino Unido e Irlanda han declarado su intención de participar en la adopción del reglamento.

— Se completa el artículo 11 con un nuevo apartado 4, de conformidad con la enmienda núm. 8. En este nuevo apartado se determina la fecha en la que se considera que un órgano jurisdiccional conoce de un litigio a los efectos de la aplicación de las reglas sobre litispendencia. Este añadido se corresponde con la regla introducida en la propuesta de reglamento relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

— Se completa el artículo 17 con un nuevo apartado que tiene en cuenta la enmienda núm. 13, cuya finalidad es favorecer la libre circulación de personas.

— Se modifican los artículos 21 y 26 para tener en cuenta las enmiendas núms. 14 a 18. Las relaciones de órganos jurisdiccionales y recursos contemplados en dichos artículos figuran ahora en los anexos I a III.

— Se modifica el nuevo artículo 43 (antiguo 45) para tener en cuenta la enmienda núm. 20 del Parlamento Europeo. No hay ninguna razón para que los anexos se modifiquen mediante una decisión del Consejo cuando no se trata sino de una remisión a las disposiciones nacionales pertinentes. El nuevo apartado 1 establece por consiguiente que dichos anexos se adaptan por la Comisión.

2.1.2. Modificaciones aceptadas en parte

Algunas enmiendas propuestas por el Parlamento Europeo pueden aceptarse en parte o con ciertas modificaciones. Por lo tanto:

— Se modifica el considerando 12 para ajustarse a la enmienda núm. 2. A partir de ahora se hace referencia al Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños. No obstante, no se incluye la referencia al trabajo de mediación del Presidente del Parlamento Europeo ya que la función de los considerandos consiste exclusivamente en motivar las disposiciones del instrumento jurídico.

— Se completa el artículo 12 con un apartado nuevo, que coincide parcialmente con la enmienda núm. 9 y aporta una útil clarificación sobre el alcance en el tiempo de las medidas provisionales o cautelares que pueden ser adoptadas en virtud del artículo 12. En efecto, es necesario precisar que dichas medidas dejan de aplicarse cuando un órgano jurisdiccional ha dictado una resolución sobre la base de criterios de competencia previstos por el Reglamento. Sin embargo, al

contrario de como se afirma en la enmienda, no es necesario que esta resolución dictada por el órgano jurisdiccional competente para juzgar sobre el fondo “haya adquirido valor de cosa juzgada”. Basta con que dicha resolución sea reconocida (o ejecutada) en aplicación del Reglamento. Por otro lado, las medidas provisionales o cautelares sólo dejan de surtir efecto si la resolución dictada por el órgano jurisdiccional competente sobre el fondo tiene el mismo objeto.

— Se modifican la letra b) del apartado 1 y la letra c) del apartado 2 del artículo 15 para tener parcialmente en cuenta la enmienda núm. 10. Se sustituyen los términos “en la forma debida y con la suficiente antelación” por los de “con la suficiente antelación y de manera que”. Esta modificación establece un paralelismo con las disposiciones correspondientes del proyecto de Reglamento relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. No se propone recoger la segunda parte de la enmienda según la cual no puede denegarse el reconocimiento si el demandado en rebeldía no ha “presentado recurso contra la resolución teniendo posibilidades para hacerlo”. Una disposición de este tipo, absolutamente lógica y aceptable en materia civil y mercantil, no puede trasladarse a la delicada materia de los asuntos matrimoniales en los que debe constar que el demandado “acepta la resolución de forma inequívoca”.

2.1.3. Enmiendas rechazadas

— Se rechaza la enmienda 11. “Tener en cuenta los intereses del niño” supondría un examen de la resolución en cuanto al fondo, que el Reglamento prohíbe. Como mucho, el Estado miembro requerido para conceder el exequátur puede verificar que el reconocimiento de la resolución de origen no se efectúa en violación de las normas fundamentales de procedimiento (eventual audiencia del niño).

— Se rechaza la enmienda 12. Llevaría a preferir la ejecución mecánica de una resolución ya antigua en detrimento de otra más reciente que se hubiera dictado por otro órgano jurisdiccional competente en virtud de un cambio de la situación personal del niño, privándose de este modo de flexibilidad al mecanismo.

— Se rechaza la enmienda 19. Introduciría un regla sobre la traducción de la resolución que no tiene cabida en un instrumento sobre la competencia judicial y el reconocimiento de las resoluciones judiciales. Además, esta propuesta contradice las disposiciones del instrumento sobre la notificación o traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil.

2.2. Modificaciones introducidas para tener en cuenta los acontecimientos de carácter institucional ocurridos después de la aprobación de la propuesta

Mediante cartas del 2 de agosto y 5 de julio de 1999, respectivamente, el Reino Unido e Irlanda declararon su voluntad de participar en la adopción del Reglamento. De esta decisión se derivan ciertas consecuencias para el Reglamento propuesto, por lo que se propone efectuar los cambios impuestos por el hecho de que el Reino Unido e Irlanda estén vinculados por el Reglamento.

Algunos de estos cambios se propusieron por el Parlamento Europeo y se tuvieron en cuenta por tal motivo (considerando 22).

Las otras modificaciones introducidas son las siguientes:

— Se modifica el guión 5 de la letra a) y la letra b) del apartado 1 del artículo 2 para tener en cuenta la asimilación del “domicilio”, en el sentido de los sistemas jurídicos del Reino Unido e Irlanda, a la “nacionalidad”. El concepto de “domicilio” se define en el nuevo apartado 2. Se modifican en el mismo sentido los artículos 7 y 8.

— Se modifica el artículo 10 para tener en cuenta el acuerdo político del Consejo sobre la transformación de la propuesta de directiva sobre la notificación o traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil en una propuesta de reglamento.

— Se completa el artículo 19 con un nuevo apartado, en el que se tiene en cuenta el hecho de que Irlanda y el Reino Unido desconocen el concepto de “recurso ordinario” mencionado en el apartado 1, y el artículo 20 con un nuevo apartado, en el que se tiene en cuenta el procedimiento de registro vigente en el Reino Unido.

— Se completan los Anexos I a III con la indicación de los órganos jurisdiccionales competentes y los recursos aplicables en el Reino Unido e Irlanda.

2.3. Modificaciones introducidas para tener en cuenta los trabajos del Consejo

La Comisión acepta algunas modificaciones acordadas en el Consejo y de naturaleza puramente técnica. Estas modificaciones son las siguientes:

— La propuesta modificada hace referencia no sólo a la letra c) del artículo 61 sino también al apartado 1 del artículo 67.

— Se modifica el considerando 4 para tener en cuenta que sólo “determinadas” normas nacionales pueden hacer más difícil la libre circulación de las personas así como el buen funcionamiento del mercado interior.

— Se completa el considerando 6 con una referencia a los cambios introducidos para establecer un paralelismo con disposiciones idénticas de la propuesta de reglamento relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; se completa asimismo con una nota a pie de página referida al Diario Oficial en el que se publicó el acto del Consejo de 28 de mayo de 1998 y el informe explicativo de la Prof. Alegría Borrás.

— En el considerando 10 se sustituyen los términos “hijos comunes” por los de “hijos de ambos esposos”.

— El artículo 20 hace explícita la condición de notificación o traslado de la resolución de origen.

— En los nuevos artículos 25 a 27 se agrupan las disposiciones relativas, respectivamente, a los recursos contra el otorgamiento de la ejecución (antiguos artículos 25 a 27) y a los recursos contra la denegación de la ejecución (antiguos artículos 28 y 29). Por consiguiente, se suprimen los antiguos artículos 28 y 29. Este reagrupamiento no supone ninguna modificación de fondo.

— Se modifican los artículos 31 y 32 (antiguos artículos 33 y 34) para tener en cuenta la introducción de una certificación, a semejanza de la prevista en la propuesta de reglamento relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Por otro lado, se crean dos nuevos Anexos (Anexos IV y V), en los que figuran los modelos de formulario que han de utilizarse para el reconocimiento-ejecución de las resoluciones relativas, respectivamente, a la disolución del vínculo matrimonial y las cuestiones de responsabilidad parental.

— El artículo 40 (antiguo 42) introduce una disposición particular, justificada por la necesidad de España e Italia de respetar sus compromisos internacionales con la Santa Sede. En lo que se refiere a Italia, esta disposición figuraba en una declaración aneja al Convenio de 28 de mayo de 1998.

— El artículo 43 (antiguo 45) introduce un nuevo apartado 2, en el que se contempla la posibilidad de que la Comisión actualice o modifique las certificaciones que figuran como anexo del Reglamento, de conformidad con el procedimiento consultivo mencionado en el artículo 3 de la Decisión 1999/468/CE, por lo que se introduce un nuevo artículo 44 en el que se menciona dicho procedimiento.

— Por último, se modifica el artículo 45 (antiguo 46) relativo a la entrada en vigor del Reglamento para tener en cuenta la necesidad de adoptar determinadas medidas de aplicación del Reglamento en los Estados miembros.

1999/0110 (CNS)

**PROPUESTA MODIFICADA DE REGLAMENTO DEL CONSEJO
RELATIVO A LA COMPETENCIA, EL RECONOCIMIENTO Y LA
EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA MA-
TRIMONIAL Y DE RESPONSABILIDAD PARENTAL SOBRE LOS
HIJOS COMUNES**

EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, y, en particular, la letra c) de su artículo 61 y el apartado 1 de su artículo 67,

Vista la propuesta de la Comisión, visto el dictamen del Parlamento Europeo, visto el dictamen del Comité Económico y Social,

Considerando que:

1. La Unión se ha fijado el objetivo de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que esté garantizado la libre circulación de personas; para establecer progresivamente tal espacio, la Comunidad adopta, entre otras, medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil necesarias para el buen funcionamiento del mercado interior;

2. El buen funcionamiento del mercado interior exige mejorar y acelerar la libre circulación de sentencias en materia civil;

3. Esta materia entra dentro del ámbito de la cooperación judicial civil a efectos del artículo 65 del Tratado;

4. La disparidad de determinadas normas nacionales en cuanto a competencia y reconocimiento hace más difícil la libre circulación de las personas así como el buen funcionamiento del mercado interior; se justifica, por consiguiente, adoptar disposiciones mediante las que se unifiquen las normas de conflicto de órganos jurisdiccionales en las materias matrimoniales y de responsabilidad parental, simplificándose los trámites con el fin de un reconocimiento rápido y simple de las resoluciones judiciales y de su ejecución;

5. Con arreglo al principio de subsidiariedad y al principio de proporcionalidad contemplados en el artículo 5 del Tratado, los objetivos del presente Reglamento no pueden alcanzarse de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, sólo pueden lograrse a nivel comunitario; el presente Reglamento se limita a lo estrictamente necesario para alcanzar dichos objetivos y no excede de lo necesario a tal fin;

6. El Consejo, por el Acto de 28 de mayo de 1998, estableció el texto del Convenio sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resolu-

ciones judiciales en materia matrimonial y recomendó su adopción por los Estados miembros según sus normas constitucionales respectivas; dicho Convenio no ha entrado en vigor; procede garantizar la continuidad de los resultados alcanzados en el marco de la conclusión del Convenio; por consiguiente, su contenido material queda ampliamente recogido en el presente Reglamento; no obstante el presente reglamento contiene algunas disposiciones nuevas con respecto a dicho convenio con objeto de velar por la coherencia con determinadas disposiciones del Reglamento relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil;

7. Para lograr el objetivo de la libre circulación de sentencias en materia matrimonial y de responsabilidad parental en el seno de la Comunidad, es necesario y conveniente que el reconocimiento transfronterizo de las competencias y sentencias en materia de disolución del vínculo matrimonial y de responsabilidad sobre los hijos comunes se efectúe por un instrumento jurídico comunitario vinculante y directamente aplicable;

8. El ámbito de aplicación del presente Reglamento debe incluir las causas civiles, así como otros procedimientos no judiciales admitidos en materia matrimonial en determinados Estados, con exclusión de los procedimientos de naturaleza puramente religiosa; por lo tanto, debe precisarse que el término “órgano jurisdiccional” incluye a las autoridades, judiciales o no, competentes en materia matrimonial;

9. El presente Reglamento debe limitarse a los procedimientos relativos a la disolución o nulidad del vínculo conyugal propiamente dicho, y, por lo tanto, el reconocimiento de las resoluciones, a pesar de que son cuestiones que aparecen vinculadas a dichos procedimientos, no afecta a cuestiones tales como la culpa de los cónyuges, los efectos patrimoniales del matrimonio y la obligación de alimentos o a otras posibles medidas accesorias;

10. En materia de responsabilidad parental, dado que se trata de procedimientos que presentan un estrecho vínculo con una causa de divorcio, separación o nulidad, los hijos afectados son los hijos de ambos esposos;

11. Los criterios de competencia que se incluyen parten del principio de que exista un vínculo real entre el interesado y el Estado miembro que ejerce la competencia; la decisión sobre la inclusión de unos determinados criterios responde a su existencia en los distintos ordenamientos internos y a su aceptación por los demás Estados miembros;

12. Uno de los riesgos relativos a la protección de los hijos de ambos esposos en las situaciones de crisis matrimoniales es el relativo al desplazamiento internacional del niño por uno de sus progenitores; por lo tanto deben protegerse los intereses fundamentales de los hijos de conformidad con el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños; por consiguiente, se salvaguarda la residencia

habitual lícita como criterio de competencia cuando, como consecuencia del desplazamiento o retención ilícitos, se ha producido una modificación de hecho de la residencia habitual;

13. El presente Reglamento no impide que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro tomen medidas provisionales o cautelares, en los casos urgentes, con respecto a personas o bienes situados en dicho Estado;

14. El término “resolución” se refiere sólo a las decisiones positivas, es decir, aquellas que han conducido al divorcio, la separación legal o la nulidad del matrimonio; los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados en el Estado miembro de origen se equiparan a tales “resoluciones”;

15. El reconocimiento y la ejecución de las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros deben basarse en el principio de la confianza mutua; a este respecto, los motivos de no reconocimiento se reducen al mínimo imprescindible; este procedimiento debe sin embargo ofrecer posibilidades de recurso para garantizar el respeto del orden público del Estado requerido y de los derechos de la defensa y de las partes interesadas, a fin de evitar el reconocimiento de resoluciones inconciliables;

16. El Estado requerido no debe controlar ni la competencia del Estado de origen ni el fondo de la resolución;

17. No puede exigirse procedimiento alguno para la actualización de los datos en el Registro Civil en un Estado miembro a raíz de una resolución firme al respecto dictada en otro Estado miembro;

18. Pueden aplicarse las disposiciones del Acuerdo celebrado en 1931 por los Estados nórdicos dentro de los límites enunciados por el presente Reglamento y del respeto del principio de no discriminación;

19. España, Italia y Portugal habían celebrado Concordatos antes de la inclusión de estas materias en el Tratado; conviene evitar que estos Estados miembros violen sus obligaciones internacionales con la Santa Sede;

20. Los Estados miembros deben seguir teniendo la libertad de establecer entre ellos modalidades prácticas de aplicación del Reglamento en tanto no se adopten al efecto medidas comunitarias;

21. A más tardar, cinco años después de la entrada en vigor del presente Reglamento, la Comisión debe examinar la aplicación del presente Reglamento con el fin de proponer, cuando proceda, las modificaciones necesarias;

22. El Reino Unido e Irlanda, de conformidad con el artículo 3 del Protocolo relativo a la posición del Reino Unido y de Irlanda anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, han expresado su deseo de participar en la adopción y aplicación del presente reglamento;

23. Dinamarca, de conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo relativo a la posición de Dinamarca anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tra-

tado constitutivo de la Comunidad Europea, no participa en la adopción del presente Reglamento y no está por tanto vinculada ni sometida a su aplicación;

24. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Decisión 1999/468/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, por la que se establecen los procedimientos para el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión, conviene que las medidas necesarias para la ejecución del presente Reglamento se adopten según el procedimiento consultivo previsto en el artículo 3 de la mencionada Decisión, ha adoptado el presente Reglamento:

CAPÍTULO I

Ámbito de aplicación

Artículo 1.º—1. El presente Reglamento se aplicará:

- a) a los procedimientos civiles relativos al divorcio, a la separación legal y a la nulidad del matrimonio de los cónyuges;
- b) a los procedimientos civiles relativos a la responsabilidad parental sobre los hijos comunes de los cónyuges con ocasión de las acciones en materia matrimonial a que se refiere la letra a).

2. Se equiparán a los procedimientos judiciales los demás procedimientos que reconozca oficialmente cualquiera de los Estados miembros. El término «órgano jurisdiccional» englobará a todas las autoridades competentes en la materia en los Estados miembros.

CAPÍTULO II

Competencia judicial

Sección 1.ª—Disposiciones generales

Artículo 2.º Divorcio, separación legal de los cónyuges y nulidad del matrimonio.—1. Serán competentes para resolver sobre las cuestiones relativas al divorcio, a la separación legal o a la nulidad del matrimonio de los cónyuges los órganos jurisdiccionales del Estado miembro:

- a) en cuyo territorio se encuentre:
 - la residencia habitual de los cónyuges, o
 - la última residencia habitual de los cónyuges, cuando uno de ellos todavía resida allí, o
 - la residencia habitual del demandado, o
 - en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o
 - la residencia habitual del demandante si ha residido allí desde al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o

— la residencia habitual del demandante, si ha residido en ella al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y si es nacional del Estado miembro en cuestión o tiene en él su “domicilio”.

b) de la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del “domicilio” conyugal fijado de manera estable.

2. A los efectos del presente Reglamento, el término “domicilio” se entenderá en el mismo sentido que dicho término tiene con arreglo a los ordenamientos jurídicos del Reino Unido y de Irlanda.

Artículo 3.^º Responsabilidad parental.—1. Los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en los que se ejerza la competencia con arreglo al artículo 2.^º en una demanda de divorcio, separación legal o nulidad del matrimonio, tendrán competencia en cuestiones relativas a la responsabilidad parental sobre el hijo común de los cónyuges cuando éste resida habitualmente en dicho Estado miembro.

2. Cuando el hijo no resida habitualmente en el Estado miembro que se contempla en el apartado 1, los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro serán competentes en esta materia siempre que el hijo resida habitualmente en uno de los Estados miembros y que:

- a) al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el hijo; y
- b) la competencia de las autoridades haya sido aceptada por los cónyuges y sea conforme con el interés superior del niño.

3. La competencia otorgada en virtud de los apartados 1 y 2 cesará:

- a) tan pronto como sea firme la resolución relativa a la autorización o a la denegación de la solicitud de divorcio, separación legal o nulidad del matrimonio; o
- b) en aquellos casos en que en el momento indicado en la letra a) existan procedimientos relativos a responsabilidad parental, en cuanto haya recaído una resolución firme en dichos procedimientos; o bien,
- c) en cuanto los procedimientos indicados en las letras a) y b) hayan concluido por otras razones.

Artículo 4.^º Sustracción de menores.—Los órganos jurisdiccionales competentes con arreglo al artículo 3.^º ejercerán su competencia de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, y en particular sus artículos 3 y 16.

Artículo 5.^º Demanda reconvenional.—El órgano jurisdiccional ante el que se sustancien los procedimientos con arreglo a los artículos 2.^º a 4.^º precedentes será competente asimismo para examinar la demanda reconvenional, en la medida en que ésta entre en el ámbito de aplicación del presente Reglamento.

Artículo 6.^º Conversión de la separación legal en divorcio.—Sin perjuicio del artículo 2.^º, el órgano jurisdiccional del Estado miembro que hubiere dictado una reso-

lución sobre la separación legal será asimismo competente para convertir dicha resolución en divorcio, si la ley de dicho Estado miembro lo prevé.

Artículo 7.^º Carácter exclusivo de las competencias de los artículos 2.^º a 6.^º—Un cónyuge que:

- a) tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, o
- b) sea nacional de un Estado miembro, o tenga su “domicilio” en un Estado miembro, en el sentido del apartado 2 del artículo 2.^º

sólo podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en virtud de los artículos 2.^º a 6.^º

Artículo 8.^º Competencias residuales.—1. Si de los artículos 2.^º a 6.^º no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado.

2. Todo nacional de un Estado miembro que tenga su residencia habitual en el territorio de otro Estado miembro podrá, al igual que los nacionales de este último, invocar en dicho Estado las normas sobre competencia que sean aplicables en el mismo contra una parte demandada que no tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro y que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro o que no tenga su “domicilio” en un Estado miembro en el sentido del apartado 2 del artículo 2.^º

Sección 2.^a—Comprobación de la competencia y de la admisibilidad

Artículo 9.^º Comprobación de la competencia.—El órgano jurisdiccional de un Estado miembro que hubiere de conocer a título principal de un litigio para el que el presente Reglamento no establezca su competencia y para el que, en virtud del presente Reglamento, fuere competente un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro se declarará de oficio incompetente.

Artículo 10. Comprobación de la admisibilidad.—1. Si el demandado no compareciere, el órgano jurisdiccional competente suspenderá el procedimiento hasta que se tenga constancia de que dicho demandado ha estado en condiciones de recibir, con suficiente antelación para defenderse, el escrito de demanda o escrito equivalente o que se han practicado todas las diligencias a tal fin.

2. Las disposiciones del artículo 19 del Reglamento .../CE, del Consejo, de ..., relativo a la notificación o traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil se aplicarán en lugar de las del apartado 1, si el escrito de demanda hubiera de remitirse al extranjero de acuerdo con el presente Reglamento.

Cuando no sean aplicables las disposiciones del Reglamento a que se refiere el artículo 15, se aplicarán las disposiciones del Convenio de La Haya, de 15 de noviembre de 1965, relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, si el escrito de demanda hubiera de remitirse al extranjero de acuerdo con dicho Convenio.

Sección 3.^a—Litispendencia y acciones dependientes

Artículo 11.—1. Cuando se formularen demandas con el mismo objeto y la misma causa entre las mismas partes ante órganos jurisdiccionales de Estados miembros distintos, el órgano jurisdiccional ante el que se formule la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se declare competente el órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera.

2. Cuando se presentaren demandas de divorcio, separación legal o nulidad del matrimonio sin el mismo objeto, entre las mismas partes ante órganos jurisdiccionales de Estados miembros diferentes, el órgano jurisdiccional ante el que se hubiere formulado la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera.

3. Cuando conste la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera demanda, el órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la segunda se inhibirá en favor de aquél.

En tal caso, el demandante que hubiere interpuesto la correspondiente demanda ante el órgano jurisdiccional requerido en segundo lugar podrá presentarla ante el órgano jurisdiccional requerido en primer lugar.

4. A los efectos del artículo 11, se considerará que un tribunal conoce de un litigio.

a) desde el momento en que se le hubiere presentado el escrito de demanda o documento equivalente, a condición de que posteriormente el demandante no hubiere dejado de tomar toda diligencia necesaria para que se entregare al demandado la cédula de emplazamiento, o

b) si dicho documento hubiere de notificarse al demandado antes de su presentación al tribunal, en el momento en que lo recibiere la autoridad encargada de la notificación, a condición de que posteriormente el demandante no hubiere dejado de tomar toda diligencia necesaria para presentar el documento al tribunal.

Sección 4.^a—Medidas provisionales y cautelares

Artículo 12.—1. En caso de urgencia, las disposiciones del presente Reglamento no impedirán que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro adopten medidas provisionales o cautelares contempladas en el ordenamiento jurídico de dicho Estado miembro relativas a las personas o los bienes presentes en dicho Estado miembro, aun cuando, en virtud del presente Reglamento, un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro fuere competente para conocer sobre el fondo.

2. Las medidas provisionales o cautelares tomadas de conformidad con el apartado 1, relativas a materias propias del campo de aplicación del presente Reglamento, se levantarán en cuanto una resolución con el mismo objeto se haya dictado por el órgano jurisdiccional competente para juzgar sobre el fondo en virtud del presente Reglamento y se haya reconocido y ejecutado en aplicación del presente Reglamento.

CAPÍTULO III

Reconocimiento y Ejecución

Artículo 13. Sentido del término «resolución».—1. A efectos del presente Reglamento, se entenderá por «resolución» cualquier decisión de divorcio, separación legal o nulidad del matrimonio dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, así como cualquier resolución sobre la responsabilidad parental de los cónyuges dictada a raíz de tales acciones en materia matrimonial cualquiera que sea su denominación, ya sea sentencia, resolución o auto.

2. Las disposiciones del presente Capítulo se aplicarán asimismo a la fijación del importe de las costas y a la ejecución de cualquier resolución relativa a las costas de los procesos sustanciados en virtud del presente Reglamento.

3. A efectos de la aplicación del presente Reglamento, los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados en un Estado miembro y las transacciones celebradas ante el juez durante un proceso y que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen serán reconocidos y se dotarán de fuerza ejecutiva en las mismas condiciones que las resoluciones señaladas en el apartado 1.

Sección 1.^a—Reconocimiento

Artículo 14. Reconocimiento de una resolución.—1. Las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno.

2. En particular, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3, no se requerirá ningún procedimiento previo para la actualización de los datos del Registro civil de un Estado miembro sobre la base de las resoluciones en materia de divorcio, separación legal o nulidad del matrimonio dictadas en otro Estado miembro y que con arreglo a la legislación de este último ya no admitan recurso.

3. De conformidad con los procedimientos a que se refieren las secciones 2 y 3 del presente Capítulo, cualquiera de las partes interesadas podrá solicitar que se decida si debe o no debe reconocerse una resolución.

4. Cuando el reconocimiento de una resolución se plantee de forma incidental ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, dicho órgano jurisdiccional podrá pronunciarse al respecto.

Artículo 15. Motivos de denegación del reconocimiento.—1. Las resoluciones en materia de divorcio, separación judicial o nulidad del matrimonio no se reconocerán:

a) si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido;

b) cuando se dictaren en rebeldía del demandado, si no se hubiere entregado o notificado al mismo el escrito de demanda o un documento equivalente de forma tal y con la suficiente antelación para que el demandado pueda organizar su defensa, a menos que conste que el demandado acepta la resolución de forma inequívoca;

c) si la resolución fuere inconciliable con otra dictada en un litigio entre las mismas partes en el Estado miembro requerido;

d) si la resolución fuere inconciliable con otra dictada con anterioridad en otro Estado miembro o en un país tercero en un litigio entre las mismas partes, cuando la primera resolución reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido.

2. Las resoluciones sobre la responsabilidad parental de los cónyuges dictadas en los procedimientos matrimoniales previstos en el artículo 13 no se reconocerán:

a) si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido, teniendo en cuenta el interés superior del niño;

b) cuando se dictaren, excepto en casos de urgencia, sin haber dado al niño la oportunidad de ser oído, violando principios fundamentales de procedimiento del Estado miembro requerido;

c) cuando se dictaren en rebeldía de la persona en cuestión, si no se hubiere entregado o notificado a la persona en cuestión el escrito de demanda o un documento equivalente, de forma tal y con la suficiente antelación para que pueda organizar su defensa, a menos que conste que la persona en cuestión acepta la resolución de forma inequívoca;

d) cuando, a petición de cualquier persona que alegue que la resolución menoscaba el ejercicio de su responsabilidad parental, se dictaren sin que esta persona haya tenido la oportunidad de ser oída;

e) si la resolución fuere inconciliable con otra dictada posteriormente en relación con la responsabilidad parental en el Estado miembro requerido;

f) si la resolución fuere inconciliable con otra dictada posteriormente en relación con la responsabilidad parental en otro Estado miembro o en el país tercero de residencia habitual del menor, cuando la resolución dictada con posterioridad reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido.

Artículo 16. Prohibición del control de la competencia del juez de origen.—No podrá procederse al control de la competencia del órgano jurisdiccional del Estado de origen. El criterio de orden público a que se refieren las letras a) del apartado 1 y a) del apartado 2 del artículo 15 no podrá aplicarse a las normas relativas a la competencia definidas en los artículos 2.º a 8.º

Artículo 17. Diferencias en el Derecho aplicable.—No podrá negarse el reconocimiento de una resolución de divorcio, de separación judicial o de nulidad del matrimonio alegando que el Derecho del Estado miembro requerido no autorizaría el divorcio, la separación judicial o la nulidad del matrimonio basándose en los mismos hechos.

Si un Estado miembro debiere reconocer un divorcio de acuerdo con las disposiciones del presente Reglamento, no podrá prohibir la celebración de un nuevo matrimonio por parte de cualquiera de los cónyuges por el motivo de que el Derecho nacional de un tercer país, cuya nacionalidad ostente alguno de los cónyuges, no reconozca dicho divorcio.

Artículo 18. No revisión en cuanto al fondo.—En ningún caso la resolución podrá ser objeto de una revisión en cuanto al fondo.

Artículo 19. Suspensión del procedimiento.—El órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se hubiere solicitado el reconocimiento de una resolución dictada en otro Estado miembro podrá suspender el procedimiento si dicha resolución fuere objeto de un recurso ordinario.

El órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se hubiere solicitado el reconocimiento de una resolución dictada en Irlanda o en el Reino Unido podrá suspender procedimiento si la ejecución estuviere suspendida en el Estado miembro de origen como consecuencia de la interposición de un recurso.

Sección 2.^a—Ejecución

Artículo 20. Resoluciones ejecutivas.—Las resoluciones dictadas en un Estado miembro sobre el ejercicio de la responsabilidad parental con respecto a un hijo común y que fueren ejecutivas en dicho Estado miembro y hayan sido notificadas o trasladadas se ejecutarán en otro Estado miembro cuando, a instancia de cualquier parte interesada, se hayan declarado ejecutivas en este último Estado.

No obstante, en el Reino Unido, estas resoluciones se ejecutarán en Inglaterra y el País de Gales, en Escocia o en Irlanda del Norte, previo registro con fines de ejecución, a instancias de la parte interesada, en una u otra de esas partes del Reino Unido, según el caso.

Artículo 21. Competencia territorial de los órganos jurisdiccionales.—1. La solicitud de ejecución se presentará ante los órganos jurisdiccionales relacionados en el Anexo I.

2. El órgano jurisdiccional territorialmente competente se determinará por el lugar de residencia habitual de la persona contra la que se solicitare la ejecución en el Estado miembro requerido o por el lugar de residencia habitual del hijo o de los hijos a quien o quienes se refiera la solicitud.

Cuando no pueda encontrarse en el Estado miembro requerido ninguno de los dos lugares a los que se refiere el párrafo primero, el órgano jurisdiccional territorialmente competente se determinará por el lugar de ejecución.

3. En relación con los procedimientos a que se refiere el apartado 3 del artículo 14, el órgano jurisdiccional territorialmente competente se determinará por Derecho nacional del Estado miembro en que se incoe el procedimiento de reconocimiento o de no reconocimiento.

Artículo 22. Procedimiento de ejecución.—1. Las modalidades de presentación de la solicitud de ejecución se determinarán con arreglo al Derecho del Estado miembro requerido.

2. El solicitante deberá elegir domicilio para la notificación del procedimiento en un lugar que correspondiere a la competencia judicial del órgano jurisdiccional que conociere de la solicitud de ejecución. No obstante, si el Derecho del Estado miembro

requerido no contemplare la elección de domicilio, el solicitante designará un mandatario “ad litem”.

3. Se adjuntarán a la solicitud de ejecución los documentos mencionados en los artículos 31 y 32.

Artículo 23. Resolución del órgano jurisdiccional.—1. El órgano jurisdiccional ante el que se presentare la demanda ejecutiva se pronunciará en breve plazo. La persona contra la cual se solicitare la ejecución no podrá, en esta fase del procedimiento, formular observaciones.

2. La solicitud de ejecución sólo podrá ser denegada por alguno de los motivos previstos en el artículo 15.

3. La resolución en ningún caso podrá ser objeto de una revisión en cuanto al fondo.

Artículo 24. Notificación de la resolución.—El funcionario público a quien corresponda notificará de inmediato la resolución al solicitante de la ejecución de conformidad con las modalidades determinadas por el Derecho del Estado miembro requerido.

Artículo 25. Recurso contra la resolución.—La resolución sobre la solicitud de ejecución podrá ser recurrida por cualquiera de las partes. El recurso se presentará ante uno de los órganos jurisdiccionales relacionados en el Anexo II. El recurso se sustanciará según las normas que rigen el procedimiento contradictorio.

Si presentara el recurso el solicitante del otorgamiento de la ejecución, la parte contra la que se solicitare la ejecución será citada a comparecer ante el órgano jurisdiccional que conociere del recurso. En caso de incomparecencia se aplicarán las disposiciones del artículo 10.

El recurso contra el otorgamiento de la ejecución deberá interponerse dentro del plazo de un mes a partir de la fecha de notificación. Si la parte contra la que se solicitare la ejecución residiera habitualmente en un Estado miembro distinto de aquel en el que se hubiere otorgado la ejecución, el plazo será de dos meses y correrá a partir de la fecha de la notificación, tanto si ésta se hizo en persona como en su residencia. Dicho plazo no admitirá prórroga en razón de la distancia.

Artículo 26. Apelación y recurso ulterior.—La resolución dictada sobre el recurso solo podrá ser objeto de los recursos relacionados en el Anexo III.

Artículo 27. Suspensión del procedimiento.—El órgano jurisdiccional que conociere del recurso en virtud de los artículos 25 y 26 podrá, a instancia de la parte contra la que se solicitare la ejecución, suspender el procedimiento si la resolución extranjera hubiese sido objeto de recurso ordinario en el Estado miembro de origen o si el plazo para interponerlo no hubiere expirado. En este último caso, el órgano jurisdiccional podrá fijar un plazo para la interposición de dicho recurso.

Cuando la resolución hubiese sido dictada en Irlanda o en el Reino Unido, toda vía de recurso prevista en el Estado miembro de origen será considerada como un recurso ordinario para la aplicación del apartado 1.

Artículo 28. Ejecución parcial.—1. Cuando la resolución se hubiere pronunciado sobre varias pretensiones de la demanda y la ejecución no pudiese otorgarse para la totalidad de ellas, el órgano jurisdiccional despachará la ejecución para una o más de ellas.

2. El solicitante podrá instar una ejecución parcial de la resolución.

Artículo 29. Justicia gratuita.—La parte que instare la ejecución y que, en el Estado miembro de origen, hubiere obtenido total o parcialmente el beneficio de justicia gratuita o de una exención de costas judiciales, gozará también, en el procedimiento previsto en los artículos 21 a 24, del beneficio más favorable o de la exención más amplia prevista por el Derecho del Estado miembro requerido.

Artículo 30. Caución o depósito.—A la parte que instare en un Estado miembro la ejecución de una resolución dictada en otro Estado miembro no podrá exigírsele caución o depósito alguno, sea cual fuere su denominación, por su condición de extranjero o extranjera o no tener su residencia habitual en el Estado miembro requerido.

Sección 3.^a—Disposiciones comunes

Artículo 31. Documentos.—1. La parte que invocare o se opusiere al reconocimiento de una resolución o que solicitare el otorgamiento de su ejecución deberá presentar:

- a) una copia de dicha resolución que reúna los requisitos necesarios para determinar su autenticidad;
- b) una certificación como estipula el artículo 34, sin perjuicio del artículo 35.

2. Por otra parte, si se tratare de una resolución dictada en rebeldía, la parte que invocare el reconocimiento o instare su ejecución deberá presentar:

- a) el original o una copia auténtica del documento que acredite la entrega o notificación del escrito de la demanda o de un documento equivalente a la parte declarada en rebeldía; o bien
- b) cualquier documento que acredite de forma inequívoca que el demandado ha aceptado la resolución.

Artículo 32. Otros documentos.—El órgano jurisdiccional o autoridad competente del Estado miembro en el que se haya dictado una resolución expedirá, a instancia de cualquier parte interesada, una certificación conforme al formulario normalizado que figura en el Anexo IV (resoluciones en materia matrimonial) o en el Anexo V (resoluciones en materia de responsabilidad parental).

Artículo 33. Ausencia de documentos.—1. De no presentarse los documentos mencionados en la letra b) del apartado 1 del artículo 31 o en el apartado 2 de dicho

artículo, el órgano jurisdiccional podrá fijar un plazo para la presentación de los mismos, aceptar documentos equivalentes o dispensar de ellos si considerase que dispone de suficientes elementos de juicio.

2. Si el órgano jurisdiccional lo exigiere, se presentará una traducción de los documentos. La traducción estará certificada por una persona habilitada a tal fin en uno de los Estados miembros.

Artículo 34. Legalización y formalidades análogas.—No se exigirá legalización ni formalidad análoga alguna en lo que se refiere a los documentos mencionados en los artículos 31 y 32 y en el apartado 2 del artículo 33, así como, en su caso, al poder “ad litem”.

CAPÍTULO IV

Disposiciones transitorias

Artículo 35.—1. Lo dispuesto en el presente Reglamento sólo será aplicable a las acciones judiciales ejercitadas, a los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados y a las transacciones celebradas ante el juez durante un proceso con posterioridad a la entrada en vigor del presente Reglamento.

2. Las resoluciones judiciales dictadas después de la fecha de entrada en vigor del presente Reglamento como consecuencia de acciones ejercitadas con anterioridad a esta fecha serán reconocidas y ejecutadas con arreglo a las disposiciones del Capítulo III, si las normas de competencia aplicadas se ajustaren a las previstas en el Capítulo II o en un convenio en vigor entre el Estado miembro de origen y el Estado miembro requerido al ejercitarse la acción.

CAPÍTULO V

Disposiciones generales

Artículo 36. Relación con los Convenios existentes.—1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 35 y 38 y en el apartado 2 del presente artículo, el presente Reglamento sustituirá, entre los Estados miembros, a los Convenios existentes en el momento de la entrada en vigor del mismo, celebrados entre dos o más Estados miembros y referentes a las materias reguladas por el presente Reglamento.

2. Finlandia y Suecia tendrán la facultad de declarar que el Acuerdo nórdico, de 6 de febrero de 1931, entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia, relativo a determinadas disposiciones de Derecho internacional privado en materia de matrimonio, adopción y custodia, junto con su Protocolo final, es de aplicación, total o parcialmente, en sus relaciones mutuas, en lugar de las normas del presente Reglamento. Estas declaraciones se publicarán en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas como Anexo al Reglamento. Dicha declaración podrá retirarse, total o parcialmente, en cualquier momento.

El principio de no discriminación por razón de nacionalidad entre ciudadanos de la Unión será respetado.

En todo acuerdo que se celebre entre los Estados miembros mencionados en el párrafo primero y que se refiera a las materias reguladas por el presente Reglamento, las normas sobre competencia se ajustarán a las establecidas en el presente Reglamento.

Las decisiones adoptadas en uno de los Estados nórdicos que haya presentado la declaración mencionada en el párrafo primero, en virtud de un fuero de competencia que corresponda a alguno de los contemplados en el Capítulo II del presente Reglamento, serán reconocidas y ejecutadas en los demás Estados miembros de conformidad con las normas previstas en su Capítulo III.

3. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión:

- a) una copia de los acuerdos, o proyectos de acuerdo, y de las normas uniformes de regulación de dichos acuerdos a que se refieren los párrafos primero y tercero del apartado 2;
- b) cualquier denuncia, o modificación, de dichos acuerdos o de dichas normas uniformes.

Artículo 37. Relación con determinados Convenios multilaterales.—En las relaciones entre los Estados miembros que son parte del presente Reglamento, primará este último, en las materias reguladas por el mismo, frente a los Convenios siguientes:

- Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores,
- Convenio de Luxemburgo, de 8 de septiembre de 1967, sobre el reconocimiento de resoluciones relativas a la validez de los matrimonios,
- Convenio de La Haya, de 1 de junio de 1970, relativo al reconocimiento de divorcios y separaciones legales,
- Convenio europeo, de 20 de mayo de 1980, relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como el restablecimiento de dicha custodia,
- Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, a condición de que el menor resida habitualmente en un Estado miembro.

Artículo 38. Alcance de los efectos.—1. Los acuerdos y los convenios mencionados en el apartado 1 del artículo 36 y en el artículo 37 continuarán surtiendo sus efectos en las materias a las que no se aplicare el presente Reglamento.

2. Dichos acuerdos y convenios continuarán aplicándose en relación con las resoluciones dictadas y los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados antes de la entrada en vigor del presente Reglamento.

Artículo 39. Acuerdos entre Estados miembros.—1. Dos o varios Estados miembros podrán concluir entre ellos acuerdos o arreglos destinados a completar las disposiciones del presente Reglamento o a facilitar su aplicación.

Los Estados Miembros comunicarán a la Comisión:

- a) una copia de estos proyectos de acuerdo;
- b) toda denuncia o modificación de estos acuerdos.

2. En ningún caso, los acuerdos o arreglos podrán introducir excepciones a lo dispuesto en los Capítulos II y III.

Artículo 40. Tratados con la Santa Sede.—1. El presente Reglamento será aplicable sin perjuicio del Tratado internacional (Concordato) celebrado entre la Santa Sede y Portugal, firmado en el Vaticano el 7 de mayo de 1940.

2. Cualquier resolución relativa a la nulidad de un matrimonio regulado por el Tratado indicado en el apartado 1 se reconocerá en los Estados miembros en las condiciones previstas en el Capítulo III.

3. Las disposiciones de los apartados 1 y 2 serán también aplicables a los siguientes Tratados (Concordatos) con la Santa Sede:

— Concordato lateranense, de 11 de febrero de 1929, entre Italia y la Santa Sede, modificado por el acuerdo, con protocolo adicional, firmado en Roma el 18 de febrero de 1984,

— Acuerdo entre la Santa Sede y España sobre asuntos jurídicos, de 3 de enero de 1979.

4. El apartado 2 se aplicará sin perjuicio de los procedimientos y comprobaciones que se efectúen en los Estados miembros con respecto a las resoluciones dictadas por los tribunales eclesiásticos con arreglo a los tratados internacionales con la Santa Sede a que se refiere el apartado 3.

5. Los Estados miembros afectados comunicarán a la Comisión:

- a) copia de los Tratados a que se refieren los apartados 1 y 3;
- b) toda denuncia o modificación de dichos Tratados.

Artículo 41. Estados miembros con régimen jurídico no unificado.—Respecto de un Estado miembro en el que se apliquen dos o más regímenes jurídicos o normativas relacionadas con las cuestiones reguladas por el presente Reglamento en unidades territoriales distintas:

a) cualquier referencia a la residencia habitual en dicho Estado miembro se entenderá hecha a la residencia habitual en una unidad territorial;

b) cualquier referencia a la nacionalidad se entenderá hecha a la unidad territorial designada por la legislación de dicho Estado;

c) cualquier referencia al Estado miembro cuya autoridad hubiere de conocer de una demanda de divorcio, separación legal o nulidad del matrimonio se entenderá hecha a la unidad territorial cuya autoridad hubiere de conocer de la demanda;

d) cualquier referencia a las normas del Estado miembro requerido se entenderá hecha a las normas de la unidad territorial en la que se pretenda la competencia judicial, el reconocimiento o la ejecución.

CAPÍTULO VI

Disposiciones finales

Artículo 42. Reexamen.—A más tardar cinco años después de la entrada en vigor del presente Reglamento, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social un informe relativo a la aplicación del presente Reglamento y, en particular, de sus artículos 36, 39 y 40. Dicho informe se acompañará, si procede, de propuestas destinadas a adaptar el Reglamento.

Artículo 43. Modificación de los Anexos.—1. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión la denominación exacta de las disposiciones jurídicas que modifiquen los órganos jurisdiccionales o las autoridades competentes relacionados en los Anexos I y II, así como los recursos relacionados en el Anexo III. La Comisión adaptará en consecuencia dichos Anexos.

2. La actualización y las modificaciones de carácter técnico de los formularios normalizados que figuran en los Anexos IV y V se realizarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.

Artículo 44.—1. La Comisión estará asistida por un comité consultivo, compuesto por los representantes de los Estados miembros y presidido por el representante de la Comisión.

2. En el caso a que se refiere el apartado precedente, se aplicará el procedimiento consultivo contemplado en el artículo 3 de la Decisión 1999/468/CE, de conformidad con las disposiciones del apartado 3 del artículo 7 de la misma.

Artículo 45. Entrada en vigor.—El presente Reglamento entrará en vigor el vigésimo día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Se aplicará a partir del 1.º de enero de 2001.

El presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

ANEXO I

Los órganos jurisdiccionales o autoridades competentes ante los que se presentarán las solicitudes contempladas en el artículo 21 son las siguientes:

- en Bélgica, ante el «tribunal de première instance» o ante el «Rechtbank van eerste aanleg» o ante el «erstinstanzliche Gericht»,
- en la República Federal de Alemania, ante el «Familiengericht»,
- en Grecia, ante el «Μοίσιον Ἰκτὸς (ἡδὸ ἀέχασον)»,
- en España, ante el «Juzgado de Primera Instancia»,
- en Francia, ante el Presidente del «tribunal de grande instance»,
- en Irlanda, ante la «High Court»,

- en Italia, ante la «Corte d'appello»,
- en Luxemburgo, ante el Presidente del «tribunal d'arrondissement»,
- en Austria, ante el «Bezirksgericht»,
- en los Países Bajos, ante el Presidente del «arrondissementsrechtbank»,
- en Portugal, ante el «Tribunal de comarca» o «Tribunal de família»,
- en Finlandia, ante el «käräjäoikeus/tingsrätt»,
- en Suecia, ante el «Svea hovrätt»,
- en el Reino Unido:
 - a) en Inglaterra y en el País de Gales ante la «High Court of Justice»
 - b) en Escocia ante la «Court of Session»
 - c) en Irlanda del Norte ante la «High Court of Justice».

ANEXO II

Los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros ante los que se interpondrán los recursos contemplados en el artículo 25 son los siguientes:

- en Bélgica, ante el «tribunal de première instance» o ante el «rechtbank van eerste aanleg» o ante el «erstinstanzliche Gericht»,
- en la República Federal de Alemania, ante el «Oberlandesgericht»,
- en Grecia, ante el «(ἀνώτατο)»,
- en España, ante la «Audiencia Provincial»,
- en Francia, ante la «Cour d'appel»,
- en Irlanda, ante la «High Court of Justice»,
- en Italia, ante la «Corte d'appello»,
- en Luxemburgo, ante la «Cour d'appel»,
- en los Países Bajos, ante el «arrondissementsrechtbank»,
- en Austria, ante el «Bezirksgericht»,
- en Portugal, ante el «Tribunal de Relação»,
- en Finlandia, ante el «hovioikeus/hovrätt»,
- en Suecia, ante el «Svea hovrätt».
- en el Reino Unido:
 - a) en Inglaterra y en el País de Gales ante la «High Court of Justice»
 - b) en Escocia ante la «Court of Session»
 - c) en Irlanda del Norte ante la «High Court of Justice».

ANEXO III

Los recursos que podrán interponerse en virtud del artículo 26 son los siguientes:

- en Bélgica, Grecia, España, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos, un recurso de casación,
- en la República Federal de Alemania, una «Rechtsbeschwerde»,
- en Irlanda, un recurso sobre una cuestión de Derecho ante la “Supreme Court”,
- en Austria, un «Revisionsrekurs»,
- en Portugal, un “recurso restrito à matéria de direito”,
- en Finlandia, un recurso ante «korkein oikeus/högsta domstolen»,
- en Suecia, de un recurso ante «Högsta domstolen»,
- en el Reino Unido, sólo un recurso sobre una cuestión de Derecho.

DERECHO COMPARADO

EFFECTOS CIVILES EN LA UNIÓN EUROPEA DE LAS DECISIONES CANÓNICAS DE NULIDAD MATRIMONIAL (y II) (*)

RAFAEL RODRÍGUEZ CHACÓN

*Profesor Titular de Derecho Eclesiástico de la Universidad
Complutense de Madrid. Abogado.*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.**
- II. LA DESAPARICIÓN DE LA EFICACIA CIVIL DE LAS RESOLUCIONES ECLESIASTICAS MATRIMONIALES EN LA MAYOR PARTE DE EUROPA.**
- III. LOS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA QUE RECONOCEN POR VÍA CONCORDATARIA LA EFICACIA CIVIL DE LAS RESOLUCIONES MATRIMONIALES CANÓNICAS.**
 - 1. Austria.**
 - 2. Portugal.**
 - 3. Italia.**
 - 4. España.**

(*) Versión escrita de la Ponencia defendida en el XV Simposio de Derecho Matrimonial Canónico que tuvo lugar en Salamanca entre los días 13 y 17 de septiembre de 1999. Los apartados I, II y III del sumario han sido publicados en el número anterior de esta revista.

IV. LAS RESOLUCIONES MATRIMONIALES CANÓNICAS EN EL CONVENIO SOBRE LA COMPETENCIA, EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA MATRIMONIAL DE 28 DE MAYO DE 1998 (CONVENIO DE BRUSELAS II).

1. **Referencia al Convenio de Bruselas de 1968.**
2. **Algunos rasgos definidores del Convenio de Bruselas II.**
3. **La mención de las resoluciones matrimoniales canónicas**
 - A) El artículo 42 del Convenio; vertiente “pasiva”.
 - B) El artículo 42 del Convenio; la vertiente “activa”.
 - a) *El enunciado del art. 42.2 y su extensión mediante el art. 42.3.*
 - b) *Las resoluciones canónicas incluidas en el art. 42 del Convenio.*
 - c) *Aplicabilidad del régimen del Convenio a las decisiones canónicas de disolución de matrimonio rato y no consumado.*
 - d) *Innecesariedad de que las resoluciones canónicas hayan sido dictadas por Tribunales eclesiásticos con sede en Portugal, España o Italia.*
 - C) La “declaración” efectuada por Italia.
4. **Los motivos de denegación del reconocimiento previstos en el Convenio y las resoluciones canónicas homologadas.**
 - A) La manifiesta contradicción del reconocimiento con el orden público del Estado miembro requerido.
 - B) La rebeldía cualificada prevista en el art. 15.1.b).
 - C) La inconciliabilidad de la resolución a reconocer con otras resoluciones.
 - D) Las inoponibilidad e inaplicabilidad a los procesos canónicos de las reglas “directas” de competencia y de las previsiones sobre litispendencia y “acciones dependientes” que se contienen en el Convenio de 1998.
 - a) *La no sujeción de los Tribunales eclesiásticos a las previsiones del Convenio.*
 - b) *Las reglas de competencia fijadas en el Convenio y sus mecanismos complementarios.*
 - c) *Las previsiones sobre litispendencia y “acciones dependientes”.*
5. **La declaración de reconocimiento, en caso de solicitud expresa, y sus recursos.**
 - A) Modalidades del reconocimiento.
 - a) *El reconocimiento cuasiautomático y su acceso al Registro civil.*
 - b) *El reconocimiento “incidental”.*
 - c) *La petición expresa de declaración judicial de reconocimiento o de que concurren motivos obstativos al reconocimiento.*

- B) Examen especial de los aspectos procedimentales de la declaración judicial de reconocimiento o no reconocimiento y la vía de recursos.
- a) *La petición inicial y los documentos que han de adjuntarse.*
 - b) *El pronunciamiento judicial.*
 - c) *El “recurso”.*
 - d) *La casación.*
 - e) *La posible intervención del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.*

V. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES.

ADDENDA.

IV. LAS RESOLUCIONES MATRIMONIALES CANÓNICAS EN EL CONVENIO SOBRE LA COMPETENCIA, EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCION DE RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA MATRIMONIAL DE 28 DE MAYO DE 1998 (*CONVENIO DE BRUSELAS II*)

1. Referencia al Convenio de Bruselas de 1968

Vistas las líneas generales por las que discurre actualmente el reconocimiento civil de las resoluciones matrimoniales canónicas en los tres países miembros de la Unión Europea que tienen concertados a tal fin acuerdos concordatarios con la Santa Sede, se analizará a continuación la incidencia que sobre ese tema está llamado a tener el instrumento internacional que técnicamente se intitula “*Acto del Consejo —identificado con el número de información 98/C 221/01— de 28 de mayo de 1998, por el que se celebra, con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, el Convenio sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial*”⁽¹⁰³⁾.

En jerga más coloquial de los internacionalistas, tan compleja denominación se acorta notablemente, designándose a este instrumento como “*Bruselas II*”. Y hay un justificado motivo para formular esta expresión abreviada: el instrumen-

⁽¹⁰³⁾ Publicado en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, serie C, núm. 221, ejemplar de 16 de julio de 1998.

to en cuestión tiene un neto precedente en otro Convenio anterior, denominado “Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil” que los seis Estados originarios de la Comunidad Europea concluyeron en Bruselas el 27 de septiembre de 1968⁽¹⁰⁴⁾, al que resulta obligado hacer aquí una breve referencia.

A lo largo de los años posteriores, la base subjetiva de ese Convenio de 1968 se amplió para incluir a los Estados que sucesivamente fueron incorporándose a la Comunidad⁽¹⁰⁵⁾; y aunque, con tal motivo, fue objeto de modificaciones posteriores pactadas en otras sedes⁽¹⁰⁶⁾, el Convenio en cuestión se identifica como “Convenio de Bruselas” por excelencia.

Ha de señalarse que ese Convenio de Bruselas de 1968 significó y significa una importantísima pieza en el ámbito de la construcción de las actuaciones comunitarias en el marco de lo que, con acierto, se puede llamar el “escenario

(104) El Convenio, sin embargo, no entró en vigor hasta al 1 de febrero de 1973.

(105) La ampliación no fue automática. El art. 63 del Convenio prevé el caso de ampliación de los miembros de la Comunidad en los siguientes términos:

“Los Estados contratantes reconocen que todo Estado que se convierta en miembro de la Comunidad Económica Europea tendrá la obligación de aceptar que el presente Convenio se tome como base para las negociaciones necesarias con objeto de asegurar la aplicación del último párrafo del artículo 220 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea en las relaciones entre los Estados contratantes y ese Estado.

Las adaptaciones necesarias podrán ser objeto de un Convenio especial entre los Estados contratantes, por una parte, y ese Estado, por otra.”

(106) Resultado de la aplicación de la cláusula transcrita en la anterior nota ha sido que el Convenio haya conocido las siguientes versiones:

— El Convenio de 9 de octubre de 1978, relativo a la adhesión de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido (*JOCE* L 304, de 30 de marzo de 1978).

— El Convenio de 25 de octubre de 1982, relativo a la adhesión de Grecia (*JOCE* L 388, de 31 de diciembre de 1982).

— Ha de tenerse en cuenta el llamado “Convenio paralelo” de Lugano, de 16 de septiembre de 1988, concertado con los Estados miembros de la EFTA: Austria, Finlandia, Islandia, Noruega, Suecia y Suiza (*DOCE* L 319, de 25 de noviembre de 1988).

— En fin, el Convenio de San Sebastián de 26 de mayo de 1989, relativo a la adhesión de España y Portugal (*DOCE* L 285, de 3 de octubre de 1989), que tomó como base el Convenio de Lugano. Este último Convenio, publicado en el *BOE* de 28 de enero de 1991, entró en vigor en España el 1 de febrero de 1991, aunque no simultáneamente con todos los demás países comunitarios.

La versión “consolidada” del Convenio (es decir, la versión *codificada* del Convenio de Bruselas que resulta tras las sucesivas modificaciones que ha sufrido) aparece en *DOCE* C 189, de 28 de julio de 1990.

de la coordinación internacional de las soluciones”⁽¹⁰⁷⁾; pues, al tiempo que establece unas unificadoras y concretas *reglas directas* de competencia internacional⁽¹⁰⁸⁾, ha supuesto *liberar del trámite del exequátur* a determinadas resoluciones dictadas en materia civil y mercantil por los Tribunales de los Estados miembros; gracias al Convenio de 1968, esas resoluciones deben ser reconocidas cuasiautomáticamente en cualquier otro Estado miembro distinto a aquel Estado miembro al que pertenece el Tribunal de origen que pronunció la resolución, sin que para ello sea necesaria una intervención jurisdiccional del Estado requerido; y ha de otorgárseles la declaración de ejecutividad precisa para llevarlas a efecto a través de un procedimiento simplificado, que debe resolverse en breve plazo tras la petición de parte interesada, siempre tratando de dar la mayor efectividad y agilidad a tales pronunciamientos. De este modo, con tasadas excepciones⁽¹⁰⁹⁾, la ejecución de la sentencia extranjera ha de ordenarse en términos iguales a como se haría con una Sentencia del propio Estado miembro.

El Convenio de Bruselas de 1968 excluyó de su campo de aplicación, entre otras materias, a las resoluciones judiciales referentes al estado y capacidad de

⁽¹⁰⁷⁾ La expresión es de J.M. ESPINAR VICENTE, *Ensayos sobre teoría general del Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 110. Distingue allí este autor cuatro posibles escenarios: el de integración jurídica (el que corresponde a países que sustentan valores muy similares o idénticos), el de coordinación internacional de soluciones (cuando más exactamente lo que hay es proximidad en los valores y en los resultados de las diferentes regulaciones así como un suficiente nivel de confluencia para establecer normas comunes), el de cooperación (cuando lo anterior no es posible, pero tampoco se puede hablar de sistemas jurídicos pertenecientes a civilizaciones diferentes) y el de confrontación (que hace imposible o muy difícil aceptar los conceptos foráneos sin quebrar el sistema). Cita como ejemplo del segundo “escenario” el Convenio de Bruselas de 1968.

⁽¹⁰⁸⁾ Con razón A.L. CALVO CARAVACA, en el volumen colectivo editado por él con el título *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y del BOE, Madrid, 1994, pág. 31, califica por este motivo al Convenio como “Tratado federador”, pues reparte el conocimiento de los asuntos litigiosos de modo análogo a como se haría en un Estado federal. En una idea semejante incide G.A.L. DROZ, Secretario General de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, cuando en su “Informe de síntesis”, incluido en el volumen colectivo publicado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con el título *Competencia judicial y ejecución de sentencias en Europa*, Aranzadi, Pamplona, 1993, pág. 281, señala que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (al que se encomienda la interpretación del Convenio por medio de un Protocolo *ad hoc*) “no actúa de modo distinto a como ‘de ordinario’ haría un Tribunal federal aplicando su Derecho federal”.

⁽¹⁰⁹⁾ G.A.L. DROZ, en el ya citado “Informe de síntesis”, en *Competencia judicial...*, cit., pág. 276-277, subraya que el Convenio viene funcionando con “notable eficacia”, de modo que los recursos contra las resoluciones que conceden la declaración de ejecutividad son poco frecuentes y en raras ocasiones se deniega esa declaración.

las personas físicas, los regímenes matrimoniales, los testamentos y las sucesiones⁽¹¹⁰⁾. Se consideró entonces que las diferencias legislativas existentes sobre las materias que afectan al estatuto personal y el dispar modo con que se resuelven en los distintos países los conflictos de leyes complicarían enormemente lograr un acuerdo entre los Estados miembros y podría llegar a desvirtuar el ágil sistema de reconocimiento y ejecución diseñado en el Convenio⁽¹¹¹⁾.

Pues bien, esa limitación del originario Convenio de Bruselas es la que parcialmente pretende cubrir el instrumento elaborado el 28 de mayo de 1998⁽¹¹²⁾. Y como el instrumento lo hace siguiendo los principios, la estructura general y, a veces, incluso reproduciendo *ad pedem litterae* muchos de los preceptos del Convenio de Bruselas de 1968, de ahí su denominación como *Bruselas II*.

2. Algunos rasgos definidores del *Convenio de Bruselas II*

Entrando ya en las características de este Convenio de 1998, como primera nota ha de señalarse que es un Tratado internacional multilateral⁽¹¹³⁾, pero *de ámbito limitado a los países hoy integrantes de la Unión Europea*: los Estados parte en el Convenio se concretan en los quince que actualmente integran la

(110) Art. 1.

(111) Así lo señalaba el “Informe explicativo” del Convenio que preparó P. JENARD, p. 131. Se trata de un informe elaborado por dicho autor, que aparece publicado como autorizada interpretación del Convenio. De que su valor no se reduce a una opinión particular da idea el hecho de que el informe en cuestión fue publicado en el *JOCE L C 59*, de 5 de marzo de 1979.

Las sucesivas versiones del Convenio han sido ilustradas con sendos “Informes explicativos”, también publicados en el periódico oficial. Así, para el Convenio de 1978, el “Informe SCHLOSSER” (*JOCE C 59*, de 5 de marzo de 1979); para el Convenio de 1982, el “Informe EVRIGENIS-KERAMEUS” (*JOCE C 298*, de 24 de diciembre de 1986); y para el Convenio de San Sebastián de 1989, el “Informe ALMEIDA CRUZ-DESANTES REAL-JENARD” (*DOCE C 189*, de 28 de julio de 1990).

(112) La profesora A. BORRÁS ha elaborado otro “Informe explicativo” (en línea semejante al “Informe Jenard”) que aparece publicado esta vez en el mismo ejemplar del *DOCE* en que se ha publicado el “Acto del Consejo”, a continuación del mismo.

El p. 1 del “Informe BORRÁS” señala que el Convenio que comenta “constituye un primero, positivo y decisivo paso”, que puede abrir camino para otros textos que en el ámbito del derecho familiar y sucesorio sirvan para avanzar en la integración europea.

(113) Multilateral, porque, cuando sea efectivo, vinculará a varios países.

Unión⁽¹¹⁴⁾. El Convenio no establece que, con carácter automático, quedará incluido en su ámbito cualquier otro Estado que en lo sucesivo pase a formar parte de la Unión Europea; por tanto, en caso de que ésta se amplíe, no cabrá entender que, por ese solo hecho, el o los Estados que en el futuro se incorporen a la Unión quedan sujetos al Tratado. El Tratado, sin embargo, *permite* —e incluso puede decirse que estimula— la adhesión del o de los Estados que en lo sucesivo se integren⁽¹¹⁵⁾.

Por todo ello, aunque el Convenio no puede calificarse como “abierto”, pues no permite que se adhiera a él un Estado no comunitario, tampoco se trata de un convenio “cerrado”, ya que la incorporación a la Unión abre la posibilidad de adhesión, a condición de que se trate de nuevos Estados miembros⁽¹¹⁶⁾.

Las normas jurídicas que se contienen en el Tratado *no son en puridad Derecho comunitario originario ni derivado*, pues son formalmente independientes de los Tratados constitutivos de la Comunidad y de la Unión, y realmente distintos de las normas jurídicas propiamente comunitarias (reglamentos, directivas) establecidas por las Instituciones que tienen esa misión. Sin embargo, por su vinculación y origen podría conceptuarse el Convenio como Derecho “complementario” del Derecho comunitario⁽¹¹⁷⁾ o, si se prefiere, como Derecho comunitario en sentido amplio o no estricto.

Su fundamento jurídico se encuentra en el que inicialmente fue el art. K.3 del Tratado de Maastricht⁽¹¹⁸⁾, que, dentro del “tercer pilar”⁽¹¹⁹⁾, atribuye al Consejo la posibilidad de celebrar Convenios recomendando su adopción a los

(114) Suscriben el Convenio (siguiendo el orden en que aparecen las firmas) Bélgica, Dinamarca, Alemania, Grecia, España, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Holanda, Austria, Portugal, Finlandia, Suecia y el Reino Unido de Inglaterra e Irlanda del Norte.

(115) El art. 48.1 del Convenio dice: “El presente Convenio estará abierto a la adhesión de cualquier Estado que pase a formar parte de la Unión Europea”.

(116) Es esta una fórmula bien distinta a la que utiliza el Convenio de Bruselas de 1968, que es un convenio “cerrado”, pues no queda abierto, sin más, a ulteriores adhesiones de futuros Estados miembros. Véase el art. 63 del Convenio de 1968, transcrito anteriormente en nota 105, que prevé, en puridad, una nueva negociación.

(117) Tomo la expresión de A.L. CALVO CARAVACA, *Comentario al Convenio de Bruselas...*, cit., págs. 24-25.

(118) Tratado de 7 de febrero de 1992 de la Unión Europea, firmado en Maastricht. Su Instrumento de ratificación por España es de fecha 29 de diciembre de 1992 (BOE 11/1994, de 13-01-1994, pág. 858).

(119) Es decir, las actuaciones de coordinación y cooperación en las materias de Justicia e Interior, reclamadas por el establecimiento de un gran espacio sin fronteras para las personas, que justificó que el Tratado de la Unión incluyera un nuevo Título sobre estos ámbitos.

Estados miembros⁽¹²⁰⁾ sobre materias consideradas como de interés común para la realización de los fines de la Unión⁽¹²¹⁾. Es este un fundamento distinto al que sirvió de base para la confección del Convenio de Bruselas de 1968⁽¹²²⁾,

(120) El art. K.3.2 decía, en su versión inicial: “El Consejo podrá:

— a iniciativa de cualquier Estado miembro o de la Comisión en las materias contempladas en los puntos 1 a 6 del artículo K.1;

— a iniciativa de cualquier Estado miembro en las materias contempladas en los puntos 7 a 9 del artículo K.1;

a) adoptar posiciones comunes y fomentar, en la forma y según los procedimientos oportunos, toda forma de cooperación pertinente para la consecución de los objetivos de la Unión;

b) adoptar acciones comunes, en la medida en que los objetivos de la Unión puedan alcanzarse más fácilmente por medio de una acción común que por la acción aislada de los Estados miembros en razón de las dimensiones o de los efectos de la acción de que se trate: el Consejo podrá decidir que las medidas de aplicación de una acción común sean aprobadas por mayoría cualificada;

c) sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 220 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, *celebrar Convenios recomendando su adopción a los Estados miembros según sus respectivas normas constitucionales.*

Salvo disposiciones en contrario establecidas en estos Convenios, las posibles medidas de aplicación de los mismos se aprobarán en el seno del Consejo por mayoría de dos tercios de las Altas Partes contratantes.

Tales convenios podrán disponer que el Tribunal de Justicia será competente para interpretar las disposiciones de los mismos y dictar sentencia en los litigios relativos a su aplicación, de conformidad con las modalidades que puedan haber establecido”.

(121) Por su parte el art. K.1 señalaba en su primera versión que “Para la realización de los fines de la Unión, en particular de la libre circulación de personas, y sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea, los Estados miembros consideran de interés común los ámbitos siguientes: (...) 6) La cooperación judicial en materia civil”.

Tras el Tratado de Amsterdam, se ha modificado la denominación y el contenido de varios artículos y en concreto los del art. K. Tras la nueva versión, habría que referirse al art. K.6.2, letra d), que dice:

“2. El Consejo dispondrá y fomentará, en la forma y según los procedimientos oportunos tal como se establece en el presente título, la cooperación pertinente para la consecución de los objetivos de la Unión. A tal fin, a iniciativa de cualquier Estado miembro o de la Comisión, el Consejo podrá, por unanimidad: (...) d) Celebrar convenios recomendando su adopción a los Estados miembros según sus respectivas normas constitucionales. Los Estados miembros iniciarán los procedimientos pertinentes en un plazo que deberá fijar el Consejo.”

(122) El fundamento entonces fue el art. 220 del Tratado de Roma: “Los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar en favor de sus nacionales: (...) la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales”.

que ha implicado diferencias en el procedimiento de elaboración, pero que, desde el punto de vista jurídico, no tiene otras consecuencias significativas⁽¹²³⁾.

En lo que se refiere a los objetivos específicos del Convenio, en términos globales y en la misma línea que el precedente Convenio de Bruselas de 1968 —aunque con algunas diferencias derivadas de la materia que es objeto del Tratado—, el *Bruselas II* profundiza en la llamada “quinta libertad” comunitaria, proporcionando una efectiva herramienta para lo que, sin exageración, podría calificarse como una “libre circulación” de las resoluciones matrimoniales dictadas por los Tribunales de los Estados miembros en los procedimientos civiles de divorcio, nulidad y separación matrimonial, así como de los pronunciamientos relativos a la “responsabilidad parental sobre los hijos comunes” de los cónyuges que hayan sido dictados con ocasión del ejercicio de esas acciones matrimoniales.

Centrándonos en concreto en el tratamiento que se da a las resoluciones matrimoniales, sin perjuicio de lo que después se ampliará, ha de anticiparse ahora que el reconocimiento —permítase decirlo así— *cuasiautomático* de esta clase de resoluciones se potencia hasta el extremo de que no es necesario exequátur ni otro proceso sustitutivo para lograr que las resoluciones dichas pronunciadas en un Estado miembro sean reconocidas en otro Estado miembro⁽¹²⁴⁾; no sólo eso: existe incluso una concreta previsión del Convenio que declara *inexigible* procedimiento previo alguno “para la actualización de los datos del Registro de un Estado miembro sobre la base de las resoluciones en materia de divorcio, separación legal o nulidad de matrimonio dictadas en otro Estado miembro y que con arreglo a la legislación de este último ya no admitan recurso”⁽¹²⁵⁾.

(123) Así se señala en el p. 11 del “informe explicativo” publicado al mismo tiempo que el convenio, informe elaborado por la Profesora A. BORRÁS.

(124) El art. 14.1 del Convenio, fundamental en la materia, dice:

“Artículo 14. *Reconocimiento de una resolución.*—1. Las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno.”

(125) El art. 14.2 lo puntualiza así:

“2. En particular, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3, no se requerirá ningún procedimiento previo para la actualización de los datos del registro civil de un Estado miembro sobre la base de las resoluciones en materia de divorcio, separación legal o nulidad del matrimonio dictadas en otro Estado miembro y que con arreglo a la legislación de este último ya no admitan recurso.”

3. La mención de las resoluciones matrimoniales canónicas

A) El artículo 42 del Convenio; vertiente “pasiva”

En el marco que antes ha quedado sumariamente descrito, las resoluciones canónicas matrimoniales de los Tribunales eclesiásticos que encuentren cobertura en los Concordatos suscritos entre la Santa Sede y tres países europeos —Portugal, España e Italia— son contempladas expresamente en el art. 42 del Convenio, que, bajo el epígrafe *Tratados con la Santa Sede*, dice:

“1. El presente Convenio será aplicable sin perjuicio del Tratado internacional (Concordato) celebrado entre la Santa sede y la República portuguesa, firmado en el Vaticano el 7 de mayo de 1940, en su versión modificada por el Protocolo de 4 de abril de 1975.

2. Cualquier resolución relativa a la nulidad de un matrimonio regulado por el Tratado indicado en el apartado anterior se reconocerá en los Estados miembros en las condiciones previstas en el título III del presente Convenio.

3. Las disposiciones de los apartados 1 y 2 serán también aplicables a los siguientes Tratados (Concordatos) con la Santa sede:

— Concordato lateranense, de 11 de febrero de 1929, entre la República italiana y la Santa sede, modificado por el Acuerdo, con Protocolo adicional, firmado en Roma el 18 de febrero de 1984.

— Acuerdo entre la Santa sede y el Estado español de 3 de enero de 1979.

4. Los Estados miembros remitirán al depositario del presente Convenio:

- a) copia de los Tratados a que se refieren los apartados 1 y 3;
- b) toda denuncia o modificación de dichos Tratados.”

Llama la atención, desde luego, la extraña estructura del artículo. En efecto, que se dediquen los números 1 y 2 al Concordato portugués para decir inmediatamente a continuación en el número 3 que las disposiciones contenidas en los dos números precedentes serán aplicables también a los Concordatos italiano y español, da al lector la impresión de que se encuentra ante un añadido de

última hora o un compromiso alcanzado “in extremis”⁽¹²⁶⁾. Porque, de otro modo, parece que sería superfluo hacer esa diferenciación entre el caso portugués, de un lado, y los casos español e italiano, de otro.

Aunque la singular distribución con que el precepto se articula no parece justificada, la realidad objetiva es que los tres supuestos no presentan los mismos matices, aun existiendo un cierto trasfondo común. Ese trasfondo común consiste en que los tres países tienen obligaciones concordatarias previas en materia de reconocimiento de resoluciones matrimoniales canónicas. Pero es claro que el alcance del compromiso concordado no es el mismo en los tres casos; y, por eso, tampoco es igual la incidencia que sobre el asumido por cada país tiene el Convenio multilateral del que ahora hablamos.

En efecto, en el caso de Portugal, el artículo XV no sólo atribuye efectos civiles a las decisiones y sentencias canónicas relativas a la nulidad del “matrimonio católico” y a la dispensa “super rato” sino que, antes, “reserva” a los Tribunales y Dicasterios eclesiásticos el conocimiento de esas causas. Con tal condicionante la delegación portuguesa entendió que no podía suscribir el Convenio de 1998 sin hacer alguna salvedad: a diferencia de lo que ocurría con las sentencias extranjeras de separación⁽¹²⁷⁾ o de divorcio⁽¹²⁸⁾, si Portugal aceptaba la eficacia de resoluciones extranjeras *civiles* referentes a la *nulidad* de un matrimonio católico⁽¹²⁹⁾, la reserva efectuada en favor de los Tribunales de la Iglesia dejaría de tener la exclusividad que, en materia de nulidad matrimonial, tiene comprometida concordatariamente el país vecino.

El artículo 42.1 del Convenio, pues, al consignar que su aplicación se llevará a cabo “sin perjuicio del Concordato celebrado entre la Santa Sede y la República portuguesa”, tiene, en lo que a este punto se refiere, lo que podríamos denominar un “valor pasivo para Portugal” o de excepción al reconocimiento automático que se consagra con carácter general para las resoluciones matrimoniales de los otros Estados miembros: en virtud de este precepto, Portugal no

(126) Este tipo de redacciones con extraños vericuetos no es infrecuente en los Convenios internacionales. También se encuentran muestras semejantes en más de un Concordato, en los que no faltan protocolos adicionales, aclaraciones, declaraciones complementarias, etc.

(127) Sector en el que no hay reserva.

(128) Recuérdese a este respecto la fórmula plasmada en el Acuerdo de 1975, que ha permitido la aplicación del divorcio civil a los matrimonios canónicos sin violación del Concordato de 1940.

(129) El Convenio no se limita a las resoluciones sobre separación y divorcio, sino que incluye expresamente las de nulidad del matrimonio, sin hacer distinción alguna sobre la clase del matrimonio o su forma de celebración.

viene obligada a reconocer las sentencias de nulidad matrimonial que dicten los tribunales civiles de los demás países miembros de la Unión, en cuanto afecten a “matrimonios católicos”⁽¹³⁰⁾.

En cambio, el precepto no tiene —no puede tener— ese mismo sentido para España e Italia: en estos dos países ha desaparecido de los textos vigentes de los respectivos Acuerdos concordatarios la mención de reserva o el reconocimiento de exclusividad jurisdiccional que se contenía en los Concordatos precedentes a favor de los Tribunales y Dicasterios eclesiásticos⁽¹³¹⁾.

B)” El artículo 42 del Convenio; la vertiente “activa”

a) *El enunciado del art. 42.2 y su extensión mediante el art. 42.3*

Pero el Convenio no se ha limitado a asumir esa “vertiente pasiva”. El art. 42.2 añade, ya positivamente, que “cualquier resolución relativa a la nulidad de un matrimonio regulado por el Tratado indicado en el apartado anterior⁽¹³²⁾ se reconocerá en los Estados miembros en las condiciones previstas en el título III del presente Convenio”.

Esa remisión al título III del Convenio significa que las resoluciones canónicas de nulidad de matrimonio que tengan cobertura en el Concordato portu-

(130) Así se indica en el “Informe Borrás”, p. 120: “El problema radicaba para Portugal en la competencia exclusiva de los tribunales eclesiásticos para anular los matrimonios concordatorios (sic). En efecto, Portugal violaría sus obligaciones internacionales asumidas en virtud del Concordato si aceptara ratificar el presente convenio reconociendo competencia (en virtud de los artículos 2 y siguientes) a órganos jurisdiccionales civiles para anular los matrimonios concordatorios portugueses (sic). *La salvaguarda del Concordato, según el apartado 1 del artículo 42, atribuye, pues, a Portugal la facultad de no reconocer esta competencia ni las resoluciones de anulación de los matrimonios mencionados que estos órganos jurisdiccionales pudieran eventualmente dictar*” (la cursiva es mía).

(131) El “Informe Borrás”, p. 121, también contiene una concreta indicación a este respecto: “La situación de Portugal es diferente de la existente en España y en Italia, donde la competencia para declarar la nulidad por los tribunales eclesiásticos no es exclusiva sino concurrente y existe un procedimiento particular de homologación en el orden civil. Esta es la razón por la que se introduce en apartado distinto la referencia a estos Concordatos, estableciéndose que las resoluciones se benefician del mismo régimen de reconocimiento, aunque no exista tal competencia exclusiva.”

Ciertamente en España no existe reserva jurisdiccional pactada en el Concordato. En Italia ha existido, sin embargo, una intensa polémica —que todavía hoy se prolonga— acerca de si la jurisdicción canónica tiene o no carácter exclusivo o concurrente. Vid. al respecto lo dicho en el apartado III, C, de este trabajo, y la doctrina sentada por la *Corte di Cassazione* en Sentencia 1824, de 13 de febrero de 1993.

(132) Se está refiriendo al Concordato portugués.

gués disfrutarán del mismo régimen de reconocimiento que se sigue con las demás resoluciones civiles de separación, divorcio y de nulidad del matrimonio contempladas en el Convenio. Y, como el número 3 del mismo artículo 42 señala que las disposiciones contenidas en los apartados anteriores serán también aplicables a los Concordatos español e italiano, tal determinación positiva supone para las resoluciones canónicas matrimoniales con cobertura concordataria una inesperada proyección en el ámbito de la Unión europea, que plantea no pocas perplejidades.

Ya de entrada se apuntan serias dificultades de interpretación, que no se refieren a simples cuestiones de matiz sino que, en más de un caso, afectan a temas centrales, como se verá seguidamente. Sin perjuicio de que intentaré dar respuesta a las que he encontrado, he de decir que las opiniones que siguen se enuncian como simple primera aproximación y con el suplemento de inseguridad que implica el tener que hacer hipótesis sobre los derroteros que en su día pueda seguir la aplicación práctica del instrumento.

b) *Las resoluciones canónicas incluidas en el art. 42 del Convenio*

La primera cuestión que surge es determinar qué resoluciones en concreto son las que, en aplicación del art. 42, podrán disfrutar del régimen del Título III del Convenio.

El precepto habla de “cualquier resolución relativa a la nulidad de un matrimonio regulado por el Tratado indicado”⁽¹³³⁾. Pero, pese a la literalidad del texto, creo que no cabe interpretar que se esté refiriendo a las *sentencias canónicas* de nulidad de matrimonios concordatarios “ut tales” resoluciones canónicas; más exactamente, ha de entenderse que contempla los pronunciamientos canónicos *que hayan obtenido la homologación civil en aplicación de cualquiera de los tres textos concordatarios*⁽¹³⁴⁾.

En efecto, el art. 1.1.a) del Convenio hace una muy concreta referencia al fijar su ámbito de aplicación cuando usa el término “procedimientos civiles”, término que no quiere excluir aquellos pronunciamientos que puedan provenir

⁽¹³³⁾ Léase “los Tratados indicados”, puesto que, como ya se ha dejado apuntado, el núm. 3 del mismo artículo hace extensiva a los Acuerdos concordatarios con España e Italia la disposición del núm. 2 relativa al Concordato con Portugal.

⁽¹³⁴⁾ Por gentileza de D. J.J. ALMEIDA LOPES, he podido manejar un informe por él elaborado (destinado a suministrar materiales de estudio a la Conferencia Episcopal portuguesa) en el que, ante las limitaciones de expresión literal que presenta el texto internacional, el autor sugiere la conveniencia de que Portugal haga la aclaración de que, en relación con el art. 42.2, no queda suprimida la necesidad de homologación civil de la sentencia canónica.

de autoridades no judiciales o administrativas⁽¹³⁵⁾, sino que pretende precisamente subrayar la irrelevancia, en lo que al Convenio se refiere, de las posibles resoluciones de carácter religioso⁽¹³⁶⁾.

Una interpretación finalista y contextualizada conduce, pues, a entender que el sentido de la norma no es el de obligar a los países europeos que no han concluido un Concordato con la Santa Sede a que valoren si las sentencias canónicas de nulidad de matrimonio que se presenten a sus Tribunales se refieren o no a “matrimonios regulados” por uno de los tres textos concordatarios vigentes en Europa. Menos aún puede querer significar que vayan a tener que hacer los Tribunales de los quince países de la Unión la determinación de si la sentencia canónica matrimonial de que se trate cumple o no los requisitos precisos para su homologación civil, según el Concordato que corresponda. El recto sentido del precepto es, en mi opinión, que una sentencia canónica de nulidad de matrimonio que haya sido *asumida mediante la correspondiente resolución judicial civil por los Tribunales de España, Italia o Portugal como encuadrable en sus respectivos textos concordatarios*, deberá reconocerse también por los demás países miembros de la Unión europea, en las mismas condiciones que, según este Convenio de 1998, lo harían con cualquier otra sentencia matrimonial portuguesa, española o italiana enteramente secular⁽¹³⁷⁾.

No se trata, pues, de reconocer directamente la eficacia de las sentencias canónicas matrimoniales.

Pero tampoco se trata de reconocer la eficacia de *sólo* las eventuales resoluciones civiles homologadoras que en su caso pudieran dictar los Tribunales portugueses, españoles o italianos. Señalaré incidentalmente que, de no existir la expresa previsión del art. 42 del Convenio, las resoluciones dictadas para la homologación de las sentencias canónicas no podrían incluirse como tales, se-

(135) El art. 1.2 así lo aclara: “2. Se equiparán a los procedimientos judiciales los demás procedimientos que reconozca oficialmente cualquiera de los Estados miembros. El término ‘órgano jurisdiccional’ englobará a todas las autoridades competentes en la materia en los Estados miembros.”

(136) El “Informe Borrás”, p. 20, letra b) se refiere concretamente a este punto en los siguientes términos: “Quedan excluidos del ámbito del Convenio los procedimientos de naturaleza religiosa, cuya importancia puede crecer como consecuencia de la inmigración (en supuestos de matrimonios islámicos o hindúes, por ejemplo). El artículo 42 salvaguarda los acuerdos concluidos entre algunos Estados miembros y la Santa sede”.

(137) Esta interpretación es la que apunta el “Informe Borrás”, p. 120, en el que se lee: “...de acuerdo con el apartado 2, las resoluciones de anulación (sic) dictadas conforme a las normas del Concordato y del Código Civil portugués serán reconocidas en los demás Estados miembros *una vez integradas en el ordenamiento jurídico portugués*” (la cursiva es mía). Hay que entender que ese mismo condicionamiento afecta “a fortiori” a las resoluciones que se acojan a los Acuerdos español e italiano.

gún creo, entre las resoluciones “reconocibles” en el resto de los Estados miembros en el sentido del art. 13.1 ⁽¹³⁸⁾: este precepto del Convenio, pese a su amplitud, no contempla las resoluciones por las que se homologuen o se conceda el exequátur a sentencias que provengan de otros Estados u ordenamientos jurídicos ⁽¹³⁹⁾. El artículo 42 consagra, pues, una excepción al principio general que lo preside de que sus disposiciones sólo se aplican a resoluciones de los Estados miembros y no se refieren al doble exequátur.

En fin, lo que en el artículo 42 del Convenio se reconoce, a mi juicio, es la eficacia de un título complejo que resultará del *conjunto* de la sentencia canónica con cobertura concordataria y de la resolución civil homologadora portuguesa, española o italiana que necesariamente han de acompañarla. Más adelante veremos que esta afirmación no sólo parece coherente con el sentido lógico del texto pacticio sino que también facilita la concordancia con otros pasajes del Tratado.

Para completar este punto he de referirme a dos cuestiones que surgen a la hora de delimitar esta vertiente activa del artículo 42: la aplicabilidad o no del régimen del Convenio a las decisiones canónicas de disolución de matrimonio rato y no consumado, de una parte; y, de otra, la incluibilidad o no en ese régimen de las resoluciones canónicas dictadas por Tribunales eclesiásticos que tengan su sede en países distintos a Portugal, España o Italia.

⁽¹³⁸⁾ Artículo 13. *Sentido del término “resolución”*. 1. A los efectos del presente convenio, se entenderá por “resolución” cualquier decisión de divorcio, separación legal o nulidad del matrimonio dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, así como cualquier resolución sobre la responsabilidad parental de los cónyuges dictada a raíz de tales acciones en materia matrimonial cualquiera que sea su denominación, ya sea sentencia, resolución o auto.

⁽¹³⁹⁾ El artículo 25 del Convenio de Bruselas de 1968 tiene un texto coincidente con el arriba transcrito. Comentando este texto, P. BLANCO-MORALES LIMONES, en el volumen colectivo editado por A.L. CALVO CARAVACA ya citado *Comentario al Convenio de Bruselas...*, pág. 460, señala: “Pese a la amplitud con que están concebidos los términos del artículo 25, en su definición de resolución no se comprenden las resoluciones judiciales de un Estado contratante que tienen por objeto reconocer o declarar la ejecutividad de una resolución dictada en otro Estado. La cuestión del doble exequátur, que, en definitiva, concierne a la determinación del ámbito de los efectos de las resoluciones extranjeras, no está expresamente regulada por las disposiciones del título III. Si la resolución primitiva fue dictada por un tribunal de un tercer Estado, su reconocimiento y/o ejecución en un Estado contratante se regulará por las normas del Derecho procesal civil internacional de este Estado, sea de fuente autónoma o sea de origen convencional. El título III del Convenio no se aplica a las resoluciones emanadas de los tribunales de terceros Estados. *El exequátur concedido en un Estado contratante no es asimismo reconocible y/o ejecutable. Un doble exequátur entraría en contradicción con el principio de que el título III del Convenio sólo se aplica a resoluciones de los Estados contratantes*”. La cursiva es mía.

c) *Aplicabilidad del régimen del Convenio a las decisiones canónicas de disolución de matrimonio rato y no consumado*

Como se ha visto en su momento, los Concordatos portugués y español —no el Acuerdo italiano de 1984— contemplan la posibilidad de dotar de eficacia civil a las resoluciones canónicas de disolución del vínculo matrimonial no consumado. En cambio, el art. 42.2 del Convenio se refiere literalmente a “cualquier resolución relativa a la *nulidad* de un matrimonio regulado por el Tratado indicado”⁽¹⁴⁰⁾. ¿Quiere eso decir que se excluyen o no quedan incluidas las decisiones pontificias “super rato”?

El tema me parece especialmente dudoso. No hay constancia segura de que el supuesto haya querido intencionadamente excluirse del ámbito del Convenio⁽¹⁴¹⁾. Nótese que no es infrecuente que, desde una perspectiva civil, la disolución canónica del matrimonio por inconsumación se conceptúe, inadecuadamente, como un caso de nulidad. Y, dentro de la amplitud con que se asumen los pronunciamientos de separación, divorcio y nulidad matrimonial, desde el momento en que se acepta la eficacia de resoluciones matrimoniales canónicas homologadas en países concordatarios, habría que preguntarse si existen razones específicas por las que debería entenderse que este supuesto de disolución no se admite.

En mi opinión, pues, del hecho de que el texto sólo hable de las resoluciones de nulidad de matrimonio no cabe deducir, sin más, que las decisiones pontificias de disolución “super rato” queden excluidas. Más bien al contrario, si entendemos que con el art. 42 se ha pretendido básicamente homogeneizar el estado civil que adquieran los ciudadanos europeos como consecuencia de las resoluciones judiciales matrimoniales, parece que debe concluirse que el texto “minus dixit quam voluit”. Y, de ser así, las decisiones canónicas de disolución de matrimonio rato y no consumado que hayan sido incorporadas mediante la oportuna resolución civil a los ordenamientos portugués o español podrían entenderse, en principio, incluidas en la previsión del art. 42 del Convenio.

Cuestión distinta será que, debido a la peculiar naturaleza del procedimiento que arbitra el Derecho canónico para llegar a un pronunciamiento de esta

⁽¹⁴⁰⁾ Se está refiriendo al Concordato portugués; pero habrá que insistir de nuevo en que el número 3 del mismo art. 42 hace extensiva la disposición a los acuerdos concordatarios de España e Italia.

⁽¹⁴¹⁾ El “Informe Borrás”, p. 122, transcribe o resume los preceptos de la disciplina legal española (art. VI.2 del Acuerdo sobre asuntos jurídicos, art. 80 del Código Civil y Disposición adicional segunda de la Ley 30/1981, de 7 de julio) y en ningún momento hace salvedad de ninguna clase, pese a las reiteradas menciones que se hacen del supuesto de disolución del matrimonio rato y no consumado.

clase, pueda suceder luego que se aprecie un motivo de denegación del reconocimiento, tema que se aborda más adelante.

d) Innecesidad de que las resoluciones canónicas hayan sido dictadas por Tribunales eclesiásticos con sede en Portugal, España o Italia

No exige el artículo 42 que la resolución canónica a la que se refiere tenga que haber sido dictada por un Tribunal eclesiástico con sede en uno de los tres países concordatarios. Por otra parte, no parece adecuado entender que aquí haya de considerarse a los Tribunales eclesiásticos como “órganos jurisdiccionales” en el sentido que la expresión tiene en los arts. 1.1 y 13.1 del Convenio.

Con esos presupuestos, en mi opinión, la materia ha de entenderse específicamente regulada en el art. 42. Por eso, entiendo que se requiere —pero también basta— que la resolución canónica haya sido objeto de homologación por los Tribunales civiles competentes de Portugal, España o Italia, países a los que incumbe determinar si sus respectivos Concordatos les obligan o no a reconocer resoluciones canónicas pronunciadas por Tribunales de la Iglesia católica con sede en el extranjero; por tanto, en mi opinión, a los efectos del Convenio, tampoco es exigible siquiera que la decisión canónica provenga de un Tribunal eclesiástico con sede en uno de los Estados miembros.

La anterior puntualización no carece de consecuencias prácticas. En lo que a España se refiere, aunque no hayan dejado de plantearse algunas dudas, se han venido⁽¹⁴²⁾ y también hoy se vienen reconociendo resoluciones matrimoniales canónicas que provienen de Tribunales eclesiásticos con sede fuera de nuestro país⁽¹⁴³⁾.

Es posible así que se produzca una verdaderamente extraña situación: Cabe que Sentencias canónicas de nulidad matrimonial pronunciadas por Tribunales eclesiásticos con sede en países en los que no se atribuye relevancia alguna a los

⁽¹⁴²⁾ El Tribunal Supremo se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que, aunque las resoluciones matrimoniales canónicas provengan de Tribunales eclesiásticos con sede en el extranjero, no por ello se ha de aplicar el régimen del exequátur de los artículos 951 y ss. de la LEC, sino que ha de solicitarse su eficacia al Juzgado de Primera Instancia. Cabe citar a este respecto el Auto de 13 de enero de 1983 (su texto puede verse en *BIMJ*, núm. 1309, de 25 de abril de 1983, págs. 53-55), que cita en apoyo de esta afirmación resoluciones muy anteriores al Concordato de 1953: las SSTS de 28 de noviembre de 1912 y de 5 de noviembre de 1921, el Auto de 27 de noviembre de 1942 y las SSTS de 21 de noviembre de 1916, 7 de noviembre de 1921 y 26 de enero de 1928.

⁽¹⁴³⁾ Un ejemplo relativamente reciente es la Sentencia de la Audiencia provincial de Guipúzcoa de 25 de marzo de 1998 (su texto puede verse en *Revista de Derecho de familia*, número 4, julio de 1999, pág. 244), en la que leemos:

pronunciamientos canónicos tengan sin embargo efectos plenos *en ese mismo país*, pero tras su homologación en Portugal, España o Italia⁽¹⁴⁴⁾.

C) La “declaración” efectuada por Italia

En el contexto de todo lo dicho, no deja de sorprender —y de ser, en cierto modo, estridente— una “declaración”⁽¹⁴⁵⁾, que la delegación italiana ha incluido en el instrumento pacticio; esa declaración, que figurará en anexo al Convenio, es del siguiente tenor:

“A propósito del artículo 42 del Convenio, Italia se reserva la facultad, respecto de las resoluciones de los Tribunales eclesiásticos portugueses, de adoptar los procedimientos y efectuar los controles previstos en su propio ordenamiento jurídico para las resoluciones análogas de los Tribunales eclesiásticos, con arreglo a los Acuerdos que ha celebrado con la Santa sede.”

“La disposición adicional primera de la ley 30/1981, de 7 de julio, establece que los órganos jurisdiccionales españoles serán competentes para conocer de las demandas sobre separación, divorcio y nulidad del matrimonio, cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, cualquiera que sea la residencia y nacionalidad del demandado. Pero aún más, el artículo 22 de la LOPJ atribuye en los supuestos en que el demandante es español y residente en España el conocimiento de sus demandas a los Tribunales españoles.

Ello unido a que las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico tendrán eficacia en el orden civil a solicitud de cualquiera de las partes, hace que la sala entienda admisible el recurso de apelación interpuesto al que se adhirió el Ministerio Fiscal, disponiendo dejar sin efecto el auto recurrido de 1997 dictado por el Juzgado de primera instancia número 3 de San Sebastián y en su lugar declaramos nulo el matrimonio contraído por don José María y doña Geneviseve en virtud de la sentencia canónica de nulidad matrimonial dictada por el Tribunal de la Diócesis de Lausana, Ginebra y Friburgo con fecha 25 de agosto de 1980 confirmada por Decreto de 21 de octubre de 1980 por el Tribunal de segunda instancia de la Diócesis de Sión, todo ello con sus pertinentes efectos conforme al Código Civil y anotación en el correspondiente registro.”

(144) Los Autos antes citados son un buen ejemplo de que no nos encontramos en presencia de una hipótesis de laboratorio: los dos se refieren a pronunciamientos canónicos de Tribunales con sede en Alemania; y ocurre que, aunque las sentencias canónicas no tienen en Alemania efecto alguno, tras una eventual homologación de la resolución canónica, por ejemplo, en España, sí deberá darse lugar a su reconocimiento en Alemania.

(145) Técnicamente el Tratado no admite la inclusión de “reservas propiamente dichas” en el acto de adhesión (art. 46.1 del Convenio). No obstante, esta “declaración” se parece tanto a una reserva en sentido estricto que hasta se utiliza la locución “Italia se *reserva* la facultad...”.

El peculiar “iter” seguido en Italia en el tratamiento de la eficacia civil de las resoluciones matrimoniales canónicas explica —aunque no sé si justifica— esta “declaración”.

Efectivamente, debe tenerse en cuenta que el texto del artículo XV del vigente Concordato portugués de 1940 es muy similar al que tenía el artículo 34 del Concordato italiano de 1929. Pues bien, habrá que recordar que fue precisamente la falta de previsión de controles civiles suplementarios a un control canónico meramente interno⁽¹⁴⁶⁾ lo que determinó, primero, los pronunciamientos de la *Corte Costituzionale* que declararon la ilegitimidad constitucional de las normas de desarrollo del art. 34 del Concordato italiano y, después —ya en virtud del nuevo Concordato de 1984— el sometimiento de las sentencias canónicas de nulidad matrimonial a un control mucho más intenso: ha de comprobarse que la resolución canónica no vulnera el “orden público” y que se ha asegurado a las partes en el proceso eclesiástico el *diritto di agire e resistere*.

Parece, pues, que Italia ha querido cautelarse ante la perspectiva de que un sistema concordatario de relación con la jurisdicción matrimonial de la Iglesia católica tan trabajosamente elaborado y matizado fuera ahora a quedar inesperadamente excepcionado por la aplicación de este Convenio de Bruselas: en caso de que tuviera que reconocerse acriticamente en Italia una sentencia canónica cubierta por el Concordato portugués, eso significaría volver por caminos indirectos exactamente al punto de partida de 1929, con el riesgo de que se provocara un nuevo y difícil conflicto entre normas internacionales y normas constitucionales.

Pero, sin perjuicio de la escasa fortuna que esa “declaración” presenta desde la estricta perspectiva de las finalidades que se propone⁽¹⁴⁷⁾, resulta ciertamente poco estético que sea precisamente un país concordatario el que se entretenga en formular limitaciones de este tipo, mientras que países en que los católicos están en clara minoría no hacen reserva o declaración restrictiva alguna en tema tan sensible. Cuando, por añadidura, todo ello ocurre en un Convenio que

⁽¹⁴⁶⁾ Representado por el Decreto del Tribunal Supremo de la Signatura Apostólica que ha de acompañarse a la sentencia canónica como única condición que, al igual que ocurría en el superado Concordato italiano de 1929, sigue hoy siendo la única exigencia para la eficacia civil en Portugal de las resoluciones matrimoniales canónicas.

⁽¹⁴⁷⁾ La “encubierta reserva” italiana no ha tenido en cuenta, a mi juicio, dos cosas:

a) Que, para el Derecho portugués no es, según creo, requisito necesario para que se efectúe la previsión concordataria el que la sentencia canónica provenga de un “tribunal eclesiástico portugués”, como parece suponer el texto de la declaración italiana; el art. XV del Concordato de 1940 no exige eso; de hecho, se entiende en Portugal que también es competencia del foro eclesiástico el matrimonio católico celebrado en el extranjero por extranjeros (Cfr. A. NIETO, *Código Civil anotado*, 11.ª edición, Ediforum, Lisboa, 1997).

precisamente parte del “principio de la confianza”⁽¹⁴⁸⁾ en los Tribunales foráneos —que, dicho sea de paso, dictarán con frecuencia sentencias fundadas en motivos que seguramente estarán muy lejos de la idiosincrasia del que luego será “país receptor”⁽¹⁴⁹⁾— consignar estas reservas hacia los Tribunales de la Iglesia católica no fomenta precisamente una actitud positiva de los demás países.

4. Los motivos de denegación del reconocimiento previstos en el Convenio y las resoluciones canónicas homologadas

A) La manifiesta contradicción del reconocimiento con el orden público del Estado miembro requerido

El artículo 15 del Convenio recoge los motivos de denegación del reconocimiento de las resoluciones a que se refiere. A tono con su doble objeto, distingue el Convenio los motivos de no reconocimiento que afectan a las resoluciones dictadas en materia de divorcio, separación o nulidad del matrimonio, de un lado, y los que atañen a las resoluciones sobre “responsabilidad parental de los cónyuges dictadas en los procedimientos matrimoniales”, de otro.

Como es natural, aquí sólo examinaré los motivos de no reconocimiento que se refieren a las resoluciones matrimoniales, el primero de los cuales se enuncia así:

“a) si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido.”

El motivo parece ser reproducción de la largamente conocida en Derecho Internacional privado “excepción de orden público”. Sin embargo, del propio

b) Que, al no mencionarse en absoluto las sentencias canónicas que hayan obtenido reconocimiento civil en España (¿quizá porque se ha pensado que el filtro del “ajuste al Derecho del Estado” previsto en el art. VI.2 del Acuerdo sobre asuntos jurídicos es más exigente?), puede ocurrir que, por este camino, tengan que reconocerse en Italia resoluciones canónicas que no pasarían los filtros concordatarios establecidos en el nuevo Acuerdo italiano de 1984.

⁽¹⁴⁸⁾ Este principio es el que inspira básicamente tanto este Convenio como su precedente, el Convenio de Bruselas de 1968. Lo recordó, por ejemplo, el Presidente del Parlamento Europeo J.M. GIL-ROBLES GIL-DELGADO, con motivo de la apertura del IV Encuentro de la Asociación de abogados de familia, que tuvo lugar en 1998, cuyas actas luego se recogieron en el volumen *Puntos capitales de Derecho de familia en su dimensión internacional*, Dykinson, Madrid, 1999, pág. 24.

⁽¹⁴⁹⁾ Por ejemplo, para Finlandia y Suecia no tiene sentido la categoría de nulidad matrimonial; sus legislaciones han reconducido todas las situaciones de crisis conyugal al divorcio como única respuesta jurídica.

texto del precepto y, sobre todo, de su coordinación con lo dispuesto en otros lugares del Convenio, resultan matices de importancia a tener en cuenta.

En primer lugar, debe destacarse que del propio texto se infiere que la excepción de orden público tendrá que aplicarse con carácter especialmente restrictivo, puesto que, para que el motivo de no reconocimiento sea operativo, no basta cualquier contradicción: se requiere que el reconocimiento sea *manifiestamente* contrario al orden público.

Cabe notar que el artículo 27.1 del Convenio de Bruselas de 1968, homólogo de este artículo 15.1 del Convenio de 1998, pese a sus evidentes y declarados propósitos de reducir al máximo los motivos de no reconocimiento de las resoluciones judiciales, no incluye la enfatización resultante del adverbio “manifiestamente”⁽¹⁵⁰⁾. Y, pese a ello, la doctrina no dejó de subrayar los términos restrictivos con los que la excepción debía utilizarse en el contexto de aquel Convenio de 1968⁽¹⁵¹⁾, sin dejar de puntualizarse que la perturbación del orden público se concibe literalmente en el texto del Convenio no como resultado del contenido de la resolución sino, cabalmente, “de los efectos que se producirían en el territorio nacional” como consecuencia del reconocimiento⁽¹⁵²⁾, lo que es distinto.

Por tanto, la proposición del Convenio de 1998 ha de significar, al menos, que deberá tomarse del concepto de orden público *la noción más restringida posible*; y que, en caso de duda, habrá de estarse en favor del reconocimiento de la resolución matrimonial de que se trate⁽¹⁵³⁾.

Y aún ha de puntualizarse, como ha hecho notar la doctrina:

a) Que *no podrá invocarse el orden público para denegar el reconocimiento tratando de fundarlo en que no se observaron las reglas de “competencia judicial internacional”*; debe notarse que, a diferencia de lo que ocurre con

(150) Dice el art. 27: “Las resoluciones no se reconocerán: 1. Si el reconocimiento fuese contrario al orden público del Estado requerido”.

(151) Véase, a este propósito, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en el volumen colectivo editado por A.L. CALVO CARAVACA, *Comentario al Convenio de Bruselas...*, cit., págs. 481-484.

(152) En este sentido, F. SCHOCKWEILER, Juez del TJCE, en “Motivos para denegar el reconocimiento y la ejecución”, trabajo incluido en el volumen del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas *Competencia judicial y ejecución de sentencias en Europa*, Aranzadi, Pamplona, 1993, pág. 174.

(153) En términos canónicos, podríamos decir que aquí hay una especie de “favor iuris” en pro del reconocimiento.

lo previsto en el art. 28 del Convenio de Bruselas de 1968⁽¹⁵⁴⁾, este Convenio de 1998 no sólo omite un precepto homólogo, sino que en su art. 16.1 prohíbe el control de competencia del órgano jurisdiccional del Estado de origen y excluye “expressis verbis” la utilización de ese criterio de no reconocimiento para las normas relativas a la competencia judicial internacional⁽¹⁵⁵⁾.

b) Que *tampoco puede llevarse a cabo el denominado “control de competencia legislativa”*; es decir, no puede denegarse el reconocimiento tratando de fundar la denegación en que el órgano jurisdiccional del Estado de origen haya aplicado una norma de conflicto distinta a la vigente en el Estado requerido. En esta sede, *Bruselas II* es mucho más radical y progresivo que el Convenio de Bruselas de 1968: el art. 17 establece expresamente que “no podrá negarse el reconocimiento de una resolución de divorcio, de separación judicial o de nulidad del matrimonio alegando que el Derecho del Estado miembro requerido no autorizaría el divorcio, la separación judicial o la nulidad del matrimonio basándose en los mismos hechos”⁽¹⁵⁶⁾.

c) Que, desde luego, *no cabe la “revisión en cuanto al fondo”*, expresamente prohibida por el art. 18⁽¹⁵⁷⁾.

No es fácil pronosticar qué juego podrá tener la excepción de orden público así concebida cuando se trate de reconocer resoluciones canónicas homologadas por decisiones portuguesas, españolas o italianas. No obstante, ha de recor-

(154) Que establece como motivo específico de denegación del reconocimiento el que el juez de origen no se ajuste a los fueros de competencia *exclusivos* allí configurados en los arts. 7 al 16.

(155) Aquí, de nuevo, funciona el “principio de la confianza” (confianza en que los Estados aplicarán correctamente las reglas del Convenio).

Más adelante habrá de hacerse referencia a la anomalía que puede suponer el que las resoluciones canónicas no queden sujetas a esas reglas de competencia y, en cambio, sí se beneficien del régimen de reconocimiento del Convenio.

(156) Inversamente, el art. 27.4 del Convenio de 1968 ordena denegar el reconocimiento “si el Tribunal del Estado de origen, para dictar su resolución, hubiese desconocido, al decidir de una cuestión (previa) relativa al estado o capacidad de las personas físicas, a los regímenes matrimoniales, a los testamentos o a las sucesiones, una regla de Derecho internacional privado del Estado requerido”; pero, como correctivo de la regla anterior, añade: “a menos que se hubiese llegado al *mismo resultado* mediante la aplicación de las normas de Derecho internacional privado del Estado requerido”.

En *Bruselas II* el tema es, por tanto, más profundo y directo: la “equivalencia de resultados” no es un modo de *salvar* la eficacia de la resolución foránea sino, por el contrario, algo que no puede siquiera plantearse.

(157) Art. 18: “A los efectos del presente título, en ningún caso la resolución podrá ser objeto de una revisión en cuanto al fondo”.

darse que en Italia y en España se han identificado supuestos en los que, *precisamente invocando la excepción de orden público*, cabría denegar la *delibazione* o la declaración de “ajuste al Derecho del Estado”⁽¹⁵⁸⁾. Otro tanto cabe que suceda —quizá con un suplemento de motivo— en otros países europeos que no tengan suscrito Concordato con la Santa Sede.

Deberá tenerse presente, en fin, que la noción de “orden público” ni es un concepto con valor uniforme para todos los países —tampoco para todos los países europeos— ni es inmutable en el tiempo. El propio texto del Convenio viene a admitir que su contenido pueda ser *distinto* de un país a otro desde el momento en que la excepción que se consagra es la manifiesta contradicción con el orden público *del Estado miembro requerido* y no se pretende construir una suerte de “orden público convencional o autónomo”.

Por eso, no cabe entender “a priori” que las construcciones doctrinales o jurisprudenciales italianas o españolas sean trasladables a otros países europeos; ni cabe excluir que en esos otros países se identifiquen motivos de orden público bien diferentes. Y lo que en todo caso parece claro es que tampoco la *delibazione* del Derecho italiano ni la “declaración de ajuste” del Derecho español —mucho menos la acrítica incorporación con que el ordenamiento portugués asume las resoluciones matrimoniales canónicas— podrán vincular la interpretación que de la excepción de orden público hagan los otros países de la Unión Europea.

⁽¹⁵⁸⁾ Así, en Italia, como antes se ha visto, se entiende que van contra el “orden público italiano”, por ejemplo, las sentencias canónicas fundadas en simulación unilateral no comunicada a la otra parte, cuando esa otra parte no es la que pide el reconocimiento de la sentencia canónica, o al menos no se opone al mismo.

En España, al menos desde el punto de vista doctrinal, existe una relativa unanimidad en que no podrían reconocerse las sentencias canónicas de nulidad fundadas en motivos radicalmente “confesionales” (como, por ejemplo, las que se fundaran en un impedimento de disparidad de cultos, de orden sagrado o de profesión religiosa). Más discutidos son otros supuestos, como son las sentencias fundadas en la exclusión de uno de los *tria bona*; o las que se fundan en los impedimentos de impotencia, edad o parentesco, cuando no tienen paralelo en Derecho civil; o las que versan sobre error o coacción, cuando ya ha transcurrido el plazo establecido en Derecho civil para entender que el matrimonio ha sido convalidado o que ha prescrito la acción de nulidad, etc. Sobre estos concretos temas no tenemos jurisprudencia en sentido propio, pues, por ahora, el Tribunal Supremo se ha limitado a señalar criterios generales (eso sí, de gran amplitud) sobre el ámbito del juicio de “ajuste”. Pueden verse algunos pronunciamientos de órganos jurisdiccionales inferiores reflejados en los trabajos de J. CALVO TOJO “La eficacia civil de las resoluciones matrimoniales canónicas. Temática sustantiva”, en *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, vol. VIII, UPS, Salamanca, 1989, págs. 371 y ss.; y A. MOTILLA DE LA CALLE, “Resoluciones matrimoniales canónicas y jurisdicción de los Tribunales civiles: líneas jurisprudenciales en el Derecho español”, en *Il diritto ecclesiastico* (1992), 4, págs. 808 y ss.

B) La rebeldía cualificada prevista en el art. 15.1.b)

La segunda causa de no reconocimiento se configura en el art. 15.1.b) en estos términos:

“b) cuando se dictaren en rebeldía del demandado, si no se hubiere entregado o notificado al mismo el escrito de demanda o un documento equivalente en la forma debida y con la suficiente antelación para permitir al demandado organizar su defensa, a menos que conste que el demandado acepta la resolución de forma inequívoca.”

El texto sigue en lo sustancial el homólogo del Convenio de 1968⁽¹⁵⁹⁾, aunque no deja de contener variaciones⁽¹⁶⁰⁾. Exige, para que el motivo de no reconocimiento sea apreciable, la concurrencia *cumulativa* de los siguientes elementos: 1) rebeldía del demandado; 2) falta de entrega o notificación en forma debida de la demanda o un documento equivalente; y 3) antelación suficiente en la entrega o notificación para que el demandado pueda organizar su defensa.

Como puede verse, queda así excluida la llamada “rebeldía por conveniencia”: si el demandado ha sido emplazado regularmente y con suficiente antelación, la incomparecencia en el proceso extranjero que derive de su libre decisión no impedirá el reconocimiento de lo resuelto.

Cabe destacar que, con respecto a lo que haya de entenderse por “entrega o notificación *en forma debida*” habrá que estar a los requisitos legales con los que el trámite esté previsto en el ordenamiento que regula el proceso en que recae la sentencia de que se trate; en cambio, la estimación de la “suficiencia” o no del tiempo con que el demandado haya contado *para organizar su defensa* es

⁽¹⁵⁹⁾ El art. 27.2 del Convenio de Bruselas de 1968 dice: “cuando se dictaren en rebeldía del demandado, si no se hubiese notificado al mismo la cédula de emplazamiento o documento equivalente, de forma regular y con tiempo suficiente para defenderse”.

⁽¹⁶⁰⁾ Obsérvese que, mientras el art. 27.2 del Convenio de 1968 se refiere a la entrega o notificación de la “cédula de emplazamiento o documento equivalente”, lo que exige este de 1998 es la entrega o notificación del “escrito de demanda o un documento equivalente”.

El último inciso de esta letra b), que admite como modo de enervar esta causa de no reconocimiento la constancia de que el demandado “acepta la resolución de forma inequívoca”, no tiene paralelo en el Convenio de 1968.

algo que queda confiado al buen criterio del juez del Tribunal del Estado requerido⁽¹⁶¹⁾.

Pero hay que subrayar al mismo tiempo que, dada la estructura del precepto, no parece que quepa intentar oponer como motivo de no reconocimiento de la resolución extranjera otras razones procesales distintas a la aquí concretamente enunciada. Dicho de otro modo: la llamada “vertiente procesal” del orden público sólo parece alegable en los concretos términos en que se configura el motivo específico contemplado en este apartado 1.b) del art. 15 —que, como es obvio, protege el derecho de defensa en sólo un núcleo restringido— precisamente porque se parte del principio de confianza. Se fija así un “sistema de mínimos”⁽¹⁶²⁾ en la protección de la posición jurídico-procesal del demandado a la hora del reconocimiento de la resolución, que no parece poder ampliarse mediante el expediente de intentar reconducir otras supuestas violaciones del derecho de defensa al anterior apartado 1.a) bajo la rúbrica genérica del “orden público” allí contemplado⁽¹⁶³⁾.

⁽¹⁶¹⁾ Vid. a este propósito lo que dice J. CARRASCOSA, en su comentario al art. 27 del Convenio de 1968, del volumen *Comentarios al Convenio de Bruselas...*, cit., págs. 486-487, donde aduce varios ejemplos de Sentencias del TJCE que corroboran la anterior interpretación. En el mismo sentido, F. SCHOCKWEILER, en el ya citado trabajo “Motivos para denegar el reconocimiento...”, pág. 175. También M.D. ADAM MUÑOZ, *El proceso civil con elemento extranjero y la cooperación judicial internacional*, Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 143 y ss.

Un interesante problema se plantea en torno a qué deba hacerse cuando se ignora el domicilio del demandado. La notificación por edictos podrá cubrir la exigencia de “regularidad” de la notificación, pero no parece proporcionar una “suficiencia” de tiempo para organizar la defensa. Por otra parte, como —a propósito del régimen general de las notificaciones en el extranjero— señala M.D. ADAM MUÑOZ, ob. cit., pág. 136, la notificación en estrados no parece poder hacerse en el extranjero si el litigio se está sustanciando en España; según esta autora, la única modalidad por la que se puede llevar a cabo la notificación en territorio extranjero en defecto de tratado es la domiciliar y, dentro de esa modalidad, la notificación personalmente entregada al interesado.

⁽¹⁶²⁾ La expresión la tomo de J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, o.c., pág. 485.

⁽¹⁶³⁾ Así lo señala con respecto al Convenio de 1968 J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, o.c., pág. 483, diciendo: “no opera el orden público en relación a la inobservancia de los derechos procesales de defensa. En efecto, el control de los derechos de defensa del demandado y del procedimiento ante el Juez de origen queda reducido *exclusivamente* (el subrayado es del autor) a los aspectos comprendidos en el art. 27.2. No es posible interpretar el art. 28 “*a sensu contrario*”, pues resulta claro que la intención de los redactores del Convenio de Bruselas fue reducir a dos los motivos de denegación del reconocimiento relacionados con el control del procedimiento, los motivos relacionados con el art. 27.2”.

El argumento parece extrapolable en los mismos términos para el Convenio de 1998, dada la relación existente entre los arts. 15 y 16.

Se supone, pues, que otras restricciones del derecho de defensa distintas a las aquí contempladas sólo podrán solventarse en el Tribunal de origen, a través de los medios y recursos que el ordenamiento del mismo reconozca. Y no sé hasta qué punto esta toma de postura es compatible con el art. 24 de la Constitución española, en la interpretación que del derecho allí consagrado viene haciendo nuestro Tribunal Constitucional; pues, precisamente a propósito del reconocimiento de las sentencias extranjeras ha señalado el máximo intérprete de la Constitución la necesidad de controlar la compatibilidad del desarrollo del proceso que haya tenido lugar fuera de nuestro país con las exigencias de los derechos fundamentales proclamados en la Constitución: según nuestro Tribunal Constitucional, no cabe el reconocimiento de resoluciones extranjeras que supongan vulneración de un derecho fundamental⁽¹⁶⁴⁾.

En relación con el motivo de denegación de reconocimiento que ahora se estudia, habrá que tener en cuenta al menos dos peculiaridades procesales canónicas:

a) En primer lugar, como es sabido, el canon 1508 & 2 permite no unir a la citación del demandado el escrito de demanda, si el Juez considera, “por motivos graves”, que no debe darse a conocer a la parte antes de que declare en juicio. Si se hace uso de esta facultad y el demandado decide no comparecer, probablemente luego podría entenderse el supuesto contenido en la previsión de este art. 15.1.b) del *Bruselas II* a efectos de denegar el reconocimiento.

No obstante, cabe anotar que H. LINKE, en “Algunas cuestiones relativas a la litispendencia y al reconocimiento de las resoluciones judiciales”, en el volumen colectivo *Competencia judicial y ejecución de Sentencias en Europa*, Aranzadi, Pamplona, 1993, pág. 190-191, pone en duda el que se excluya la posibilidad de plantear la cuestión prejudicial de si la violación del derecho de defensa en el procedimiento subsiguiente a la entrega o notificación de forma regular y con tiempo suficiente para defenderse de la cédula de emplazamiento pueda dar lugar a una denegación del reconocimiento con arreglo al número 1 del art. 27 del Convenio (lo que supondría encuadrar la cuestión precisamente en el marco del llamado “orden público procesal”).

⁽¹⁶⁴⁾ A este propósito, el Tribunal Constitucional en la *STC 43/1986, de 15 de abril*, señaló que “aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras Autoridades públicas, incluidos los jueces y tribunales, *no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente* a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros. El orden público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del art. 24 de la Constitución”.

Las posteriores *SSTC 54/1989, de 23 de febrero* y *132/1991, de 17 de junio*, ambas en los respectivos FFJJ 4, han reiterado idéntica doctrina.

b) Seguramente cabría decir otro tanto de los casos en que, solicitando sólo uno de los cónyuges la disolución “super rato”, no se facilite al otro esposo una copia de la petición ⁽¹⁶⁵⁾. Y aún ha de tenerse en cuenta que, en esta clase de procesos, es especialmente problemático cohonestar con un derecho de defensa tal como se concibe en el Derecho procesal de la mayoría de los países de la Unión Europea la *expresa prohibición de admitir abogados* ⁽¹⁶⁶⁾ y otras limitaciones que afectan a la eventual intervención de las partes. No sé si, salvo que se arbitren fórmulas imaginativas en sede canónica, esas limitaciones no acabarían incidiendo en el motivo de denegación del reconocimiento que contempla este art. 15.1.b) del Convenio.

Ha de concluirse este apartado llamando la atención sobre la fórmula —ciertamente original— con la que el precepto cierra, fórmula que hace posible el reconocimiento aunque la resolución se haya pronunciado en rebeldía de un demandado al que no se hubiera notificado debidamente y con tiempo suficiente para organizar su defensa: el reconocimiento cabe si consta que ese demandado “acepta la resolución de forma inequívoca”. Como señala el informe explicativo, una posible modalidad de constancia explícita de esa aceptación “inequívoca” de la que aquí se habla se daría, por ejemplo, cuando el demandado en cuestión hubiera contraído nuevo matrimonio ⁽¹⁶⁷⁾; pero, naturalmente caben otras formas de aceptación, como pueden ser, señaladamente, que sea el propio declarado rebelde el que pida el reconocimiento o que lo acepte de otro modo por escrito.

⁽¹⁶⁵⁾ En este tipo de procedimientos, aunque existe la recomendación de que “en la medida de lo posible” se observen los cánones *sobre el modo de recoger las pruebas* en el juicio contencioso ordinario y en las causas de nulidad de matrimonio, nada obliga a dar un traslado en forma de la solicitud inicial al otro cónyuge. Parece que, con todo, la citación sí es imprescindible (vid. F. LÓPEZ ZARZUELO, *El proceso canónico de matrimonio rato y no consumado*, Lex Nova, Valladolid, 1991, págs. 204 y ss).

⁽¹⁶⁶⁾ Aunque, discrecionalmente, puede el Obispo permitir que las partes se sirvan de la colaboración de un “jurisperito” (cfr. canon 1701 & 2) cuya misma denominación ya da idea de que no se trata de ejercer un estricto derecho de defensa y que, en todo caso, tiene importantes límites legales en su actuación desde el momento en que ciertos actos procedimentales pueden, en unos casos, y *deben*, en otros, quedar secretos para todos: Véanse los cánones 1703, 1705, etc.

⁽¹⁶⁷⁾ Vid. “Informe Borrás”, p. 70. Entiendo que el informe se refiere al caso de que el demandado rebelde haya procedido a contraer nuevo matrimonio *serviéndose para ello de la sentencia dictada en su rebeldía*; de otro modo, la aceptación no sería “inequívoca”, como el precepto exige.

C) La inconciliabilidad de la resolución a reconocer con otras resoluciones

El Convenio contempla dos supuestos más de denegación del reconocimiento. Ambos tienen su fundamento en una eventual incompatibilidad —el Convenio no usa el término “incompatible” sino el de “inconciliable”— de resoluciones. A ellos dedica los apartados c) y d) del art. 15.1, que establece dos motivos de denegación del reconocimiento en los siguientes términos:

“c) si la resolución fuere inconciliable con otra dictada en un litigio entre las mismas partes en el Estado miembro requerido;

d) si la resolución fuere inconciliable con otra dictada con anterioridad en otro Estado miembro o en un Estado no miembro en un litigio entre las mismas partes, cuando la primera resolución reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido.”

Como puede verse, ambos apartados contemplan sentencias incompatibles dictadas en litigios seguidos *entre las mismas partes*. Pero hay una fundamental diferencia entre los dos supuestos: cuando la resolución incompatible ha sido dictada *en el propio Estado* en que radica el órgano jurisdiccional que tendría que reconocer la sentencia extranjera, no procederá el reconocimiento de ésta última, *sea cual fuere el tiempo en que hubiera sido dictada*; en cambio, si la resolución a reconocer es incompatible con otra resolución que también sería reconocible en el Estado requerido, pero ha sido pronunciada *en otro Estado miembro o en un Estado no miembro*, en ese caso el reconocimiento sólo se denegará cuando esa otra sentencia reconocible —pero aún no reconocida— haya sido dictada *anteriormente* ⁽¹⁶⁸⁾.

Debe notarse que la “inconciliabilidad” que está contemplada en el Convenio, según entiendo, *se decide en función del igual o más intenso rango de las resoluciones de que se trate*. Me explico.

En concreto, una sentencia de nulidad de matrimonio, con independencia del motivo en que se funde, ha de considerarse “inconciliable” con otra sentencia que también sea de nulidad matrimonial, pues no cabe declarar nulo lo que

⁽¹⁶⁸⁾ Esta previsión contenida en el art. 15.1, letra d) se aparta de la regla homóloga del Convenio de Bruselas de 1968 (art. 27.5) que, para apreciar este motivo de no reconocimiento, no se conforma con que la sentencia incompatible haya recaído en un litigio entre las mismas partes; exige, además, que el litigio haya tenido el mismo objeto y la misma causa; exige, pues, las tres identidades propias de la cosa juzgada. El Convenio de 1968, por otra parte, no equipara en este motivo de no reconocimiento las sentencias dictadas en Estados parte en el Convenio y las pronunciadas en Estados no contratantes, ya que el texto se refiere sólo a estas últimas (?).

ya ha sido declarado nulo; y, por eso, aquí habrá que distinguir de qué Tribunal proviene cada una de las sentencias y, en su caso, cuál es anterior en el tiempo, para concluir si cabe o no el reconocimiento de la Sentencia extranjera de que se trate. En cambio, una sentencia de nulidad de matrimonio no será “inconciliable” en el sentido del Convenio si se la confronta con una sentencia de divorcio o de separación: será *prevalente* frente a éstas, lo mismo si es anterior que si es posterior y tanto si la sentencia de nulidad matrimonial ha sido dictada por un Tribunal del Estado requerido como si lo ha sido por el de otro Estado miembro del Convenio o por el de un Estado no miembro, con tal de que se trate de una resolución reconocible.

Algo semejante habrá de decirse de una sentencia de divorcio que se confronte con otra de la misma clase: si la presentada a reconocimiento concurre con otra dictada por un Tribunal del Estado requerido, el reconocimiento no procederá en ningún caso por inconciliabilidad; pero si la sentencia de divorcio a reconocer concurre con otra también de divorcio dictada por Tribunal de un Estado miembro distinto del requerido o de un Estado no miembro, habrá que estar al principio “*prior tempore potior iure*” en orden a reconocer o no la sentencia de que se trate. Pero no habrá “inconciliabilidad” en el sentido dicho entre una sentencia de divorcio cuyo reconocimiento se pretenda y otra de mera separación: la de divorcio es prevalente y habrá de ser reconocida con independencia de cuál sea la procedencia de la sentencia de separación y la fecha de su pronunciamiento.

En cambio, serían inconciliables —y, por tanto, no reconocibles— tanto una sentencia de divorcio que aspire al reconocimiento y se confronte con otra de nulidad matrimonial como una sentencia de separación cuyo reconocimiento se pretenda que se confronte bien con una sentencia de divorcio o bien con una sentencia de nulidad matrimonial: siempre prevalece la de mayor intensidad⁽¹⁶⁹⁾.

⁽¹⁶⁹⁾ En el “informe Borrás”, p. 71, la inconciliabilidad de la que se trata en los apartados c) y d) del art. 15.1 se ejemplifica del siguiente modo:

“La primera norma se refiere a la incompatibilidad de la resolución con otra dictada en un litigio entre las mismas partes en el Estado requerido, siendo indiferente, en este supuesto, que la resolución dictada en este último Estado sea anterior o posterior a la dictada en el Estado de origen de la resolución. Un problema particular se produce cuando una resolución es de divorcio y otra es de separación. Un ejemplo puede ayudar a clarificar la situación. Piénsese en el caso de una resolución de separación dada en el Estado A, detectándose con posterioridad una resolución de divorcio en el Estado B. Si se pretende el reconocimiento de esta segunda resolución en el Estado A, el reconocimiento no podrá rehusarse por irreconciliabilidad con la resolución dictada previamente en el Estado A, ya que la separación puede considerarse como preparatoria para el divorcio y, en consecuencia,

Si es correcta esta interpretación⁽¹⁷⁰⁾, parece que, *en prácticamente la totalidad de los casos, no cabrá que los países no concordatarios de la Unión europea denieguen el reconocimiento de las sentencias canónicas de nulidad matrimonial homologadas en Portugal, Italia o España alegando la inconciliabilidad de la que hablan estos apartados c) y d) del art. 15 del Convenio*. Pues, en efecto, el no reconocimiento sólo procederá en los muy raros supuestos de que, o bien se haya dictado una sentencia de nulidad matrimonial entre los mismos litigantes por un Tribunal del Estado requerido —sea cual fuere la fecha de esa sentencia de nulidad matrimonial, en este caso— o bien cuando otra sentencia de nulidad matrimonial haya sido pronunciada *anteriormente* por un Tribunal civil de otro Estado miembro o no miembro del Convenio, cuando esa otra sentencia reúna los requisitos necesarios para ser reconocida; es decir, estaríamos

no existiría conflicto con una resolución posterior de divorcio. Sin embargo, si se pretendiera el reconocimiento de la resolución de separación dictada en el Estado A en el estado B, donde el matrimonio ha sido disuelto por una resolución de divorcio, debería denegarse el reconocimiento puesto que la resolución de separación ha sido sustituida por una resolución de divorcio en el Estado B. Esta interpretación tiene la ventaja de que garantiza que la situación matrimonial de los cónyuges se considera de manera similar en los quince Estados miembros. Otra interpretación conduciría a que los cónyuges pudieran ser considerados como divorciados en catorce Estados y sólo como legalmente separados en el Estado A.

En el segundo supuesto se refiere a los casos en que la resolución, ya sea dictada en otro Estado miembro o en un Estado no miembro en un litigio entre las mismas partes, reúna dos condiciones: a) haber sido dictada con anterioridad; b) reunir las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido. Un ejemplo puede aclarar la situación a que se refiere esta disposición. Se dicta en el Estado no miembro E una resolución sobre separación, que reúne los requisitos para ser reconocida en el Estado miembro B. Con posterioridad, una resolución de divorcio entre los mismos esposos se dicta en el Estado miembro C, solicitándose el reconocimiento de esta resolución en el Estado miembro B. En esta situación, la resolución de divorcio del Estado miembro C no es irreconciliable con la anterior resolución sobre separación legal dictada en el Estado no miembro E, siendo, por tanto, reconocida en el Estado miembro B. En el caso contrario, es decir, cuando en el Estado no miembro E se ha dictado una resolución de divorcio y con posterioridad se dicta una resolución de separación en el Estado miembro C, el Estado miembro B rechazará el reconocimiento de la resolución del Estado miembro C sobre la base de que es irreconciliable con una resolución de divorcio dictada en el Estado no miembro E que cumple las condiciones para ser reconocida en el Estado miembro B.”

(170) Tengo que incluir esta cautela de introducir el condicional a la vista de que en los ejemplos antes transcritos que aparecen en el “informe Borrás” no se trabaja en ningún supuesto con el caso de la nulidad matrimonial sino sólo con los casos de separación y divorcio.

hablando de supuestos verdaderamente marginales: como es sabido, los pronunciamientos civiles de nulidad matrimonial son escasísimos en Europa.

Este punto es de una indudable importancia práctica: aunque el Convenio se limita al reconocimiento del pronunciamiento judicial en aquello que se refiere propiamente al vínculo conyugal y no en lo que pueda referirse a las eventuales determinaciones económicas o sobre culpa que pueda contener la sentencia matrimonial⁽¹⁷¹⁾, una vez reconocida la eficacia de una sentencia canónica de nulidad de matrimonio, entiendo que —ya sin la cobertura del Convenio, pero sí en la medida en que lo contemple el ordenamiento interno de cada país— se podrá instar en el Estado miembro en el que se haya efectuado el reconocimiento, por ejemplo, la consecución o cancelación de aquellos efectos de tipo económico que acaso procedan, tales como la reclamación de las indemnizaciones que puedan estar legalmente previstas para los casos de nulidad matrimonial, la declaración de improcedencia en caso de nulidad de las prestaciones compensatorias propias del divorcio, etc.⁽¹⁷²⁾. Cabe incluso añadir que, en aplicación del anterior Convenio de Bruselas de 1968, se ha entendido improcedente la ejecución de una resolución extranjera que reconocía a la esposa una

(171) El “informe Borrás” señala en el p. 64 que el reconocimiento al que se refiere el art. 14 “...no afecta a las cuestiones relativas a la culpa de los cónyuges, regímenes matrimoniales, alimentos o a cualquiera otras consecuencias económicas o de cualquier otra naturaleza *incluidas en la misma resolución* (el subrayado es mío). Se refiere, por tanto, sólo al reconocimiento de la disolución del vínculo o separación legal del matrimonio”.

Pero, reconocida la sentencia foránea al amparo del Convenio en su sólo aspecto central, es claro que, a partir de ahí, será necesario extraer las oportunas consecuencias del hecho de que los cónyuges hayan de considerarse en lo sucesivo separados legalmente, divorciados o con matrimonio nulo. De hecho, en algún otro pasaje del “informe Borrás” se alude a la posibilidad de instar esos efectos diferentes (vid. a este propósito el p. 57, que se transcribe más adelante).

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, aunque el Convenio de Bruselas de 1968 excluye de su ámbito las cuestiones referentes al estado de las personas, sí incluye las resoluciones referentes a la prestación de alimentos; y, según interpretación del TJCE hecha en Sentencia de 6 de marzo de 1980 (caso De Cavel contra De Cavel), ha de entenderse incluida en el Convenio la prestación compensatoria señalada en proceso de divorcio.

(172) De las consecuencias económicas de la nulidad matrimonial, que no coinciden en todos los casos con las que se derivan de la separación o el divorcio, me he venido ocupando en distintos trabajos a los que me remito: R. RODRÍGUEZ CHACÓN, “Consecuencias económicas de las resoluciones matrimoniales eclesiásticas en Derecho español”, en *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, vol. XII, UPS, Salamanca, 1996, págs. 371 y ss.; “La buena y la mala fe en el matrimonio nulo: consecuencias económicas”, en *Temas económicos y patrimoniales importantes en las rupturas matrimoniales*, Dykinson, Madrid, 1997, págs. 223 y ss.; “Pensiones de viudedad y nulidad de matrimonio” en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 8, 3.ª época, noviembre de 1997, págs. 151 y ss.

pensión alimenticia derivada del matrimonio ante la circunstancia de que en el Estado en que debía llevarse a cabo la ejecución se había pronunciado una sentencia de divorcio⁽¹⁷³⁾: el supuesto puede trasladarse perfectamente al caso de que la sentencia sea de nulidad de matrimonio y la prestación fijada sea inherente a un pronunciamiento de divorcio.

D) Las inoponibilidad e inaplicabilidad a los procesos canónicos de las regla “directas” de competencia y de las provisiones sobre litispendencia y “acciones dependientes” que se contienen en el Convenio de 1998

a) *La no sujeción de los Tribunales eclesiásticos a las provisiones del Convenio*

Como es natural, el hecho de que los Estados miembros de la Unión Europea hayan decidido en el art. 42.2 del Convenio reconocer la eficacia de las resoluciones canónicas de nulidad matrimonial que tengan cobertura en los Concordatos portugués, italiano y español, en modo alguno significa que los Tribunales de la Iglesia católica queden sujetos de uno u otro modo a las provisiones del Tratado: para la Iglesia el Convenio de 1998 es “res inter alios acta” de modo que sus cláusulas no le afectan ni tampoco pueden invocarse para intentar modificar el compromiso que han contraído con la Santa Sede los Estados portugués, italiano o español.

Firme lo anterior, ha de notarse que el elenco de motivos obstativos al reconocimiento que se contiene en el art. 15 tiene carácter exhaustivo y no ejemplificativo. Pero la drástica limitación de causas de no reconocimiento guarda estrecha relación con otras provisiones del Convenio que obviamente no podrán aplicarse a los procesos canónicos matrimoniales. Y ello puede desembocar —de hecho desemboca— en más de una ocasión en muy patentes distorsiones de la filosofía interna del Convenio.

b) *Las reglas de competencia fijadas en el Convenio y sus mecanismos complementarios*

Una de esas posibles líneas de distorsión proviene del hecho de que el art. 2 del Convenio configura unos foros de competencia que, establecidos tras inten-

(173) STJCE de 4 de febrero de 1988 (Hoffmann c. Krieg). F. SCHOCKWEILER, ob. cit., pág. 178, menciona este supuesto, aunque no cita la fecha de la Sentencia.

sas y complicadas negociaciones⁽¹⁷⁴⁾, quedaron plasmados en un texto especialmente matizado⁽¹⁷⁵⁾.

Los foros en cuestión, que parten del principio de que exista un vínculo real entre la persona y el Estado miembro en el que se plantee la demanda⁽¹⁷⁶⁾, se caracterizan como “exclusivos”: se establece expresamente que ningún cónyuge puede ser demandado fuera de ellos⁽¹⁷⁷⁾; y, para proteger la eficacia de esta previsión, se determina que el órgano jurisdiccional ante el que se presente una

(174) Así lo dice el “informe Borrás”, especialmente en p. 27 y ss.

(175) Dice el art. 2 del Convenio:

“1. Serán competentes para resolver sobre las cuestiones relativas al divorcio, a la separación legal o a la nulidad del matrimonio de los cónyuges los órganos jurisdiccionales del Estado miembro:

- a) en cuyo territorio se encuentre:
 - la residencia habitual de los cónyuges, o
 - la última residencia habitual de los cónyuges, cuando uno de ellos todavía resida allí, o
 - la residencia habitual del demandado, o
 - en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o
 - la residencia habitual del demandante, si ha residido allí desde al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o
 - la residencia habitual del demandante, si ha residido en ella al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y, o bien tiene allí su domicilio, o bien es nacional del Estado miembro en cuestión;

b) de la nacionalidad de ambos cónyuges o del ‘domicilio’ de ambos cónyuges fijado de manera estable.

2. En el momento de efectuar la notificación a que se refiere el apartado 2 del artículo 47, los Estados miembros precisarán en una declaración si aplicarán el criterio de la nacionalidad o el de el ‘domicilio’ mencionados en el apartado 1.

3. A efectos del presente Convenio, el término ‘domicilio’ se entenderá en el mismo sentido que dicho término tiene con arreglo a los ordenamientos jurídicos del Reino Unido e Irlanda.”

(176) Vid. “informe Borrás”, p. 30.

(177) Dice el artículo 7: “*Carácter exclusivo de las competencias de los artículos 2 a 6.* Un cónyuge que:

- a) tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, o
- b) sea nacional de un Estado miembro o que tenga su ‘domicilio’ en un Estado miembro con arreglo al apartado 2 del artículo 2, sólo podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en virtud de los artículos 2 a 6.”

demanda matrimonial ha de comprobar de oficio su competencia⁽¹⁷⁸⁾, excluyéndose así incluso la posibilidad de sumisión expresa o tácita de los cónyuges en orden a acudir a un Tribunal cuya competencia no resulte de las reglas establecidas⁽¹⁷⁹⁾.

Pero es muy de destacar que tan minuciosa y cuidadosa regulación, como en otro momento ya apunté, no va acompañada en este Convenio de un mecanismo totalmente tradicional en el ámbito del Derecho procesal internacional: el llamado “control de competencia del juez de origen”, mecanismo que consiste en la comprobación —en el trance del exequátur— de que el juez que dictó la sentencia cuyo reconocimiento se pretende contaba para ello con competencia judicial internacional. Esta comprobación —que ha de efectuarse como requisito previo en el Estado en que el reconocimiento deba hacerse⁽¹⁸⁰⁾— *ha sido intencionadamente excluida* en el Convenio de 1998⁽¹⁸¹⁾, que se fundamenta en este punto una vez más en el principio de la confianza de que los demás Estados parte en el Convenio aplicarán efectivamente las reglas directas de competencia que el Convenio fija. No ha de olvidarse que, al adherirse a este Tratado internacional, sus reglas deberán tener valor jurídico para todos los Estados parte, también en sus respectivos ordenamientos internos; y esto permite razonablemente dar por descontado que los Estados miembros aplicarán de oficio estas reglas de competencia, que serán, además de normas de Derecho internacional, normas de Derecho procesal propio de cada uno de los quince.

Pero, dicho todo lo anterior, ha de repetirse ahora que no estando sujetos los Tribunales eclesiásticos en modo alguno al Convenio, es claro que no sólo no *tienen* por qué aplicar otros criterios de competencia distintos a los comprendidos en el canon 1673 del CIC⁽¹⁸²⁾, sino que tampoco *pueden* actuar de otro

(178) Dice el artículo 9: “*Comprobación de la competencia*. El órgano jurisdiccional de un Estado miembro que hubiere de conocer a título principal de un litigio para el que el presente Convenio no establezca su competencia y para el que, en virtud del presente Convenio, fuere competente un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro se declarará de oficio incompetente.”

(179) Véase que incluso en el supuesto de demanda conjunta no quedan los cónyuges en libertad de interpelar al órgano jurisdiccional que deseen: la competencia se determina legalmente también para ese caso, como resulta del número 1, letra a, renglón quinto.

(180) La regla admitida generalmente en el marco del Derecho internacional privado es que si la comprobación “ex post” en cuestión resulta negativa, el exequátur debe denegarse. Sobre este punto, vid. la cuidada monografía de A.L. CALVO CARAVACA *La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen*, Tecnos, Madrid, 1986.

(181) Cfr. art. 16.3 en relación con el art. 15.

(182) O, en su caso, del canon 1359 del “Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium”.

modo que según la pauta de ese canon. Y basta la lectura de los cuatro foros canónicos fijados para las causas matrimoniales para comprobar que median muy ostensibles diferencias con las previsiones del artículo 2 del Convenio; por tanto, existe la probabilidad nada teórica de que el proceso se desarrolle sin ajustarse a los criterios competenciales tan laboriosamente fijados por los países miembros⁽¹⁸³⁾.

Pues bien, debido a que, como antes recordé, no podrá invocarse el *Brussels II* para modificar los respectivos compromisos concordatarios de Portugal, Italia y España, ha de señalarse que, según entiendo, el lugar en que se haya tramitado el proceso canónico tampoco deberá significar obstáculo legal alguno para que los Tribunales portugueses, italianos o españoles sigan reconociendo eficacia civil a las sentencias canónicas que se ajusten a las previsiones de sus respectivos Acuerdos concordatarios y que hayan ignorado los criterios de competencia del Convenio de 1998. Más aún: el art. 42.1, al utilizar el término “sin perjuicio” de los respectivos Concordatos, permite a estos tres países cumplir íntegramente sus compromisos con la Iglesia Católica sin que de ello pueda derivarse responsabilidad internacional por incumplimiento de Tratado, precisamente en virtud de esa cláusula. Es ésta otra faceta de lo que antes llamé “vertiente pasiva” del art. 42, que en esta oportunidad protege no sólo a Portugal sino también a España e Italia.

En fin, efectuada la correspondiente homologación civil de la sentencia canónica, tampoco los demás países parte en el Convenio podrán poner obstáculo alguno al ulterior reconocimiento de la sentencia canónica homologada por el hecho de que no se hayan observado en sede eclesiástica los criterios de competencia del art. 2.

Una consecuencia curiosa de esta última precisión puede resultar a la hora de aplicar la Disposición transitoria que el Convenio establece en el art. 37. Este precepto, tras establecer que lo dispuesto en el Convenio sólo será aplicable a las acciones ejercitadas con posterioridad a la entrada en vigor del instrumento⁽¹⁸⁴⁾, excepciona esa regla en el número 2, en los términos que siguen:

⁽¹⁸³⁾ Si se aplica, por ejemplo, el fuero de la celebración del matrimonio, puede ocurrir que el proceso se desarrolle en un lugar que carezca de relación alguna con la residencia, el domicilio o incluso la nacionalidad de los cónyuges: puede ocurrir también que el proceso canónico se desarrolle enteramente fuera de Europa.

⁽¹⁸⁴⁾ Entrada en vigor que tendrá lugar, según el art. 47, a los 90 días de producirse, por parte del último de los quince Estados miembros de la Unión Europea que adopte el Convenio conforme a sus propias normas constitucionales, la notificación de haberlo verificado así.

“Sin embargo, las resoluciones judiciales dictadas después de la fecha de entrada en vigor del presente Convenio entre el Estado miembro de origen y el Estado miembro requerido como consecuencia de acciones ejercitadas con anterioridad a esta fecha serán reconocidas y ejecutadas con arreglo a las disposiciones del título III, si las normas de competencia aplicadas se ajustaren a las previstas en el título II o en un Convenio en vigor entre el Estado miembro de origen y el Estado miembro requerido al ejercitarse la acción.”

Combinando este precepto con lo dicho anteriormente, a mi juicio, si el proceso canónico concluye después de la entrada en vigor del Convenio —y, según creo, también si el proceso canónico ha concluido antes, pero la homologación civil se produce ya vigente el Convenio— la resolución matrimonial que esté en tales condiciones deberá reconocerse, sin que tampoco aquí quepa exigir que las normas de competencia aplicadas se hayan ajustado al título II del Convenio, precisamente porque ese extremo quedaría excepcionado por el art. 42.

c) *Las previsiones sobre litispendencia y “acciones dependientes”*

Basándose en el mismo principio de confianza y con el fin de evitar en lo posible no sólo resoluciones incompatibles sino también “procesos paralelos”, el art. 11 del Convenio establece:

“1. Cuando se formularen demandas con el mismo objeto y la misma causa entre las mismas partes ante órganos jurisdiccionales de Estados miembros distintos, el órgano jurisdiccional ante el que se formulare la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se declare competente el órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera.

2. Cuando se presentaren demandas sin el mismo objeto, relativas al divorcio, a la separación legal o a la nulidad del matrimonio, entre las mismas partes ante órganos jurisdiccionales de Estados miembros diferentes, el órgano jurisdiccional ante el que se hubiere formulado la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera.

3. Cuando conste la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera demanda, el órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la segunda se inhibirá en favor de aquel.

En tal caso, el demandante que hubiere interpuesto la correspondiente demanda ante el órgano jurisdiccional requerido en segundo lugar podrá presentarla ante el órgano jurisdiccional requerido en primer lugar.”

Como puede verse, en el núm. 1 del precepto se alude a la litispendencia, tal como se entiende en términos clásicos; en cambio, el número 2 no trata de la excepción de litispendencia en ese sentido propio pues, para que opere la previsión normativa que allí se efectúa, no son precisas las tres identidades clásicas de que coincidan personas, objeto y causa, sino que basta que los litigantes sean los mismos y que pretendan —indistintamente— la separación, el divorcio o la nulidad matrimonial; por eso se califica el supuesto con el término “acciones dependientes”.

Prescindiendo aquí de si el número 1 y el número 2 son o no redundantes⁽¹⁸⁵⁾, lo que resulta evidente es que el núm. 2 del artículo 11, yendo más lejos del supuesto de identidad de acciones, pretende que no se dé la situación de que simultáneamente se estén tramitando dos procesos matrimoniales en diferentes Estados miembros, aunque su objeto no sea el mismo. Para ello, la fórmula que se ha buscado es original: a diferencia de las insuficientes previsiones del Convenio de Bruselas de 1968⁽¹⁸⁶⁾, en caso de que haya dos demandas matrimoniales en curso, el Tribunal que comenzó el trámite en segundo lugar viene *obligado* a suspenderlo; y tan pronto como conste la competencia

(185) En el “informe Borrás”, p. 54, se lee:

“Podría parecer, en una primera lectura, que siendo la solución contenida la misma que en el párrafo primero, para supuestos en que las demandas no tienen el mismo objeto, el apartado 2 es reiterativo o innecesario. Tal apreciación sería errónea, ya que, a diferencia del apartado 1 que incluye igualmente la responsabilidad parental, el ámbito de este apartado 2 se ha querido deliberadamente limitar al divorcio, separación legal y nulidad del matrimonio: sólo en relación a ellos se aplica la regla de la litispendencia en ausencia de identidad de objeto.”

En mi opinión, sin embargo, el número 2 no es redundante (más bien lo sería el núm. 1 con respecto al núm. 2), sino que, más exactamente, vaciará en la práctica de contenido el número 1, cuando se trate de procesos matrimoniales; pues el supuesto que contempla el núm. 2 no exige las tres identidades que sí exige el núm. 1. La operatividad del núm. 1, pues, parece que quedará reducida a los casos en que se discuta la “potestad parental”.

(186) El art. 21 del Convenio de Bruselas de 1968 se circunscribe al caso de la litispendencia en sentido estricto, aplicando al supuesto una fórmula que, en lo demás, es prácticamente coincidente con la que usa el art. 11 del *Bruselas II*.

El art. 22 del Convenio de 1968, en cambio, regula los casos de conexidad de demandas (situación descrita como “las demandas vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueran juzgados separadamente” y que sería en cierto modo semejante a las que *Bruselas II* llama “acciones dependientes”). Para esos supuestos establece sólo una *posibilidad* de suspensión e inhibición en términos *potestativos*; blanda previsión que, según parece, no resulta nada satisfactoria en su aplicación práctica.

del primero, también queda el segundo *obligado* a inhibirse en favor de aquél⁽¹⁸⁷⁾.

Pues bien, ya se comprende que los Tribunales eclesiásticos que estén tramitando un proceso matrimonial no quedan afectados por tales previsiones: si se presenta una demanda ante ellos que cumpla con los requisitos canónicos, han de iniciar el oportuno trámite y seguirlo hasta el final con independencia de que antes o después se haya planteado o se plantee una demanda matrimonial ante un Tribunal civil. Y, concluido el proceso canónico, según entiendo, no cabrá que en el trámite de solicitud de homologación que luego se siga ante un Tribunal civil portugués, español o italiano se deniegue el reconocimiento fundándose en que el Tribunal eclesiástico no suspendió su trámite o no se inhibió: de nuevo ha de repetirse que la fórmula del art. 42.1 del Convenio viene a dejar a salvo las obligaciones concordatarias.

Es dudoso, en cambio, qué deba hacer un Tribunal civil si tiene constancia de que, con anterioridad a una demanda matrimonial que se le presente, pendía ya ante un Tribunal eclesiástico un procedimiento canónico de nulidad o de disolución “super rato” que pueda concluir en una resolución con cobertura concordataria.

En una primera aproximación, podría parecer que, dada la finalidad del Convenio, que pretende evitar dos trámites matrimoniales simultáneos, el Tribunal civil que se encontrara en la anterior circunstancia debería atenerse a las previsiones hechas en el artículo 11. Y nótese que no significaría obstáculo para la suspensión e inhibición del Tribunal civil el hecho de que no quepa hacer aplicación del último párrafo de dicho artículo 11, que —tras la suspensión del procedimiento e inhibición del Tribunal por litispendencia o acción dependiente— permite al demandante que ha interpuesto la demanda en segundo lugar presentarla ante el órgano jurisdiccional requerido en primer lugar⁽¹⁸⁸⁾: la situa-

(187) Señala el “informe Borrás”, p. 54, que “la solución adoptada fue considerada como preferible a la otra solución propuesta, consistente en mantener la fuerza atractiva de la jurisdicción de los mayores efectos, para dar seguridad y evitar los problemas para aquellos Estados que no conocen ni la separación legal ni la nulidad. Para otros hubiera sido preferible una regulación más flexible, similar a la contenida en el Convenio de Bruselas de 1968 para la conexidad”.

(188) El “informe Borrás”, p. 55, aclara así este punto: “En el apartado 3 se establecen las consecuencias de la aceptación de su competencia por el órgano jurisdiccional al que se presentó la primera demanda. Esta norma contiene una regla general, que es la que establece que el órgano jurisdiccional al que se presentó la segunda demanda se inhibe en favor de aquél. A su vez, contiene una regla particular consistente en establecer que el demandante en el segundo órgano jurisdiccional podrá presentar su demanda, si lo desea, ante el órgano jurisdiccional que se ha declarado competente como consecuencia de haberle

ción de que, tras la inhibición del Tribunal civil, no sería posible acudir al Tribunal eclesiástico en petición, por ejemplo, de un divorcio, sería análoga a la que se produce con las demandas de separación y de nulidad matrimonial que no pueden ser presentadas en aquellos países que —como ocurre con Suecia y Finlandia— no cuentan en sus ordenamientos con esas figuras y reconducen todas las posibles formas de crisis conyugal a la institución del divorcio⁽¹⁸⁹⁾.

En mi opinión, sin embargo, en caso de que exista demanda canónica matrimonial anterior al procedimiento matrimonial civil no tiene por qué suspenderse el segundo procedimiento ni inhibirse el Juez civil; al menos, no tendrá que hacerlo hasta que, una vez pronunciada resolución canónica ejecutiva, no se haya iniciado el trámite correspondiente a la homologación civil: según en-

sido presentada la demanda con anterioridad. Así pues, las primeras palabras del párrafo 2 del apartado 3, ‘en tal caso’, deben interpretarse en el sentido de que sólo cuando el órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la segunda demanda se inhiba, el demandante dispone de la posibilidad de presentar su demanda ante el tribunal que se ha declarado competente y en razón de haberse acudido a él en primer lugar (...) Debe señalarse, en todo caso, que la regla contenida en el apartado 3 de este artículo es diferente de la contenida en el artículo 5 (demanda reconvenicional). En efecto, la regla del artículo 5 es una regla de competencia, mientras que la contenida en el artículo 11 es una norma para la aplicación de las normas de competencia en los supuestos de acciones dependientes. Piénsese, incluso, en su distinto funcionamiento, ya que habrá casos en los que no podría presentarse una demanda reconvenicional (por ejemplo, por no ser ya el momento oportuno), mientras que siempre sería posible aplicar la regla del apartado 3 del artículo 11.”

(189) En el “informe Borrás”, p. 57, comentando las peculiaridades que se derivan del mecanismo arbitrado en el artículo 11 del Convenio, se alude expresamente a este tema en los siguientes términos:

“Debe subrayarse que, de acuerdo con esta regla, el segundo órgano jurisdiccional debe siempre inhibirse en favor del primero, incluso si el Derecho interno de ese Estado miembro no conoce ni la separación ni la nulidad. Sería el caso, por ejemplo, de una demanda de divorcio presentada en Suecia y una demanda de nulidad presentada en Austria: la jurisdicción austríaca debería inhibirse aunque en el Derecho sueco no haya disposiciones sobre la nulidad del matrimonio. Pero una vez la resolución sobre divorcio es firme en Suecia, la parte interesada puede acudir a un órgano jurisdiccional en Austria, para asegurarse de que aquellos efectos del divorcio, que estarían vinculados a la nulidad según el Derecho austríaco, tendrán los necesarios efectos ‘ex nunc’ como opuestos al divorcio que sólo tiene efectos ‘ex tunc’ y teniendo en cuenta, además, que el reconocimiento al amparo de este Convenio queda limitado al cambio de estado civil (véase el p. 64). El mismo principio se aplicaría a la situación inversa. Es decir, el Convenio no impide que una resolución austríaca sobre nulidad de matrimonio tenga los efectos de una resolución de divorcio en Suecia. Sin embargo, los mismos problemas no se plantearían en relación a la separación, ya que, aunque se trata de una institución también desconocida en el Derecho sueco, el divorcio produce efectos que van más lejos y que se superponen a los de la separación.”

tiendo, los órganos de la Iglesia católica no pueden incluirse entre los órganos jurisdiccionales a los que se refieren los arts. 1.2 y 11 del Convenio, de modo que los procedimientos canónicos “ut tales” son ajenos a este instrumento internacional: sólo concluido el proceso canónico, en la medida en que las resoluciones que le den fin puedan ser incorporadas a los ordenamientos portugués, italiano y español, son éstas contempladas por el Convenio y no directamente los procesos que las preceden⁽¹⁹⁰⁾.

Con todo, como puede verse, se tome la postura que se tome ante este problema, son patentes las disfunciones que la presencia de las resoluciones canónicas producen en esta sede para la filosofía y economía interna del Convenio.

⁽¹⁹⁰⁾ Cabe anotar el argumento complementario de que, en el marco del Derecho interno español, no se considera que la previa tramitación de una causa canónica de nulidad de matrimonio impida la posterior presentación de una demanda de divorcio y el pronunciamiento de la correspondiente sentencia civil. Así, la Sentencia de 30 de mayo de 1983, de la entonces Audiencia Territorial de Valencia (cuyo texto puede encontrarse en M. PONS GONZÁLEZ-M.A. DEL ARCO TORRES, *Separación, divorcio y nulidad matrimonial: régimen jurídico*, Comares, Granada, 1985, pág. 386), señaló: “...el tema que la recurrente ha suscitado en la vista del recurso (...) es el de si es posible interponer y tramitar demanda de divorcio cuando se está sustanciando ante el Tribunal eclesiástico y a instancias del esposo aquí actor, otra demanda de nulidad del mismo matrimonio, cuestión que ha de resolverse en sentido afirmativo por las siguientes razones: a) La posibilidad de seguirse simultáneamente procesos matrimoniales de distinta naturaleza, aunque referentes al mismo matrimonio, está reconocida expresamente por el legislador en varios supuestos de los previstos como causa de divorcio en el artículo 86 del Código Civil, cual ocurre en la causa segunda, la invocada en esta litis, que implica la coexistencia de los procesos de separación y de divorcio incidiendo sobre un mismo matrimonio; análogamente cabe admitir la simultaneidad de los procesos de nulidad, ante el tribunal canónico, y de divorcio, ante el tribunal civil; b) tal posibilidad se explica por cuanto las pretensiones típicas y propias de cada uno de esos procesos son diversas; c) ello no obsta a que la resolución recaída en uno de ellos repercuta en el otro, por su propia naturaleza o por voluntad del legislador, porque, evidentemente, la nulidad declarada produce efectos distintos y que han de sobreponerse a los de las ejecutorias de separación o de divorcio”.

Por su parte, la Sentencia de 4 de mayo de 1984 de la Audiencia Territorial de Santa Cruz de Tenerife (su texto puede verse en *RGD*, 1985, pág. 314) señala que “...en cuanto al sometimiento al fuero eclesiástico es indudable que la vinculación que como fieles católicos puedan tener las partes respecto al mismo no es reconocible en vía civil, puesto que de ser así habría que denegar, ya de entrada, la posibilidad de divorcio vincular, no reconocido por la Iglesia”.

En lo que se refiere a Portugal, según mis datos, la petición de disolución pontificia “super rato” no impide el planteamiento de demanda civil de divorcio (vid. A. NIETO, *Código Civil anotado*, 11.ª ed., Ediforum, Lisboa, 1997, pág. 1081, donde cita una sentencia en este sentido de 6-3-1980, al comentar el art. 1625 del CC portugués).

Si esa es la postura de los países concordatarios, parece que “a fortiori” pueden hacer otro tanto países no concordatarios.

5. La declaración de reconocimiento, en caso de solicitud expresa, y sus recursos

A) Modalidades del reconocimiento

a) *El reconocimiento cuasiautomático y su acceso al Registro civil*

Puede hablarse de tres modalidades de reconocimiento contempladas en el Convenio de 1998: una que se entiende resulta de forma cuasiautomática del propio Convenio, sin necesidad de declaración judicial alguna⁽¹⁹¹⁾; una segunda modalidad que se concreta en que cuando, en el marco de un procedimiento cualquiera, se plantee la cuestión de si una resolución matrimonial extranjera cumple o no los requisitos que el Convenio exige para ser reconocida, aquel órgano jurisdiccional al que corresponda dictar sentencia pueda pronunciarse a esos fines⁽¹⁹²⁾; y hay también una tercera modalidad de reconocimiento que puede obtenerse a petición de parte en un procedimiento formulado “ad hoc” a modo del exequátur que conocemos como tradicional, pero con importantes variantes⁽¹⁹³⁾.

Se analizan seguidamente cada una de estas modalidades.

La primera, es decir, la que se entiende que resulta de modo cuasiautomático del propio Convenio, sin necesidad de procedimiento alguno, es la que parece conceptuarse como la situación normal. Y ello hasta tal punto de que, como señala el art. 14.2 del Convenio, no es exigible ningún procedimiento previo en particular para lo que el Convenio llama “la actualización de los datos del Registro Civil de un Estado miembro”, es decir, para que se practiquen las inscripciones y anotaciones que sean pertinentes⁽¹⁹⁴⁾. Así pues, tan pronto como el Convenio de 1998 entre en vigor, será preciso entender modificadas aquellas normas de

⁽¹⁹¹⁾ Art. 14.1: “Las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno”.

⁽¹⁹²⁾ Art. 14.4: “Cuando el reconocimiento de una resolución se plantee de forma incidental ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, dicho órgano jurisdiccional podrá pronunciarse al respecto”.

⁽¹⁹³⁾ Art. 14.3: “De conformidad con los procedimientos a que se refieren las secciones 2 y 3 del presente título, cualquiera de las partes interesadas podrá solicitar que se decida si debe o no debe reconocerse una resolución”.

⁽¹⁹⁴⁾ El art. 14.2 lo puntualiza así:

“2. En particular, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3, no se requerirá ningún procedimiento previo para la actualización de los datos del registro civil de un Estado miembro sobre la base de las resoluciones en materia de divorcio, separación legal o nulidad del matrimonio dictadas en otro Estado miembro y que con arreglo a la legislación de este último ya no admitan recurso”.

Derecho interno de los Estados miembros de la Unión que contengan exigencias distintas. Así, en España, en lo que se refiere a las resoluciones que entran en el ámbito de aplicación del Convenio, habrá de entenderse que son inaplicables los hoy vigentes arts. 82 y 83 del Reglamento del Registro Civil ⁽¹⁹⁵⁾. Ello no obstante, para el acceso al Registro Civil de una Sentencia extranjera que disfrute de la cobertura de este Convenio será precisa la aportación de los documentos oportunos y la “calificación” del Registrador, a la que enseguida aludiré ⁽¹⁹⁶⁾.

Antes debe subrayarse que el reconocimiento de la resolución matrimonial no depende tampoco de su inscripción en el Registro civil. Si, como antes se ha visto, la inscripción registral no puede subordinarse a una previa intervención judicial que declare el reconocimiento, es igualmente claro que en parte alguna del Convenio se condiciona el reconocimiento extrajudicial o judicial incidental de la resolución a la previa inscripción de ésta en el Registro. Y anotaré incidentalmente que la innecesariedad de la intervención de la autoridad judicial para lograr la inscripción de una sentencia matrimonial extranjera en el Registro civil no es una novedad absoluta para nuestro país: es algo que ya resultaba —aunque no en términos tan explícitos— de algunos Convenios que distinguen los conceptos de “reconocimiento” y “ejecución” de resoluciones judiciales y no excluyen de su ámbito a las resoluciones matrimoniales, como es el caso de los Convenios bilaterales suscritos por España con Austria, con Alemania y con la antigua URSS ⁽¹⁹⁷⁾.

⁽¹⁹⁵⁾ “Artículo 82: Las sentencias y resoluciones firmes son títulos suficientes para inscribir el hecho que constituyen o declaran; si contradicen hechos inscritos, deben ordenar para ser inscribibles la rectificación correspondiente.”

“Artículo 83: No podrá practicarse inscripción en virtud de sentencia o resolución extranjera que no tenga fuerza en España; si para tenerla requiere exequátur, deberá ser previamente obtenido.

Las sentencias o resoluciones canónicas, para ser inscritas, requieren que su ejecución, en cuanto a efectos civiles, haya sido decretada por el Juez o Tribunal correspondiente.”

⁽¹⁹⁶⁾ En el mismo sentido, F.F. GARAU SOBRINO, “El reconocimiento en España de las resoluciones matrimoniales extranjeras en materia matrimonial”, en el volumen publicado por la Asociación española de abogados de familia *Puntos capitales de Derecho de familia en su dimensión internacional*, Dykinson, Madrid, 1999, pág. 327.

⁽¹⁹⁷⁾ Sobre la distinción entre “reconocimiento” y “ejecución” de sentencias extranjeras (distinción que no resulta de los arts. 951 y ss. de la actual LEC) resulta especialmente clarificadora la monografía de F.F. GARAU SOBRINO, *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, Tecnos, Madrid, 1992. En págs. 93 y ss. analiza los Convenios que prevén separadamente el otorgamiento del reconocimiento y de lo que, con precisión, el autor denomina “declaración de ejecutividad”, término que resulta más apropiado que el de “ejecución”.

En cuanto a los requisitos de la inscripción registral, el art. 33⁽¹⁹⁸⁾ del Convenio señala que bastará con la presentación de una copia auténtica de la resolución de que se trate, a la que tendrá que unirse la acreditación de que no cabe ya recurso contra la misma; en el caso de que la resolución haya sido dictada en rebeldía, se necesitará, además, aportar un documento justificativo de la notificación o entrega de la demanda al rebelde o bien acreditar documentalmente que éste ha aceptado de forma inequívoca la resolución. A partir de estos documentos, será necesario —pero también bastará— que el registrador “califique” la resolución de que se trate⁽¹⁹⁹⁾; es decir, será necesario que el Encargado del

Más recientemente, el mismo autor reproduce la distinción en el trabajo específico dedicado a las resoluciones matrimoniales: F.F. GARAU SOBRINO, “El reconocimiento en España de las resoluciones matrimoniales extranjeras en materia matrimonial”, en el volumen publicado por la Asociación española de abogados de familia *Puntos capitales de Derecho de familia en su dimensión internacional*, Dykinson, Madrid, 1999, págs. 296 y ss. Como allí señala este autor, la innecesidad de la intervención de la autoridad judicial parece especialmente clara en el caso del Convenio Hispano-alemán, pese a lo cual no ha dejado de existir alguna resolución del Tribunal Supremo, como el Auto de 8 de abril de 1992, que consideraba preciso el previo *exequátur* para que las sentencias matrimoniales alemanas accedieran al Registro civil. La postura de la DGRN es abundante sobre la falta de necesidad de *exequátur*: pueden verse a este respecto las numerosas resoluciones que menciona en el trabajo citado, págs. 316 y ss.

(198) He aquí el texto del precepto:

“Artículo 33. *Documentos.* 1. La parte que invocare o se opusiere al reconocimiento de una resolución o instare su ejecución deberá presentar: a) una copia de dicha resolución que reúna los requisitos necesarios para determinar su autenticidad; b) en su caso, un documento acreditativo de que el demandante disfruta del beneficio de justicia gratuita en el Estado miembro de origen.

2. Por otra parte, si se trata de una resolución dictada en rebeldía, la parte que invocare el reconocimiento o instare su ejecución deberá presentar: a) el original o una copia auténtica del documento que acredite la entrega o notificación del escrito de la demanda o de un documento equivalente a la parte declarada en rebeldía; o bien b) cualquier documento que acredite de forma inequívoca que el demandado ha aceptado la resolución.

3. La persona que solicite la actualización del Registro civil de un Estado miembro conforme a lo indicado en el apartado 2 del artículo 14 presentará asimismo un documento que dé prueba de que la resolución ya no puede recurrirse con arreglo al derecho del Estado miembro en que se dictó.”

(199) Entiende también que será necesaria la calificación del Registrador F.F. GARAU SOBRINO, “El reconocimiento en España...”, cit., pág. 327, señalando que “de no admitirse este control, se llegaría a un funcionamiento anómalo del Convenio, ya que para modificar una inscripción registral no sería preciso controlar la resolución, mientras que si la misma se alega ante un procedimiento abierto en el Estado requerido entonces debería procederse a dicho control (control de reconocimiento a título incidental previsto en el artículo 14.4)”.

Registro compruebe que no concurren en el caso los motivos para la denegación del reconocimiento que el propio Convenio contempla; y sólo en el caso de que advierta que existe uno de los motivos expresados en el art. 15 del Convenio podrá denegar la inscripción, abriéndose entonces la posibilidad de emprender la correspondiente vía de recursos.

En fin, la actuación calificadora del encargado del Registro, a mi juicio, no queda dispensada y no parece que pueda entenderse como contraria al Convenio.

Por lo demás, ha de señalarse que la inscripción registral dotará al reconocimiento de una publicidad de innegable trascendencia; pero, por todo lo dicho, no tiene carácter constitutivo.

b) El reconocimiento “incidental”

La segunda modalidad de reconocimiento es la que podríamos llamar “incidental”.

A ella alude el art. 14.4 del Convenio, que está pensado para el supuesto de que, en el marco de un proceso judicial cualquiera, una de las partes alegue la existencia de una resolución matrimonial extranjera que no haya sido objeto de una previa declaración judicial de específico reconocimiento. En un caso así, el precepto faculta al órgano jurisdiccional de que se trate para “pronunciarse al respecto”, es decir, para calificar la resolución extranjera como “reconocible” —o, en su caso, como no susceptible de reconocimiento— a pesar de que no haya existido un previo exequátur.

Esta segunda modalidad también podrá traer consigo variaciones o excepciones para los distintos ordenamientos internos. Por ejemplo, para España supone que ha de entenderse excepcionada a estos fines la regla contenida en el párrafo segundo del artículo 107 del Código Civil⁽²⁰⁰⁾.

Sobre este tipo de reconocimiento únicamente convendrá subrayar que, según creo, por tratarse de una decisión adoptada “incidenter tantum” y a los solos fines de resolver el proceso en el que la cuestión incidental se suscita, si la resolución extranjera se alega de nuevo en otro proceso posterior, el Tribunal que deba entender de ese segundo litigio no queda vinculado por la decisión que se haya tomado en el proceso anterior y podrá pronunciarse con libertad de

⁽²⁰⁰⁾ Dice: “Las sentencias de separación y divorcio dictadas por Tribunales extranjeros producirán efectos en el ordenamiento español desde la fecha de su reconocimiento *conforme a la Ley de enjuiciamiento civil*”. Esto significa que, conforme a esta regla general, para entender producido el efecto constitutivo de la variación del estado civil, sería preciso el previo exequátur de la sentencia extranjera, exigencia que el Convenio deja sin efecto.

criterio sobre si concurren o no los requisitos necesarios para el reconocimiento⁽²⁰¹⁾. Por lo demás, según entiendo, estos pronunciamientos tampoco son vinculantes de cara a una eventual inscripción posterior en el Registro civil, aunque lógicamente podrán ser tenidos en cuenta por el encargado del Registro al efectuar su calificación.

c) *La petición expresa de declaración judicial de reconocimiento o de que concurren motivos obstativos al reconocimiento*

Hay un tercer tipo de reconocimiento que, en cambio, entiendo sí resultará vinculante en lo sucesivo “erga omnes” una vez haya sido efectuado. Es el que puede obtenerse, a tenor del art. 14.3 del Convenio, dirigiendo la oportuna solicitud específica al órgano jurisdiccional correspondiente del Estado en que se pretenda que el reconocimiento haya de surtir sus efectos, con el fin de provocar la emisión de una resolución que declare expresamente que concurren los requisitos establecidos por el Convenio.

A este tipo de reconocimiento vinculante podemos llamarle “reconocimiento judicial a título principal”, en contraposición con el que acaba de aludirse en el apartado anterior.

Y conviene notar que, aunque en este punto el Convenio de 1998 sigue básicamente el modelo del Convenio de 1968 —que, por cierto, “*expressis verbis*” estableció la posibilidad de obtener un reconocimiento judicial “a título principal”⁽²⁰²⁾— añade una importante diferencia: tanto cabe postular el reconocimiento positivo de la resolución extranjera como formular la *petición inversa*; es decir, pedir que se declare que la resolución de que se trate “no debe reconocerse”.

El Convenio regula el trámite a seguir para obtener este tipo de reconocimiento positivo o negativo mediante una remisión global a los procedimientos que el mismo Convenio arbitra para obtener la declaración de ejecutividad⁽²⁰³⁾;

(201) F.F. GARAU SOBRINO, “El reconocimiento en España...”, cit., pág. 328.

(202) El párrafo segundo del art. 26 del Convenio de Bruselas de 1968 prevé: “En caso de oposición, cualquier parte interesada que invocare el reconocimiento a título principal podrá solicitar, por el procedimiento previsto en las Secciones 2 y 3 del presente Título, que se reconozca la resolución”. El procedimiento en cuestión es, al igual que en Bruselas II, el previsto para obtener la declaración de ejecutividad.

(203) Las secciones 2 y 3 del Título III del Convenio, secciones a las que se remite el art. 14.3, tratan de la “Ejecución” (que fundamentalmente está concebida para las resoluciones que se refieran a la “responsabilidad parental”, también objeto del Convenio) y de unas llamadas “Disposiciones generales”, que son precisiones de distinto tipo sobre los documentos a presentar y sus formalidades.

deja así puntualizados diversos extremos pero remite al Derecho interno de los Estados miembros multitud de aspectos.

Por su importancia, se estudian a continuación en un apartado específico los aspectos básicos de las peculiaridades procedimentales que son precisas para obtener esta clase de reconocimiento.

B) Examen especial de los aspectos procedimentales de la declaración judicial de reconocimiento o no reconocimiento y la vía de recursos

a) *La petición inicial y los documentos que han de adjuntarse*

Remite el Convenio al Derecho de cada país miembro la modalidad que deba revestir la solicitud o petición inicial⁽²⁰⁴⁾.

En cuanto a los documentos que han de aportarse, ya hemos visto con anterioridad que el art. 33 del Convenio exige que se presente copia auténtica de la resolución de que se trate⁽²⁰⁵⁾ y, en el caso de que la resolución haya sido dictada en rebeldía, un documento acreditativo de la notificación o entrega de la demanda al rebelde o bien acreditación documental de que éste ha aceptado de forma inequívoca la resolución. Además, a tenor del art. 34, habrá de acreditarse documentalmente que, con arreglo al Derecho del Estado de origen, la resolución es ejecutiva y ha sido notificada; y conviene notar que la acreditación de la notificación de la sentencia no queda dispensada en el caso de rebeldía del demandado; por ello entiendo que habrá de acreditarse no sólo que se le notificó o dio copia de la demanda sino también que se le notificó la sentencia.

⁽²⁰⁴⁾ Parece que, al no haber una previsión específica en nuestro Derecho, habida cuenta de la naturaleza de lo que aquí es su objeto, la solicitud ha de revestir en España la forma de demanda y ser presentada con la representación de Procurador y la asistencia de Letrado.

M.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ ha elaborado una interesante monografía con el título *Ejecución de sentencias extranjeras en España: Convenio de Bruselas de 1968 y procedimiento interno*, Comares, Granada, monografía, 1998, que, aunque está referida al Convenio que su título indica, contiene reflexiones válidas para el Bruselas II, dada la similitud de los preceptos de uno y otro Convenio; también llega a esa conclusión en las págs. 30 y ss., donde incluye varias minuciosas precisiones que doy aquí por reproducidas.

⁽²⁰⁵⁾ El Convenio no exige que haya de unirse certificación de que no cabe ya recurso alguno contra la resolución (la acreditación de ese extremo es, en cambio, precisa para obtener la modificación registral que, como antes se ha visto, no necesita previo trámite judicial “ad hoc”). Sin embargo, por regla general, habrá que suponer que lo normal será que al peticionario sólo le interese el reconocimiento de una resolución matrimonial en cuanto firme y no susceptible de recurso alguno.

Por lo demás, el art. 35.2 establece que “si el órgano jurisdiccional lo exigiere, se presentará una traducción de los documentos”, que estará certificada por persona habilitada a tal fin en los Estados miembros.

Cabe destacar que la aportación de los documentos se flexibiliza al máximo en el Convenio no sólo porque se establece que “no se exigirá legalización ni formalidad análoga alguna”⁽²⁰⁶⁾, sino porque el art. 35.1 prevé que, en caso de no presentarse, “el órgano jurisdiccional podrá fijar un plazo para la presentación de los mismos o *dispensar de ellos* si considerase que dispone de suficientes elementos de juicio”.

En fin, en su caso, tendrá que añadirse un documento acreditativo de haber disfrutado del beneficio de justicia gratuita en el Estado de origen, lo que determinará que, para el trámite de reconocimiento, goce de igual beneficio, a tenor del art. 31. En ningún caso cabrá exigir caución o depósito al solicitante por su condición de extranjero o por no tener domicilio o residencia en el Estado requerido⁽²⁰⁷⁾.

Y, viniendo al supuesto de que se trate de reconocer una resolución matrimonial canónica con cobertura concordataria, en congruencia con lo dicho anteriormente, las resoluciones y certificaciones a presentar entiendo que deberán ser tanto las relativas al proceso canónico como las referentes al trámite civil de homologación que las haya incorporado al Derecho portugués, español o italiano.

b) El pronunciamiento judicial

El art. 21.1 concreta el rango del órgano jurisdiccional al que ha de dirigirse la petición y al que corresponde pronunciarse en cada uno de los Estados miembros: en España, los Juzgados de Primera Instancia.

Cuál de ellos en concreto sea el territorialmente competente es una determinación que, en esta materia de reconocimiento de resoluciones matrimoniales a título principal, el art. 21.3 remite al Derecho interno de cada Estado miembro⁽²⁰⁸⁾.

Sin embargo no establece el Convenio un procedimiento unificado a seguir: este aspecto queda remitido a la oportuna especificación concreta que cada Estado miembro haga en su Derecho interno.

⁽²⁰⁶⁾ Art. 36, que exime también de ello al poder “ad litem”.

⁽²⁰⁷⁾ Art. 32.

⁽²⁰⁸⁾ A diferencia de lo que ocurre con las solicitudes de ejecución en materia de responsabilidad parental, tema para el que, en cambio, el art. 21.2 establece además reglas de competencia territorial.

Hay, sin embargo, dos aspectos que el Convenio prescribe en el artículo 23.1: 1) que a la solicitud ha de darse respuesta judicial en un “breve plazo”; y 2) que el trámite ha de seguirse “inaudita altera parte”: la persona frente a la que se solicite el reconocimiento⁽²⁰⁹⁾ “no podrá, en esta fase del procedimiento, formular observaciones”, dice el precepto.

La primera puntualización, por su carácter genérico, es más bien una declaración de intenciones; la segunda, en cambio, constituye un mandato jurídico directo que, por cierto, no crea indefensión, ya que la otra parte tendrá oportunidad de ser oída y alegar cuanto desee por la vía del recurso del que trataré enseguida: se pretende, pues, agilizar y simplificar al máximo el procedimiento, relegando a un segundo momento la eventual intervención de la otra parte⁽²¹⁰⁾.

El hecho de que se ordene excluir en esta fase la intervención de la otra parte no parece impedir la existencia de algún otro acto judicial intermedio a practicar entre la solicitud y la resolución, pues el Convenio no obliga a resolver *de plano* sobre la solicitud. Aparte de la posibilidad de que el órgano jurisdiccional requiera al solicitante para que complete la documentación aportada o para que presente la traducción de los documentos redactados en idioma extranjero⁽²¹¹⁾, cabe la adición de algún trámite que pueda ser considerado como necesario, según el Derecho interno; así, por ejemplo, me parece que en Derecho español será obligado dar audiencia al Ministerio Fiscal, no sólo porque se trata de reconocer una resolución extranjera⁽²¹²⁾ sino también porque estamos en presencia de una resolución que afecta al estado y capacidad de las personas, asuntos en los cuales debe darse intervención al Ministerio público, a tenor de su Estatuto orgánico⁽²¹³⁾.

(209) El art. 21.1 habla de la persona contra la que se solicite la “ejecución”; recuérdese que el procedimiento de reconocimiento a título principal se establece por remisión al procedimiento arbitrado para obtener la declaración de ejecutividad.

(210) Ha de tenerse en cuenta que, antes, esa otra parte habrá tenido la oportunidad de defenderse en el proceso previo a la resolución, que ahora sólo se trata de reconocer en otro ámbito jurídico.

(211) Cfr. art. 35.

(212) M.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, en *Ejecución de sentencias...*, cit. pág. 43, entiende que debe darse traslado al Fiscal de las solicitudes de ejecución conforme al Convenio de Bruselas de 1968 tanto si la cuestión se enfoca desde la perspectiva de considerar el trámite como de jurisdicción voluntaria como si se aplica la analogía con el exequátur de sentencias extranjeras.

(213) Art. 3.6 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

En fin, la resolución que se dicte parece que deberá revestir la forma de Auto motivado.

El art. 23 del Convenio recalca que la decisión sólo podrá ser denegatoria por alguno de los motivos previstos en el art. 15 y que la resolución extranjera en ningún caso podrá ser objeto de una revisión en cuanto al fondo.

Por último, el art. 24 ordena notificar de inmediato “al solicitante” la decisión judicial que recaiga.

Puesto dicho precepto en relación con el art. 25, a primera vista, sólo aparece como preceptivo notificar a la parte demandada la decisión recaída en el caso de que ésta sea estimatoria de la solicitud, pues la previsión normativa se limita al caso de que el reconocimiento “se otorgare”. De hecho, esta es la interpretación que se ha efectuado con respecto a la decisión sobre declaración de ejecutividad que regula el Convenio de Bruselas de 1968, decisión ésta que sigue una vía procesal análoga.

En mi opinión, sin embargo, aquí habrá que distinguir: probablemente pueda sostenerse que no es preceptiva la notificación a la otra parte si la decisión denegatoria del reconocimiento recae a una solicitud en que el reconocimiento se pedía positivamente. Pero ha de recordarse que este Convenio de 1998, a diferencia del de Bruselas de 1968, permite solicitar una decisión de “no reconocimiento”. Por tanto, en el supuesto de que lo pedido sea ese “no reconocimiento”, en mi opinión, la decisión que recaiga —tanto si es estimatoria como si es desestimatoria de esa pretensión— deberá *siempre* notificarse a la otra parte: nótese que, solicitado el “no reconocimiento”, si la petición se estima, la otra parte tiene derecho a saber que se ha declarado con carácter vinculante que la resolución foránea no podrá tener efectos y, consiguientemente, tendrá derecho a entablar los recursos que son del caso; y si la decisión es denegatoria de la petición —lo que implica que se estará declarando que no hay obstáculo para el reconocimiento— el supuesto es reconducible al art. 25.1.

c) *El “recurso”*

Los arts. 25.1, 26 y 28 del Convenio regulan la posibilidad de formular un “recurso” contra la decisión que recaiga. La regulación de este punto resulta compleja y, pese a ello, incompleta, como seguidamente se verá.

Para empezar, el Convenio sólo se plantea de modo explícito dos supuestos: mientras el art. 25.1 y el art. 26 sólo aluden literalmente al caso de que la decisión *otorgare* el reconocimiento, el art. 28 contempla también literalmente sólo el caso de que la solicitud —el precepto habla de la “solicitud de ejecución”— *fuere denegada*.

Se olvida así que, como antes hemos visto, cabe que lo pedido sea la declaración de que “no debe reconocerse una resolución”⁽²¹⁴⁾. Esto plantea una singular laguna legal, pues deja al intérprete la cuestión de cuál de las dos vías ha de seguirse tanto si esa petición de “no reconocimiento” es acogida como si es denegada. Y ha de tenerse presente que la elección de una u otra vía tiene importancia sobre todo a efectos de la fijación del plazo legal para el planteamiento del “recurso”. Veámoslo.

En efecto, a tenor del art. 25, si la decisión ha sido favorable para el reconocimiento, entonces la persona frente a la que se ha pedido puede “interponer recurso contra la decisión dentro del mes siguiente a la fecha de su notificación”⁽²¹⁵⁾; este mes de plazo se amplía a dos meses, “si dicha persona tuviere su residencia habitual en un Estado miembro⁽²¹⁶⁾ distinto de aquél en que se dictó la decisión por la que se otorgó” el reconocimiento⁽²¹⁷⁾; este plazo no admitirá prórroga en razón de la distancia.

En cambio, si la solicitud de reconocimiento es denegada, el art. 28 no fija plazo alguno para el recurso que puede interponer “el solicitante”; ante ello, cabe interpretar —por mucho que esto pueda resultar sorprendente en nuestro Derecho— que quien formuló la petición puede recurrir *sin limitación de tiempo* la decisión denegatoria del reconocimiento de la resolución matrimonial extranjera⁽²¹⁸⁾. Y, si esta interpretación es correcta, parece que también habrá de entenderse que estaría legitimado para interponer el recurso “sine die” la perso-

(214) Expresión literal del art. 14.3 y que se reitera en los mismos términos en el art. 21.3.

(215) Art. 25.1.

(216) En puridad, el Convenio sólo prevé el caso de que la otra parte resida en el Estado requerido o en otro “Estado miembro distinto”. Parece que la omisión del supuesto de que resida en un Estado no miembro debe suplirse en el sentido de entender aplicable el plazo más largo de dos meses. Aunque no es esa la literalidad del precepto, así parece deducirse también del p. 91 del “informe Borrás”, donde se lee: “Si la parte contra la que se ejecuta la decisión reside *en otro Estado distinto de aquél en el que se dictó la decisión concediendo el exequátur*, el plazo será de dos meses a contar desde la notificación, ya fuere personal, ya en su domicilio”.

(217) Art. 25.2, que habla literalmente de “la ejecución”, término que ha de sustituirse aquí por “el reconocimiento”, como ya se ha dicho.

(218) De hecho, esta es la conclusión del “informe Jenard” con respecto al Convenio de Bruselas de 1968, que contiene una regulación semejante de este punto, aunque no dedique, como hace el *Bruselas II*, preceptos distintos a los supuestos de decisión estimatoria y desestimatoria de la ejecución.

na frente a la que se solicitó el reconocimiento de la resolución extranjera que no prosperó⁽²¹⁹⁾.

¿Qué plazo ha de observarse, entonces, si lo pedido ha sido que se declare que “no debe reconocerse” la resolución matrimonial extranjera? ¿Deberá seguirse el mismo régimen en el supuesto de que la decisión judicial acoja la solicitud de “no reconocimiento” y en el de que se pronuncie en contra de la petición?

En mi opinión, la laguna debe cubrirse del siguiente modo: si, pedida la declaración de que la sentencia extranjera debe no reconocerse, la respuesta judicial ha sido estimatoria, entonces creo que no hay duda de que la decisión tendrá que notificarse a la otra parte y habrá entonces de estarse al régimen de plazos del art. 25. En efecto, en este supuesto, quien ha formulado la solicitud pretende obtener una respuesta que vincule a la otra parte; de otro modo la petición no tendría sentido; no parece dudoso que, así las cosas, sea inadmisibile cualquier interpretación que conduzca a reconocer a esa otra parte la posibilidad de mantener indefinidamente en suspenso la operatividad de la decisión obtenida o de reservarse la interposición o no del recurso “ad libitum”.

En cambio, la decisión que desestime la petición formulada para que se declare que no procede el reconocimiento presenta matices más confusos. Parece más lógico proceder aquí por analogía con el régimen del art. 28, pues la pretensión del peticionario se deniega; por lo mismo, parece que éste no debe quedar sujeto a plazo para recurrir, aunque en este supuesto la justificación no sea la misma que la que hay en el caso directamente contemplado en ese pre-

Vid. al respecto M.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, o.c., pág. 59, donde justifica la inexistencia de plazo para el recurrente en caso de que se trate del solicitante a cuya petición ha recaído decisión denegatoria. No obstante, esta autora distingue —siguiendo a F.F. GARAU SOBRINO— entre petición de ejecución y petición de reconocimiento; si se trata de esto último, entiendo que el solicitante que ve su petición denegada también está sujeto al plazo del recurso.

El “informe Borrás”, p. 91, de modo explícito se decanta por la interpretación de que, en este supuesto, el solicitante que ha visto denegada la petición de ejecución (léase reconocimiento) no tiene plazo para recurrir, añadiendo: “la consecuencia normal es que la resolución se ejecute y, en consecuencia, deben darse facilidades para que, tras la primera decisión dada de forma rápida y en procedimiento unilateral, pueda conseguirse dicho fin”.

⁽²¹⁹⁾ El Convenio no contempla la legitimación de esta otra persona, que puede tener tanto interés como el solicitante. En puridad, el Convenio ni siquiera contempla la necesidad de notificar a la otra parte la decisión denegatoria del reconocimiento (cfr. arts. 24, 25 y 28). Ello probablemente se debe a que se está pensando preferentemente en la “ejecución” (supuesto en el que sí puede tener sentido que no se notifique a la otra parte la decisión denegatoria de la solicitud), sin caer en la cuenta de que la regulación del reconocimiento judicial se ha hecho “per remisionem” con respecto a la ejecución en el art. 14.3.

cepto⁽²²⁰⁾: aquí la razón más bien estribaría en la necesidad de hacer una aplicación del principio “pro actione”, al no fijar el texto legal un plazo concreto. Y así las cosas, en lo que toca a la parte que no formuló la petición de no reconocimiento que ha sido denegada, tampoco parece adecuado someterla al régimen de plazos del art. 25, aunque creo que deberá notificársele la decisión judicial denegatoria de la petición hecha por la otra parte.

En lo que se refiere al trámite del “recurso” en sí mismo considerado, el texto convencional concreta algunos extremos, pero deja al Derecho interno de cada país el determinar el detalle de todo lo demás.

Una cuestión que puntualiza el Convenio es que la sustanciación del recurso habrá de hacerse “según las normas que rigen el procedimiento contradictorio”⁽²²¹⁾. Con tal expresión no se está haciendo referencia a procedimiento concreto alguno: simplemente se está determinando que, por contraposición con el procedimiento unilateral previo, en esta fase ambas partes han de tener intervención. Por tanto, en el caso de que antes no se hubiera dado conocimiento a la parte no solicitante de la existencia del procedimiento y de la decisión dictada, ahora necesariamente deberá dársele la oportunidad de intervenir; tal precisión —que sólo se hace de modo explícito en el art. 28.2 para el supuesto de que, en caso de decisión contraria, interponga recurso el solicitante que hubiera pedido el reconocimiento de una resolución matrimonial extranjera— debe entenderse aplicable a todos los supuestos posibles de recurso.

También concretan los arts. 26.1 y 28.1 el órgano jurisdiccional de cada uno de los países miembros que debe entender del recurso; para España se estipula que el recurso ha de presentarse o interponerse⁽²²²⁾ “ante la Audiencia Provincial”.

El trámite a seguir, en cambio, no se fija en modo alguno; y ello origina que se plantee una nueva e importante laguna legal en aquellos Estados —como es, por cierto, el caso de España— que no han previsto un procedimiento “ad hoc” o de carácter general.

(220) En el caso de que se deniegue la solicitud de reconocimiento, como antes se ha visto, una razón para estimar que no hay sujeción a plazo para interponer el recurso es que se intenta dar un trato favorable al reconocimiento y permitir que el peticionario complete la documentación acaso insuficiente que haya aportado en un primer momento.

(221) Art. 26.1.

(222) Mientras el art. 26.1 usa el término “el recurso... se *presentará*”, el art. 28.1 utiliza la locución “el solicitante podrá *interponer* recurso...”. No creo que esa diferencia de términos conlleve aquí diferencias conceptuales: se trata, simplemente, de precisar cuál es el órgano jurisdiccional que deberá resolver este medio de impugnación.

Para nuestro país, a la espera de que se apruebe una Ley de cooperación internacional —hoy en trámite—, no parecen adecuados los trámites previstos para una apelación normal de las que proceden contra “las sentencias y autos dictados en incidentes y en los juicios que no sean de mayor cuantía” y que se regulan en los arts. 887 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Seguir esa vía procesal significaría que el recurrente debería limitarse a presentar un simple escrito no razonado ante el Juzgado⁽²²³⁾, de modo que, tras la personación ante la Audiencia y demás trámites intermedios⁽²²⁴⁾, quedaría reservada para el trámite de vista oral la exposición de los argumentos de fondo y la contestación del recurrido.

Parece más razonable colmar la laguna del Convenio aplicando las Audiencias analógicamente los trámites previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la solicitud y concesión del exequátur ante el Tribunal Supremo⁽²²⁵⁾, si bien el “recurso” tendría que ser de algún modo anunciado o notificado al Juzgado de Primera Instancia “a quo”, pues el Juzgado deberá tener constancia de que la impugnación se ha hecho⁽²²⁶⁾.

De acuerdo con ello, formalizado ante la Audiencia el recurso mediante un escrito que contenga todas las alegaciones que el impugnante desee esgrimir, se oiría por término de nueve días⁽²²⁷⁾ al Fiscal y a la otra parte, previo su emplazamiento⁽²²⁸⁾, dictándose luego la resolución procedente.

No obstante, debo dejar constancia de que el Tribunal Supremo, a propósito del Convenio de Bruselas de 1968 —que presenta igual laguna procesal respecto al “recurso” ante la Audiencia allí articulado, que es análogo al aquí estudiado— parece haber entendido en *STS de 23 de marzo de 1999* que, a falta de otra previsión legal, deberá estarse a lo normado en la Ley de Enjuiciamiento

(223) Los plazos de uno y dos meses parecen excesivos para tan simple anuncio.

(224) Por cierto, quedaría sin concretar cuándo debería darse a la otra parte noticia del recurso y qué órgano jurisdiccional debería hacerlo.

(225) Proponen esta vía de integración para el Convenio de Bruselas de 1968, que presenta la misma laguna, M.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, *Ejecución de sentencias extranjeras...*, cit., pág. 61 y ss. y F.F. GARAU SOBRINO, en *Comentario al Convenio de Bruselas relativo...*, cit., págs. 572 y ss.

(226) Pese a no haber una previsión específica a este respecto, ha de entenderse que el recurso —que versa sobre una cuestión que afecta al estado y capacidad de las personas— impide la ejecución provisional de la decisión de primera instancia y debe ser sustanciado en ambos efectos.

(227) Art. 956 de la LEC.

(228) Art. 957 de la LEC. Deberán tenerse en cuenta al respecto los arts. 28.2 y 10 del Convenio.

Civil para las apelaciones ordinarias⁽²²⁹⁾. Debe, no obstante, señalarse que dicha Sentencia lo que resuelve es una cuestión de inadmisibilidad del recurso de casación por razón de la cuantía debatida y no un problema en el que estuviera en juego directamente la determinación del procedimiento aplicable.

d) *La casación*

Según el país de que se trate, el Convenio permite un posible recurso contra la decisión que se tome con motivo del recurso de apelación. Para España⁽²³⁰⁾ se prevé la posibilidad de un recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

⁽²²⁹⁾ La citada *STS de 23 de marzo de 1999 (Aranzadi de Jurisprudencia, núm. marginal 1666)*, dice:

“...debemos ponderar que la referencia al recurso de casación que contiene el artículo 37.2 del Convenio no se puede entender sin relacionarlo con la proposición primera del expresado artículo que señala el recurso que procede contra la resolución que otorgase la ejecución, como ocurre en el presente asunto. En España, los órganos jurisdiccionales señalados para la tramitación de este primer recurso son las Audiencias Provinciales correspondientes a los respectivos órganos de primera instancia que hayan decidido autorizar la ejecución. Especifica el citado artículo 37.1 que el mencionado recurso se presentará, según las normas que rigen el «juicio contradictorio». Es decir, la norma supranacional efectúa una remisión a las normas nacionales que rigen el procedimiento contradictorio, concepto que se corresponde con el de «juicio contradictorio», escasamente empleado por nuestras leyes (vid., artículo 295 del Código Civil) pero equivalente, según la doctrina y la práctica judicial, al de «juicio ordinario declarativo».

CUARTO.—Si se repara en que conforme a la «lex fori» disponemos, por ahora, de cuatro juicios ordinarios (verbal, «cognición», menor cuantía y mayor cuantía) resulta obligado pensar que, con sujeción a dicha regla, *la Audiencia Provincial no es libre para crear una tramitación «ad hoc», esto es, una especie de procedimiento de apelación indeterminado, sino que deberá seguir la tramitación correspondiente a cualquiera de los referidos juicios*, pero no caprichosamente, sino mediante la observación de las normas atinentes a cada tipo de juicio que se establece, según la cuantía y conforme al objeto litigioso.

QUINTO.—Esto sentado y, según el principio de legalidad que inspira la aplicación de las leyes procesales (artículo 1 de la Ley de enjuiciamiento civil: «forma ordenada por esta Ley»), el recurso de casación que el Tratado menciona, no puede quedar «descolgado» de las normas que previenen, cuales son las resoluciones susceptibles de tal recurso, aislándolo del contexto en que, según la «ley del foro», su regulación cobra sentido, máxime, tomando en cuenta la necesaria dependencia, amparada por la propia norma supranacional del juicio declarativo causal. En el caso, resulta claro, de acuerdo con los precedentes razonamientos que el criterio tiene que ser, definitivamente, desfavorable a la admisión del recurso, dado que el objeto de la reclamación es inferior a seis millones de pesetas, aplicándose la normativa reguladora del juicio de menor cuantía [artículo 1687.1.º c) de la Ley de Enjuiciamiento Civil]. En consecuencia debe desestimarse el recurso.”

⁽²³⁰⁾ También para Bélgica, Grecia, Francia, Italia, Luxemburgo y Países Bajos.

Aquí parece que la remisión al Derecho interno de cada país ha de entenderse íntegra; es decir, afectará a los plazos de interposición, motivos alegables, causas de inadmisibilidad, procedimiento a seguir, etc. Por eso, entiendo que el Tribunal Supremo no estará obligado a admitir el recurso en todo caso, pues la letra del Convenio no impone tal cosa⁽²³¹⁾. Y, en este sentido, quizá quepa entender que, dada la naturaleza de la pretensión debatida, a tenor del art. 1687, 2.º, en relación con el núm. 1.º, letra b), de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el recurso debe admitirse sólo si la resolución dictada por la Audiencia no es conforme con la dictada por el Juzgado, pues, si las resoluciones fueran conformes de toda conformidad, el recurso no procedería⁽²³²⁾. Por lo demás, el recurso deberá fundarse en los motivos contemplados en el art. 1692 de la Ley Procesal.

e) *La posible intervención del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*

El Convenio va acompañado de un Protocolo⁽²³³⁾ por el que se establece que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas será competente para pronunciarse sobre la interpretación del Convenio. Este Protocolo, que se basa en el art. 177 del Tratado de la Comunidad Europea, sigue el mismo modelo de otro anterior de 3 de junio de 1971, que atribuyó al TJCE competencia para interpretar el Convenio de Bruselas de 1968.

Establece el Protocolo que los más altos órganos jurisdiccionales de los Estados miembros⁽²³⁴⁾ —y también, opcionalmente, si así lo decide el Estado de que se trate, los demás órganos jurisdiccionales, cuando hayan de decidir en apelación⁽²³⁵⁾— han de solicitar al Tribunal de Justicia que decida a título prejudicial sobre cuestiones de interpretación cuando se plantee una cuestión de

(231) A propósito de la misma idea, con referencia al Convenio de Bruselas de 1968, cabe reiterar que la ya citada STS de 23 de marzo de 1999 —parcialmente transcrita dos notas más arriba— inadmitió un recurso de casación por razón de la cuantía.

(232) En efecto, no parece que la casación pueda acogerse a la letra a) del núm. 1.º del art. 1687 de la LEC, pues no se sigue el cauce del juicio de menor cuantía, por lo que se impone la distinción contemplada en la letra b) del mismo número.

(233) Publicado en el mismo ejemplar del *DOCE* C 221, de 16 de julio de 1998, págs. 19 y ss. También hay un “Informe explicativo” elaborado por la Prof.ª BORRÁS, publicado en las págs. 65 y ss.

(234) Que se enumeran concretamente en el art. 3.1 del Protocolo.

(235) Art. 2.2.b) del Protocolo. Esta opción ha de hacerse por el Estado miembro de que se trate en el momento de notificar al depositario que el Protocolo ha sido adoptado por dicho Estado, según sus normas constitucionales, en virtud del art. 9.2 del mismo Protocolo.

esta clase y el órgano en cuestión estime que es necesaria una decisión del TJCE para emitir el fallo ⁽²³⁶⁾. La cuestión previa de interpretación, por tanto, no puede ser planteada por los órganos jurisdiccionales de primer grado.

Se trata así de lograr una interpretación unificada; la restricción de la clase de órganos jurisdiccionales a los que se reconoce legitimación para plantear esta clase de cuestiones previas obedece a un doble motivo: de un lado, se trata de no incluir en la primera instancia del procedimiento de ejecución o reconocimiento judicial un trámite que, caso de intercalarse, significaría una importante demora; y, de otro, se atiende a la necesidad de no colapsar con este motivo al TJCE, ya muy saturado de asuntos.

En la práctica, las cuestiones de interpretación prejudicial que se han cursado en relación con el Convenio de 1968 han significado una importante demora en la decisión final del procedimiento: desde que se solicita la interpretación hasta que se pronuncia el TJCE no transcurre menos de año y medio, no siendo infrecuente que la dilación sea superior ⁽²³⁷⁾. Dada la identidad del procedimiento, hay que suponer que otro tanto ocurrirá con este Protocolo de 1998.

Además de instrumentar el anterior mecanismo de unificación interpretativa, el Protocolo trata de propiciar otra vía para la obtención de doctrina unificada abriendo la posibilidad de que la que se determine como “autoridad competente de un Estado miembro” ⁽²³⁸⁾ solicite una decisión del TJCE también cuando la resolución dictada por un órgano jurisdiccional del Estado miembro de que se trate esté en contradicción con la interpretación dada bien por el TJCE, bien por una resolución de otro Estado miembro que sea parte en el Protocolo. Cuando se utilice esta vía, la decisión que adopte el TJCE no afecta a las resoluciones que hubieran dado lugar a la solicitud. Es, por tanto, un trámite concebido para que cumpla en relación con el Convenio una función semejante a la que desempeñan los recursos de casación “en interés de la Ley”.

Este protocolo, aunque guarde estrecha relación con el Convenio, es un instrumento aparte que, como tal, ha de ser objeto de adopción específica por los distintos Estados miembros, de acuerdo con sus respectivas normas constitucionales. Su vigencia se producirá 90 días después de que se efectúe por el

⁽²³⁶⁾ Art. 4, en relación con los arts. 1, 2 y 3.

⁽²³⁷⁾ Hay datos más preocupantes sobre la situación actual. En el número 27 de *Noticiario Jurídico Aranzadi* (correspondiente al 5 de agosto de 1999), aparece un titular que reza literalmente así: “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas está ‘al borde del colapso’ por falta de traductores suficientes”.

⁽²³⁸⁾ Según el art. 6.3, se faculta en principio para presentar estas solicitudes a los Fiscales-jefe de los Tribunales de Casación de los Estados miembros, pero pueden estarlo también “cualesquiera otras autoridades designadas por un Estado miembro”.

tercer Estado miembro la notificación al depositario de que el Protocolo ha sido adoptado; pero el Protocolo no puede entrar en vigor antes de que lo haga el Convenio⁽²³⁹⁾; y hay que recordar que éste no adquirirá vigencia hasta que transcurran 90 días desde que el último de todos los que en ese momento sean Estados miembros de la Unión Europea notifique al depositario la conclusión de los procedimientos constitucionales para su adopción⁽²⁴⁰⁾.

V. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

En el momento de poner fin a estas páginas parece obligado destacar la indudable buena intención que ha animado a los autores del Convenio al 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; 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 de la Unión Europea.

Pero, dicho lo anterior, me voy a permitir también expresar alguna inquietud ante la próxima aplicación de este Convenio a las resoluciones canónicas.

He dicho ya que, desde el punto de vista jurídico, el Convenio en modo alguno *vincula* a la Iglesia católica y a sus Tribunales. Pero, no creando vinculación jurídica directa, el Convenio sí *afecta* indirectamente a una y otros.

No voy a insistir en las disfunciones que produce en el propio Convenio 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 ese compromiso concordatario. Pero sí quiero destacar que, de este modo, el mecanismo arbitrado supone someter a

(239) Art. 9.3 del Protocolo.

(240) Art. 47.3 del Convenio. No obstante, he de señalar que, en octubre de 1999, momento en el que envió a imprenta esta versión escrita de la ponencia defendida en el Simposio, los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión acaban de firmar una serie de compromisos para impulsar una mayor cooperación en los ámbitos de Interior y Justicia, entre los cuales parece estar el de incorporar el Convenio de 1998 a un reglamento, para que entre en vigor como Derecho comunitario, a la vista de la demora que se observa en su adopción por los Estados miembros.

esas resoluciones a un “segundo juicio de homologación”⁽²⁴¹⁾, ya no sujeto a las normas concordadas con la Iglesia, sino a la peculiar lógica del Convenio mismo y subordinada a la concreta forma que cada país tenga de entender un concepto, por lo demás variable en el espacio y en el tiempo, como es el orden público.

Debe tenerse en cuenta que, como antes he tratado de exponer, los filtros arbitrados por el Convenio tratan de ser especialmente favorables al reconocimiento de las resoluciones y de confinar los supuestos en que ese juicio no tenga resultado positivo a casos extremos de contraste. Pero, precisamente por eso me produce una mayor preocupación la imagen que pueda darse de la Iglesia y de sus tribunales en el trance de que se denegara puntualmente —o no tan aisladamente— el reconocimiento de una o varias resoluciones canónicas homologadas en Portugal, España o Italia; nótese que tal pronunciamiento, si se produce, supondría un juicio de valor especialmente negativo para la administración de justicia canónica, que resulta tanto más inapropiado cuando ocurre que no ha sido la Iglesia quien ha pedido o aceptado que sus resoluciones se sometan a juicios de verificación distintos a aquellos que ha pactado concordariamente con Estados concretos.

Y me temo que no estoy hablando de una posibilidad abstracta. Como se señala en un interesante libro de reciente publicación, “en los mayores países de Europa las sentencias de nulidad pronunciadas anualmente se cuentan por decenas (como mucho, por centenares en los Estados en los que se reconoce eficacia civil a las resoluciones eclesiásticas), en tanto que las de divorcio lo son por decenas (o centenares) de millares”⁽²⁴²⁾. Y es que el concepto 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.

En los casos en que no haya oposición por parte de ninguno de los dos implicados, entiendo que no deberán existir dificultades especiales. A lo sumo puede haber en algún caso cierto problema de estética, al mezclar esas decenas o esos centenares de resoluciones canónicas, de profundo significado espiritual,

⁽²⁴¹⁾ Y no deja de ser llamativo que se arbitre esta especie de “duplex conformis” o segunda instancia internacional, cuando en el ámbito canónico se cuestiona precisamente el mantenimiento de la apelación obligatoria en las causas de nulidad y la necesidad de obtener dos pronunciamientos conformes: Vid. al respecto M. CALVO TOJO, *Reforma del proceso matrimonial anunciada por el Papa*, UPS, Salamanca, 1999, en especial, págs. 344 y ss.

⁽²⁴²⁾ S. FERRARI, en IVÁN-FERRARI, *Derecho y Religión en Europa Occidental*, McGraw Hill, Madrid, 1998, pág. 54.

con decenas o centenares de miles de sentencias europeas de divorcio. Pero si los dos cónyuges han aceptado el dictamen canónico, está claro que esto tiene elevadas posibilidades de ser bien entendido, como un ejercicio de su libertad religiosa que el ordenamiento jurídico internacional vendría así a reconocer en una nueva vertiente.

Pero la cuestión no es la misma cuando una de las partes no esté de acuerdo con el trámite canónico. Dicho en términos directos, no me hace feliz la idea de que unas resoluciones que, dentro de la lógica interna de la Iglesia y su ordenamiento, no sólo son coherentes sino, además, insustituibles, sean “exportadas por vía civil” “nolente altera parte” a países y ámbitos culturales que tal vez no estén en condiciones de entenderlas.

Menos todavía cuando es conocido que allí donde hay intereses económicos no rara vez se produce la instrumentalización de las ideas más bienintencionadas. Y en esta sede es ya un fenómeno conocido, sobre todo en Italia, pero también en España, el de que algunos procesos canónicos de nulidad de matrimonio se instan no precisamente por razones de conciencia sino con el exclusivo fin de que a la otra parte no pueda fijársele una pensión a la que tal vez tendría derecho en caso de divorcio; o, peor aún, con el exclusivo fin de privar a la otra parte de una pensión que ya le había sido reconocida en un proceso civil previo. Imagínese el lector qué cosas podrían oírse sobre la Iglesia y los Tribunales eclesiásticos si el cónyuge protestante o ateo de un país nórdico se encuentra con que pierde la pensión que le fue reconocida en un proceso de divorcio porque luego la otra parte ha obtenido una declaración de nulidad canónica en Portugal, España o Italia, que luego haga valer a través de este nuevo Convenio.

Me gustaría muy de veras que nunca se produzca esa situación. Pero, ante la eventualidad de que no sea así, habré de insistir, ahora aún con más énfasis, en ideas y sugerencias que —aunque referidas a situaciones entonces sólo contempladas desde la perspectiva del Derecho español, pero que ahora tienen una inesperada proyección en el marco internacional— ya expuse en Santiago de Compostela, en el Simposio que allí se celebró en el año 1995. Me permito remitir al amable lector a la versión escrita de la ponencia allí defendida⁽²⁴³⁾.

⁽²⁴³⁾ Apareció publicada con el título “Consecuencias económicas de las resoluciones matrimoniales eclesiásticas en Derecho español. (La indemnización prevista en el art. 98 del Código Civil)”, en el volumen *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, XII, UPS, Salamanca, 1996, especialmente págs. 421 y ss.

ADDENDA

Tras la ponencia de la que este trabajo es la versión escrita se han producido varios acontecimientos de los que parece necesario dar noticia, aunque sea esquemática.

1. La *STC 150/1999, de 14 de septiembre*⁽¹⁾ ha supuesto, en mi opinión, un giro fundamental en lo que se refiere a la eficacia obstativa de la oposición de parte al reconocimiento civil de las resoluciones canónicas.

En efecto, como se señalaba en la ponencia, las *SSTC 265/1988, de 22 de diciembre*, y *328/1993, de 8 de noviembre*, estimaron sendos recursos de amparo promovidos en supuestos en los que los correspondientes Juzgados de Primera Instancia habían reconocido eficacia civil a resoluciones canónicas pese a haberse formulado oposición en el trámite de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 30/1981, de 7 de julio. En cambio, *esta STC 150/1999 desestima un recurso de amparo que se planteaba en un caso análogo* a los contemplados en las dos anteriores⁽²⁾. Ahora sienta el TC la doctrina de que, si el juez de Primera Instancia desestima la oposición de parte por no considerar adecuados los razonamientos del oponente, *mientras el razonamiento del Auto homologatorio no resulte absurdo o arbitrario, el amparo no procede*.

De este modo, la valoración de la oposición viene a convertirse en un simple problema de “legalidad ordinaria” y sin trascendencia constitucional. Y así, si nos atenemos a esta nueva doctrina, los Juzgados de Primera Instancia parece que podrán entrar directamente en el fondo de la oposición y desestimarla en el trámite de la Adicional Segunda, si consideran que la oposición no debe prospe-

(1) *BOE* de 19 de octubre de 1999.

(2) Cabe anotar, con todo, que se trataba aquí de homologar una sentencia canónica de nulidad de matrimonio en cuyo trámite eclesiástico la parte demandada había tenido la oportunidad de defenderse conforme a las normas canónicas y, de hecho, actuó ampliamente en sede eclesiástica; en cambio, en los supuestos estudiados en las dos SSTC antes citadas, se trataba de procedimientos canónicos para la disolución del matrimonio no consumado.

rar, aunque la oposición en sí no sea infundada ni oportunista, sino razonada o razonable.

2. Como es sabido, la nueva Ley de Enjuiciamiento civil ha sido definitivamente aprobada como Ley 1/2000, de 7 de enero.

Como apuntaba en la nota 102 del trabajo, el art. 779 de dicho texto legal no contribuye a aclarar la situación. Y ha de insistirse en que la nueva LEC suprime toda referencia a la eficacia que quepa asignar a la postura de la parte que se oponga en sede civil al reconocimiento de una sentencia o resolución canónica.

A partir de la entrada en vigor del nuevo texto legal, parece que —a efectos prácticos— lo decisivo no será que haya o no oposición de parte sino que se solicite o no “adopción o modificación de medidas” simultáneamente con el reconocimiento de la resolución canónica: si se pide la adopción o modificación de medidas, *el trámite de homologación coincidirá en todo con el que ha de seguirse en un procedimiento normal de separación o divorcio*, incluyendo toda su línea de recursos⁽³⁾.

3. Ha concluido en España el trámite parlamentario necesario para la autorización del *Convenio de Bruselas II*.

Sin que haya habido discusión en ninguna de las fases por la que ha pasado el texto en ambas Cámaras, el Pleno del Senado ha aprobado finalmente por asentimiento este Convenio⁽⁴⁾.

4. De acuerdo con la información obtenida a través del ciberespacio en la dirección de Internet del Parlamento Europeo, la Unión Europea tiene muy avanzado el trámite preciso para *transformar el llamado Convenio de Bruselas II en un Reglamento comunitario* de acuerdo con los mecanismos del Tratado de Amsterdam.

En efecto, observando la lentitud con que varios de los quince procedían en el plano interno, la Comisión de las Comunidades Europeas presentó el 4 de mayo de 1999 una “Propuesta de Reglamento del Consejo” que venía a repro-

(3) Lo que causa no poca perplejidad. Pues puede suceder que, si el órgano jurisdiccional decide que la resolución canónica no es homologable, ... ¡tampoco pueda “adoptar o modificar medidas”, al ser la homologación de la resolución presupuesto lógico inexcusable para que las medidas se adopten o modifiquen!

(4) Cfr. *DSS*, VI Legislatura, núm. 150, correspondiente a la sesión del pleno celebrada el martes, 30 de noviembre de 1999.

ducir con pequeñas modificaciones el mismo texto del *Bruselas II* ⁽⁵⁾. La Propuesta, tras ser dictaminada por el Comité Económico y Social —que sugirió a su vez el 20 de octubre de 1999 algunas pequeñas observaciones— fue informada el 10 de noviembre de 1999 por la Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior del Parlamento Europeo, con algunas otras modificaciones básicamente de tipo técnico. Y, en fin, el último paso dado por ahora ⁽⁶⁾ ha tenido lugar el 17 de noviembre de 1999: el Parlamento Europeo ha aprobado la propuesta de la Comisión, aunque con alguna modificación más de cierta relevancia ⁽⁷⁾.

Las modificaciones introducidas entiendo que no afectan a lo que ha sido objeto de mi investigación ni a los razonamientos sustanciales de mi trabajo. De todos modos quizá convenga introducir los siguientes matices como consecuencia del cambio formal producido:

a) En primer lugar, la conversión del Convenio en Reglamento significará que nos encontraremos en presencia de una norma de *Derecho comunitario* propiamente dicho ⁽⁸⁾ y no ya de Derecho internacional convencional. Ello determinará los efectos especialmente potentes de este tipo de norma comunitaria de alcance general: su *obligatoriedad* en todos sus elementos y *directa aplicabilidad* en cada Estado miembro ⁽⁹⁾ tras la entrada en vigor, a los 20 días de su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

⁽⁵⁾ La coincidencia es tal que incluso la numeración de los artículos es la misma, salvo en los arts. finales (los arts. 43 al 50 de Convenio se sustituyen por los arts. 43 a 46 del Reglamento, de diverso contenido); la Exposición de Motivos es también una síntesis del *Informe Borrás*, que había sido publicado al mismo tiempo que el *Bruselas II* como “Informe explicativo”.

⁽⁶⁾ La última consulta por Internet la he hecho el 9-3-2000. Parece que diversos problemas no específicos de este instrumento sino de carácter general (entre ellos, tal vez la cuestión de Gibraltar) impiden que culmine el trámite: el Consejo ha de pronunciarse sobre si admite o no las enmiendas del Parlamento Europeo.

⁽⁷⁾ En concreto, el Parlamento ha expresado su voluntad de que el reconocimiento automático contemplado en el Reglamento sea igualmente válido para las personas de países terceros que residan legalmente en la Unión, de modo que no pueda prohibirse por un Estado miembro la celebración de un nuevo matrimonio con motivo de que el divorcio no sea reconocido por un tercer país concernido; y ha reducido el ámbito de operatividad del segundo motivo de denegación del reconocimiento que contempla el art. 15, al establecer que no podrá objetarse sobre la base de la indefensión reforzada de que allí se habla si el demandado al que no se haya entregado o notificado la demanda *dejó de presentar recurso contra la resolución pudiendo hacerlo*.

⁽⁸⁾ Para ser del todo precisos, se trata de una norma de Derecho comunitario *derivado*.

⁽⁹⁾ Art. 249 del Tratado CE.

b) El Reglamento será aplicable a todos los países comunitarios⁽¹⁰⁾, con excepción de Dinamarca, dada la peculiar situación de este país en el Tratado de Amsterdam⁽¹¹⁾.

c) La intervención del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en las cuestiones que surjan con respecto a esta norma se producirá sin necesidad de ningún instrumento adicional, de acuerdo con el Tratado de Amsterdam.

d) A tono con el carácter de la norma, en el Reglamento no aparece la “declaración” de Italia que, como indiqué en su lugar, resultaba chocante y demasiado análoga a una reserva. Otra cosa es atreverse a pronosticar si, en la práctica, Italia aplicará pese a todo el criterio que se contiene en la que fue su “declaración”.

⁽¹⁰⁾ La norma incluye en su ámbito de aplicabilidad al Reino Unido e Irlanda, dado que dichos países han hecho uso de la facultad de *opting in* que tienen de acuerdo con el Tratado de Amsterdam.

⁽¹¹⁾ Dinamarca ha quedado fuera del Título IV del Tratado CE.

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.

■ LAS UNIONES DE HECHO EN LA NUEVA LEC

I. INTRODUCCIÓN

Todos los que frecuentamos los juzgados desde hace tiempo nos hemos encontrado ante el dilema de qué procedimiento debemos utilizar para ejercitar algún tipo de acción respecto a una pareja de hecho. En algunos juzgados se venía admitiendo la posibilidad de regular las consecuencias del cese de la convivencia de una pareja de hecho por medio de la jurisdicción voluntaria, otros en cambio sostenían que debería acudir necesariamente al procedimiento de menor cuantía. Junto a esta controversia también existían otras: ¿Podrán pedirse medidas previas en las uniones de hecho? ¿Cómo se tramita la petición cuando ambos convivientes están de acuerdo en regular las consecuencias del cese? ¿Qué juzgado sería competente para todas estas peticiones?...

Antes de la aprobación de la LEC existían en el parlamento diversas proposiciones de ley para regular la convivencia de hecho, y algunas de ellas (Proposición de ley 122/000098 sobre contrato de unión civil y Proposición 122/000244 sobre aspectos procesales de la Ley 10/1998 de 15 de julio, del Parlamento de Cataluña sobre Uniones Estables de pareja) establecían normas procesales. Como estaba en trámite la LEC era lógico pensar que las cuestiones procesales deberían regularse en esta nueva norma. Sin embargo, de forma sorprendente la LEC no ha abordado el problema en su totalidad y sólo ha regulado “Los procedimientos que versen exclusivamente sobre la guarda y custodia de los hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos”.

En la tramitación parlamentaria se presentaron diversas enmiendas para regular “los procedimientos que versen sobre la extinción inter vivos y sus efectos, incluidos los relativos a los hijos comunes, de las parejas no matrimoniales que la ley sustantiva reconozca”. El fundamento de dicha inclusión era el siguiente: *“De acuerdo con la realidad social, y los informes al anteproyecto, es indispensable regular las uniones no matrimoniales y la situación de los hijos extramatrimoniales, lo que el proyecto no hace en absoluto. Hay que tener en cuenta que, por analogía, ya se están tramitando en muchos órganos judiciales las crisis de las denominadas parejas de hecho y los problemas de los hijos extramatrimoniales con arreglo a los procesos de familia, como si se tratara de parejas que han contraído matrimonio en cualquiera de las formas admitidas y de hijos nacidos de una relación matrimonial. No se entiende, por ello, este olvido del prelegislador.”* Pero dichas enmiendas no fueron aceptadas. En el debate del dictamen del proyecto de la LEC celebrado ante el pleno del Congreso el día 23 de septiembre de 1999, el diputado del Grupo Popular Sr. Cárceles Nieto defendía la no inclusión de estos procedimientos en los siguientes términos: *“Sin una eficaz regulación de nuestro derecho material y, por tanto, del Código Civil, difícilmente la ley adjetiva va a entender sobre procesos de institutos inexistentes. Por ejemplo, parejas de hecho; quizás sea un fácil recurso en el orden dialéctico hablar de una situación, que yo respeto y de la que nada tengo que decir, pero comprenderá que qué va a regular la ley de enjuiciamiento civil. El matrimonio, sea canónico sea civil, comprende un conjunto de derechos y obligaciones entre los cónyuges. La pareja de hecho niega precisamente esa posición; luego qué causas de separación va a arbitrar la autoridad judicial frente a quienes no reconocen derechos y obligaciones entre sí. Sencillamente, la pareja de hecho se refleja y destaca porque, con arreglo al criterio de oportunidad, las personas deciden vivir juntas, convivir y separarse cuando lo estimen conveniente. Sin embargo, sí hemos regulado y hemos sido sensibles a las consecuencias, a los efectos jurídicos de la naturaleza de esa unión; los hijos, los hijos procedentes de una situación de convivencia de personas que sencillamente no han contraído ningún catálogo de compromisos entre sí. Precisamente por proteger al menor indefenso se han reformado también en su trámite parlamentario determinados aspectos para proteger a ese menor. Yo creo que no es el momento, ni podría serlo porque sería frivolar la técnica legislativa, de regular algo que no existe y que precisamente está en trámite en esta Cámara, y el Parlamento español tendrá que ofrecer una posición sobre esta cuestión. Pero no se puede poner vendas antes que la herida; vamos a dejar que se produzca la herida y luego aplicaremos la venda, regulando un proceso sobre una relación inexistente, porque, si no, podríamos caer en la paradoja de lo absurdo y tratar de regular lo que precisamente niegan las parejas de esas características”*.

Aunque lo lógico hubiese sido equiparar las normas procesales de la separación, el divorcio y la nulidad con las que hay que aplicar por el cese de la convivencia de una pareja de hecho, el legislador no lo ha hecho así. Por tanto, dependiendo de la acción que vayamos a ejercitar, el procedimiento a seguir será el siguiente:

1. Acción reclamando la atribución de la guarda y custodia o alimentos de hijos menores de edad

Esta petición, de acuerdo con lo establecido en el art. 748.4.º de la LEC en relación con el art. 753 del mismo cuerpo legal, se sustanciará por los trámites del juicio verbal especial (es decir, con contestación y reconvenición en su caso, por escrito).

Habrá que entender incluida dentro de este apartado la fijación de un régimen de visitas, ya que es consustancial a la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores. Por otro lado, aunque el término alimentos comprende el concepto de “habitación” que puede ser equiparable a la atribución de uso de la vivienda familiar a favor de los hijos, no se incluye expresamente en el artículo 748.4.º de la LEC la posibilidad de que esta petición pueda sustanciarse por este trámite. Es más, la referencia a que las disposiciones del presente Título serán aplicables a los procesos que versen “exclusivamente” sobre la guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra otro en nombre de los hijos menores, induce a pensar en su exclusión⁽¹⁾. No obstante, hasta ahora era práctica habitual la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos en los procedimientos que se tramitaban para regular las relaciones paterno-filiales de las uniones de hecho.

Por aplicación de la regla 6.ª del art. 769 de la LEC, la solicitud de medidas cautelares seguirán los mismos trámites establecidos para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio.

Al remitirse el legislador al juicio verbal (art. 753 de la LEC) para la tramitación de estos procedimientos, salvo que expresamente se disponga otra cosa, será indiferente que las partes puedan estar o no de acuerdo en las medidas que hay que adoptar. Es frecuente en la práctica encontrarse con demandas en las que se solicita la homologación de un convenio regulador de las relaciones paterno-filiales y en las que no hay contienda entre las partes. La respuesta procesal que daban la mayoría de los tribunales a dicha petición es sustanciar-

(1) Con toda seguridad esta indeterminación va a ser motivo para que unos tribunales atribuyan el uso de la vivienda familiar a los hijos dentro de este procedimiento y para que otros les remitan a uno nuevo.

la por las normas de la jurisdicción voluntaria⁽²⁾, sin embargo, dada la redacción de este artículo, no cabe aplicar la analogía para utilizar el procedimiento de jurisdicción voluntaria⁽³⁾.

Como no parece lógico que existiendo acuerdo entre los progenitores se les obligue a tramitar un juicio verbal, será necesario efectuar una interpretación integradora y entender incluido este tipo de petición dentro del art. 777 de la LEC, ya que no podemos olvidar que el epígrafe del Capítulo IV es “De los procesos matrimoniales y de menores”. Lógicamente será preciso dejar a un lado las referencias a las causas de separación o divorcio que se contienen en dicho artículo.

2. Acción reclamando la atribución del uso de la vivienda familiar

Esta es otra de las posibles acciones que pueden surgir con la quiebra de la pareja de hecho. Si existen hijos menores, dicha petición, como hemos señalado, podría englobarse dentro del procedimiento que determine la guarda y custodia de los hijos, sin embargo, en ausencia de estos⁽⁴⁾ o si son mayores de edad, parece que tendremos que acudir, una vez determinada la cuantía —por

(2) La Sec. 12.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona en auto de fecha 16 de junio de 1998 opta por el trámite de la jurisdicción voluntaria, al igual que la sentencia de 28 de noviembre de 1997 de la Sec. 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid. La base jurídica está en el propio art. 1811 de la antigua LEC y que actualmente permanece vigente: “Se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria, o se solicite la intervención del Juez sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas”. Al no existir contienda entre los progenitores y ser necesaria la intervención judicial para la homologación del convenio, el trámite de jurisdicción voluntaria es perfectamente válido.

(3) Conforme a lo establecido en el art. 4.1 del CC, “Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”. En el presente supuesto, en puridad, no cabe utilizar la analogía ya que el art. 748 de la LEC regula este procedimiento, sin distinguir si existe acuerdo o no entre los progenitores.

(4) Esta cuestión es objeto de la STS de 10 de marzo 1998: “*La sentencia de instancia ha inaplicado incorrectamente el art. 96 CC y la doctrina jurisprudencial, pero no porque sea aplicable directamente, ni por analogía, sino porque es aplicable el principio general que se deduce de ésta y de las demás normas citadas, principio general consistente en la protección al conviviente perjudicado, en este caso protección referida a la atribución del uso de la vivienda familia, muebles y plaza de aparcamiento asignada a la vivienda*”. Aplicando esta doctrina al supuesto de autos, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación y atribuye el uso de la vivienda a la conviviente, aunque no indefinidamente, sino por un tiempo aproximado de diez años, teniendo en cuenta que la escritura pública de compraventa se hizo a principios de 1988, la convivencia duró 2 años, y la demanda fue a principios de 1992, con lo cual se fija el límite en fecha 1 de febrero de 2000, tras la cual se aplicarán las reglas sobre la copropiedad que establecen los arts. 392 y ss. CC.

analogía, la regla 4.^a del art. 251 de la LEC—, a los trámites del juicio ordinario o verbal.

3. Acción para reclamar alimentos de hijos mayores de edad que por carecer de independencia económica continúan conviviendo en el domicilio familiar

Esta acción debe canalizarse por los trámites del juicio verbal. Así lo señala el art. 250, regla 8.^a cuando señala que “se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas que soliciten alimentos debidos por disposición legal o por otro título”. Lógicamente la no existencia de matrimonio entre los progenitores impide que pueda ser de aplicación lo establecido en el art. 93.2 del CC, en cuanto a la legitimación del progenitor para reclamar la fijación de los alimentos y por tanto, será necesario que la demanda se presente directamente por el hijo que, a efectos de evitar una posible falta de litisconsorcio pasivo necesario deberá dirigirla contra ambos progenitores.

4. Acción para la determinación y liquidación del patrimonio común de las uniones de hecho

Dependiendo de la cuantía que tenga el procedimiento, deberá sustanciarse por los trámites del juicio ordinario si es superior a 500.000 pts., y si es inferior por el verbal. Para la determinación de la cuantía habrá que estar a lo dispuesto en el art. 251, regla 12.^a de la LEC⁽⁵⁾.

5. Acción reclamando alimentos entre convivientes

Al no estar incluidos los convivientes de hecho dentro del art. 143 del CC, no existe con carácter general obligación legal alguna de alimentos entre ambos, sin embargo, existe la posibilidad de que por vía de pacto pueda establecerse una obligación alimenticia, y por ello no existe impedimento alguno para que se pacte entre los miembros de una unión de hecho una prestación alimenticia tras la ruptura de la convivencia. Estos alimentos pactados o convencionales tienen el mismo régimen jurídico que los alimentos legales y por tanto le son

(5) No vemos obstáculo alguno para que el legislador hubiese regulado la determinación y liquidación del patrimonio común de una unión de hecho por los trámites de los arts. 806 y ss. de la LEC relativos al procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial.

aplicables las normas contenidas en los arts. 142 y ss. del CC, salvo, como señala el art. 153, lo pactado.

Por lo que respecta a la legislación autonómica, la Ley Catalana 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja, en su art. 8 establece unos alimentos legales entre convivientes: “Los miembros de la pareja tienen la obligación de prestarse alimentos, con preferencia a cualquier otro obligado”, señalando posteriormente el art. 14, que “Al cesar la convivencia, cualquiera de los miembros de la pareja puede reclamar del otro una pensión alimenticia periódica, si la necesita, para atender adecuadamente su sustento, en uno de los casos siguientes: a) Si la convivencia ha disminuido la capacidad del solicitante de obtener ingresos; b) Si tiene a su cargo hijos o hijas comunes, en circunstancias en que su capacidad de obtener ingresos quede disminuida”. Por su parte, la Ley Aragonesa 6/1999 de 26 de marzo de parejas estables no casadas, en su art. 7 señala que “Al producirse la extinción de la convivencia por las causas previstas en el párrafo anterior, cualquiera de los convivientes podrá exigir al otro una pensión, si la necesitase para su sustento, en el supuesto de que el cuidado de los hijos comunes le impida la realización de actividades laborales o las dificulte seriamente. La pensión se extinguirá cuando el cuidado de los hijos cese por cualquier causa o éstos alcancen la mayoría de edad o se emancipen. 3. La reclamación por cualquiera de los miembros de la pareja de los derechos regulados en los párrafos anteriores deberá formularse en el plazo máximo de un año a contar desde la extinción de la pareja estable no casada, ponderándose equilibradamente en razón de la duración de la convivencia.”

De acuerdo con lo establecido en el art. 250, regla 8.^a, se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas que soliciten alimentos debidos por disposición legal o por otro título.

6. Acción reclamando una compensación económica a un conviviente tras la ruptura de la unión de hecho

Al carecer de una regulación sustantiva específica las uniones extramatri-moniales, no existe en la legislación común ningún tipo de pensión que compense la desigualdad económica que, en base a la pérdida de oportunidades de uno de los convivientes por su dedicación a la casa e hijos, pueda surgir tras la ruptura de la pareja. Como es lógico, cuando en la práctica se ha producido esta desigualdad, se ha tenido que acudir a los tribunales para solicitar algún tipo de indemnización o compensación. Con base a distintos fundamentos jurídicos —enriquecimiento injusto, aplicación analógica de los arts. 97 o 98 ambos del CC, etc.—, las distintas Audiencias Provinciales han ido admitiendo la fijación de esta indemnización. La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de

1998⁽⁶⁾ entendió que procedía conceder a uno de los convivientes la percepción de una indemnización mensual por el factor desestabilizador que le supuso la cesación de la convivencia.

En el ámbito de la legislación autonómica sí encontramos preceptos que permiten fijar una pensión económica a favor de uno de los convivientes. El art. 13 de la ley catalana de Uniones Estables de Pareja señala que “Cuando la convivencia cesa en vida de los dos convivientes, aquel que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, tiene derecho a recibir una compensación económica en caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto”. En cuanto a la legislación aragonesa, la Ley de Parejas Estables no casadas señala en el art. 7 que “En caso de extinción de la pareja estable no casada por causa distinta a la muerte o declaración de fallecimiento, y si la convivencia ha supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos convivientes que implique un enriquecimiento injusto, podrá exigirse una compensación económica por el conviviente perjudicado en los siguientes casos: a) Cuando el conviviente ha contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro miembro de la pareja estable no casada. b) Cuando el conviviente, sin retribución o con retribución insuficiente, se ha dedicado al hogar, o a los hijos comunes o del otro conviviente, o ha trabajado para éste”.

(6) STS de 4 de junio de 1998: “no cabe olvidar que la unión ‘more uxorio’ que formaron los litigantes se caracterizó, como bien se dijo en la sentencia de instancia, por una vida sentimental estable y duradera, en la que aquéllos se comportaron como si de un verdadero matrimonio se tratara, llegándose a crear vínculos paternofiliales y, por ende, familiares dignos de protección, sin olvidar, tampoco, que la prueba practicada evidenció que «era intención de la pareja hacer comunes las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos» (FJ 5.º de la sentencia de instancia), particular el expresado que se reconoce en el recurso de D. Francisco al decirse que «es evidente que entre las partes ha existido un tipo de asociación o sociedad, regulada, en parte, por ellos mismos en forma expresa, como la ordenación de su patrimonio, y, en parte, verbalmente, como el régimen de contribución al levantamiento de cargas de su unión» y que «ambas partes acordaron someter el patrimonio adquirido por ambos con sus frutos y rentas al régimen de la sociedad legal de gananciales, régimen que es perfectamente aplicable para regular la comunidad constituida», siendo todo ello, sin duda, lo que determinó al Tribunal ‘a quo’, en línea coincidente con el criterio del Juez de instancia, a conceder a D.ª Lucía la percepción de una indemnización mensual por el factor desestabilizador que la supuso la cesación de la convivencia, por lo que no resulta posible estimar infringidos los preceptos citados en el motivo segundo, siendo de decir a este respecto la imprecisión que conlleva alegar la violación del art. 1101 CC, por aplicación indebida, en razón a que dicho precepto no fue aplicado por el Tribunal ‘a quo’.”

El trámite a seguir para sustanciar estas demandas vendrá determinado por la cuantía de la reclamación; si excede de 500.000 pts. habrá que acudir al procedimiento ordinario y, si no supera esa cantidad, el procedimiento aplicable será el verbal.

CRÓNICA LEGISLATIVA

EN ESTA SECCIÓN SE INFORMARÁ A LOS LECTORES DE LOS BORRADORES, PROYECTOS, TRAMITACIONES PARLAMENTARIAS Y TEXTO DEFINITIVO DE TODAS LAS LEYES NACIONALES Y AUTONÓMICAS QUE AFECTEN AL DERECHO DE FAMILIA.

Finalizada la VI Legislatura diversos proyectos y proposiciones de ley que afectan a materias relacionadas con el derecho de familia no lograron ver su publicación en el BOE. Entre estas, las más destacadas fueron la Proposición de Ley Orgánica de contrato de unión civil y la relativa al reconocimiento de efectos jurídicos a las parejas de hecho estables. La paralización de estas iniciativas no se vio alterada por la publicación de las leyes autonómicas de parejas de hecho en Cataluña o Aragón, ni tampoco por la aprobación en el país vecino de la ley del *pacte civil de solidarité*. Incluso se rechazó la proposición de ley sobre aspectos procesales de la ley 10/1998, de 15 de julio, del Parlamento de Cataluña, de uniones estables de pareja y se ignoró cualquier referencia procesal a las uniones de hecho en la nueva LEC a excepción de aquellas cuestiones que afectan a la guarda y custodia de menores o alimentos de los hijos menores.

En otro orden de cosas, también se quedaron en el camino dos proposiciones de ley que pretendían la reforma del Código Civil en materia de proceso de separación y divorcio, cuando se deriven o tengan como precedentes malos tratos entre los cónyuges, en las que por cierto se añadía un nuevo número al artículo 82 del CC para incluir como causa de separación “La desaparición del afecto entre los cónyuges”.

El Pleno del Congreso de los Diputados debatía, el 14 de diciembre de 1999, la toma en consideración de una proposición de ley del Grupo Popular, de carácter orgánico y presentada en el registro de la Cámara el 5 de julio, para modificar el Código Penal en ma-

teria de secuestro familiar de menores e inducción del progenitor a que el menor abandone el domicilio familiar. En la misma sesión plenaria, se debatió otra similar, presentada el 15 de noviembre por el Grupo Socialista, que perseguía la modificación del Código Penal, del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para combatir la sustracción o retención ilícita de menores.

La iniciativa del Grupo Popular cita el art. 39 de la Constitución y 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, que ratifican 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 contraríe ese interés superior. «Desde esta perspectiva —señala la Exposición de Motivos de la proposición de ley del PP—, 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 Título 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.»

La reforma propuesta se circunscribía 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. Para ello, la proposición de ley, y en un artículo único, proponía:

«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”.»

En la misma sesión plenaria del 14 de diciembre de 1999, el Congreso tenía previsto asimismo aprobar una proposición no de ley del Grupo Popular, en la que se instaba al Gobierno a elaborar, en el plazo de seis meses, un proyecto de ley de reforma del Código Civil que regule, «en los procesos que resuelvan crisis de parejas, la posibilidad de que los hijos continúen su comunicación y relación de afectividad con sus abuelos, recabando al efecto el dictamen de especialistas». La iniciativa, que pretendía regular un régimen de visitas para que los niños puedan seguir manteniendo una relación de afectividad con sus abuelos en los casos de ruptura de la pareja, señala en su Exposición de Motivos que «en los casos de ruptura matrimonial, el interés del menor se hace objeto de protección especial ante la vulnerabilidad que esta situación produce hacia el mismo. Desde esta perspectiva los poderes públicos deben extremar el celo hacia la protección del menor, cuyo primer elemento lo constituye la preservación de un ámbito adecuado de educación y desarrollo. En consecuencia, uno de los factores que debe ser objeto de atención prioritaria es la estabilidad afectiva del menor, dentro de un espacio de socialización adecuado». «Como primer objeto de atención —agrega—, surgen las relaciones paterno-filiales, directamente determinantes para el normal desarrollo del menor, y cuya regulación establece el artículo 92 del Código Civil, junto con otras normas de carácter administrativo y penal. Sin embargo, el ámbito familiar no puede circunscribirse a las relaciones paterno-filiales, que son sólo un

aspecto de éste; antes bien, el artículo 160 del Código Civil hace referencia a esas otras relaciones de este carácter con allegados y familiares, que, en interés del menor, pueden y deben ser objeto de regulación en los casos de ruptura matrimonial», y especialmente, por la importancia sociológica y la autoridad moral de los mayores, la relación del menor con sus abuelos.

Apenas iniciada la VII Legislatura, el Grupo Socialista se ha apresurado a presentar varias proposiciones de ley. Una de ellas está dirigida a que el Estado garantice, a través de un Fondo creado al efecto, el pago de alimentos a los hijos menores de edad, en los supuestos de separación o divorcio. La iniciativa propone la creación de un Fondo de Garantía de Pago de Alimentos, dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda, para que el Estado garantice, mediante un sistema de anticipos, el pago de alimentos reconocido judicialmente a favor de los hijos menores de edad para cuando la persona obligada a hacerlo no lo cumpla. El Fondo estaría compuesto por las partidas que anualmente se consignaran en los Presupuestos Generales del Estado y por el producto de los reintegros. La Proposición de Ley fija como límite para que los beneficiarios puedan recibir ayudas que los ingresos de la unidad familiar no superen la cantidad establecida en la Ley Reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para la obligatoriedad de declarar, y que no tenga bienes patrimoniales distintos a la vivienda en que

resida habitualmente. Los criterios para la determinación del importe de los anticipos toman como referencia las pensiones mínimas contempladas por la normativa vigente para casos similares y las pensiones de orfandad. Para acceder a esas ayudas, se exigiría haber instado la ejecución judicial y que ésta se hubiera resuelto sin efecto, aunque se prevé alguna excepción por si la precaria situación del interesado le impide esperar.

Otra proposición vuelve a insistir en la modificación de las normas legales para combatir la sustracción o retención ilícita de menores, entre ellas se solicita la fijación de penas de prisión de entre seis meses a dos años, así como la inhabilitación entre dos y cuatro años de la patria potestad y la tutela para aquellos progenitores que sustraigan a un menor de su lugar de residencia por más de 24 horas con el fin de impedir la comunicación o estancia con el otro progenitor. Las penas se deberían aplicar en su grado máximo, en el caso de que se traslade al menor a un país extranjero o se exija alguna condición para su restitución. En el capítulo preventivo, los socialistas proponen modificar la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del Código Civil para que los jueces puedan proceder a retirar cautelarmente la patria potestad a alguno de los progenitores investigado por determinados delitos, así como la prohibición de salida del menor del territorio nacional y expedición de pasaportes en caso de que se tema que cualquiera de los cónyuges puede proceder a la sustracción del menor.

PUBLICACIONES Y NOTICIAS

TÍTULO: DERECHO DE FAMILIA. TOMO VI. LA NULIDAD MATRIMONIAL CIVIL Y ECLESIASTICA. EL DERECHO PENAL DE FAMILIA.

*Autor: Antonio Javier Pérez Martín.
Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000.*

Aunque la mayoría de los matrimonios ponen fin a su relación a través de la separación o del divorcio, existe otra tercera vía que permite deshacer la unión desde su inicio: la nulidad matrimonial. Teniendo en cuenta que existe la posibilidad de contraer matrimonio de forma canónica o civil, y que los tribunales eclesiásticos tienen competencia para dictar una sentencia declarando la nulidad del matrimonio canónico, en esta obra se analizan con detalle tanto las causas de nulidad en uno y otro ámbito, como las cuestiones procedimentales. Como especialidades del procedimiento de nulidad matrimonial civil se estudian la indemnización por nulidad regulada en el art. 98 del CC y el beneficio de liquidar la sociedad de gananciales conforme al régimen de participación.

Para que la sentencia de nulidad dictada por un tribunal eclesiástico tenga eficacia en el orden civil será necesario que previamente obtenga la homologación ante los tribunales civiles, procedimiento que también es analizado en la presente obra desde sus perspectivas de fondo y de forma.

La última parte de la obra está dedicada al estudio de todas las faltas y delitos que tienen relación con el derecho de familia, especialmente el delito de abandono de familia, ofreciendo al lector toda la casuística que puede presentarse en la práctica.

La obra se presenta totalmente actualizada y contempla tanto la legislación actual como los nuevos procedimientos de nulidad matrimonial y de eficacia civil regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero.

Como suele ser habitual en los otros volúmenes de la colección, los temas contienen comentarios prácticos, texto legal, jurisprudencia y formularios, acompañándose un disquete para facilitar la redacción de las demandas y escritos de las partes.

TÍTULO: RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS DEUDAS TRAS LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

*Autor: M.ª Amalia Blandino Garrido.
Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2000.*

La liquidación de la sociedad de gananciales suele plantear numerosas dudas en el momento de integrar el inventario tanto del activo como del pasivo de la sociedad. La presente obra analiza con detalle las deudas que deben figurar en el pasivo. Para ello la autora hace un recorrido por el régimen jurídico de la comunidad postganancial para continuar con un estudio de las deudas de la sociedad frente a terceros y frente a los propios partícipes.

En el capítulo segundo se abordan los cauces de satisfacción del pasivo mediante la liquidación, haciéndose especial referencia a la prelación de créditos y a la responsabilidad de los cónyuges frente a terceros, bien cuando figuraban como deudores como no deudores.

El último capítulo está dedicado al pasivo particular de los partícipes en la indivisión postganancial, estudiando entre otras cuestiones la rescisión de la renuncia fraudulenta y la rescisión de la partición fraudulenta.

Una obra práctica, de obligada lectura que puede resolvernros controversias en el procedimiento liquidatorio.

**TÍTULO: BIOLOGÍA Y FILIACIÓN.
APROXIMACIÓN AL ESTUDIO JURÍDICO DE LAS PRUEBAS
BIOLÓGICAS DE PATERNIDAD Y DE LAS TÉCNICAS
DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.**

*Autor: Cristóbal Francisco Fábrega Ruiz.
Biblioteca de derecho y ciencias de la vida.
Ministerio de Sanidad y Consumo.
Editorial Comares, Granada, 2000.*

Quizás ya no sea posible hablar de las acciones de filiación sin hacer referencia a las pruebas biológicas de paternidad y por ello parece necesario que conozcamos la base científica de este tipo de pruebas. Precisamente con esta finalidad se ha publicado esta obra que analiza de forma clara y sencilla las pruebas de investigación bioantropológica e inmunohematológica, las técnicas del ADN, y por supuesto el estudio biomatemático de los resultados, la probabi-

lidad de exclusiones “a priori” y las probabilidades de paternidad junto con los factores que afectan al resultado (derivados de los individuos en estudio, de errores técnicos y errores científicos).

En otro apartado, y dejando el plano científico, se abordan los aspectos jurídicos de las pruebas biológicas, su admisión, constitucionalidad, eficacia de las pruebas obtenidas con infracción de derechos, el régimen jurídico de la prueba, y las posibles oposiciones a la acción ejercitada.

También relacionado con esta materia, el capítulo cuarto estudia las llamadas técnicas de reproducción asistida desde la doble perspectiva científica y jurídica.

La consulta de esta obra nos despejará muchas dudas sobre esta materia, aclarándonos conceptos científicos que desde luego son imprescindibles para poder utilizar jurídicamente estos avances en el ejercicio de las acciones de filiación.

JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA

PAMPLONA

Durante los días 11 y 12 de mayo se celebrarán en Pamplona (Hotel Iruña Park, c/Arcadio María Larraona, n.º 1) las I Jornadas de Derecho de Familia organizadas por la Asociación de Abogados de Familia, que abordan como tema central los procesos matrimoniales en la nueva LEC. Las temas de las ponencias y los profesionales que las imparten son los siguientes:

El proceso matrimonial en la nueva LEC: D. Francisco Vega Sala, Abogado y profesor de la Escuela de Práctica jurídica del Colegio de Abogados de Barcelona.

Uniones de hecho: estado de la cuestión. Excmo. Sr. D. Luis Zarraluqui Sánchez Eznarriaga. Abogado. Presidente de la Asociación Española de Abogados de Familia.

Procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial: D.ª M.ª Begoña Acha Mancisidor, Abogada, y D. Ángel Rebolledo Varela, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela.

Medidas provisionales y medidas definitivas en la nueva LEC: D. Antonio Javier Pérez Martín, Secretario del Juzgado de Familia de Málaga y Profesor de la Escuela de Práctica Jurídica del Colegio de Abogados de Málaga.

Recursos y ejecución en la nueva LEC: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz, Magistrado de la Sección 12.ª (Familia) de la Audiencia Provincial de Barcelona.

MÁLAGA

Durante los días 12 y 13 de mayo tendrán lugar en Málaga (Salón de Actos del Centro Cultural Provincial, c/Parra, n.º 12) las II Jornadas de Derecho de Familia organizadas por la Asociación Española de Abogados de Familia que analizarán los procesos de familia en la nueva LEC y la Mediación familiar en Andalucía. Los temas y los ponentes son los siguientes:

Medidas previas, provisionales, cautelares y definitivas en la nueva LEC: D. José Soldado Gutiérrez, Abogado y Director de la Escuela de Práctica Jurídica del Colegio de Abogados de Málaga.

Procesos de filiación, paternidad y maternidad. Medidas cautelares: Ilmo. Sr. D. Eusebio Aparicio Auñón, Magistrado del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 11 de Málaga.

La segunda instancia: Ilmo. Sr. D. Fernando de la Torre Deza, Magistrado de la Sec. 5.ª de la AP de Málaga.

La mediación familiar como fórmula de solución de conflictos: Será impartida por un representante de la Consejería de Gobernación y Justicia de la Junta de Andalucía.

El juicio verbal, sus peculiaridades. La prueba: Ilmo. Sr. D. Manuel López Agulló, Magistrado de la Sec. 4.ª de la Audiencia Provincial de Málaga.

El procedimiento para la liquidación de la sociedad de gananciales: Ilmo. Sr. D. Antonio Alcalá Navarro. Presidente de la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Málaga.

MURCIA

Durante los días 1 y 2 de junio de 2000, se celebrarán en el aula cultural de Caja Murcia las II Jornadas Internacionales sobre los menores y la mediación familiar organizadas por la Asociación de atención y mediación para la familia en proceso de cambio (ATYME Región de Murcia), en colaboración con la Consejería de Trabajo y Política Social de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Las ponencias y mesas redondas son las siguientes:

La Mediación: una solución extrajudicial. Primer programa puesto en marcha. D.ª Trinidad Bernal Samper, Directora del Centro de resolución de conflictos ÁPSIDE.

Mesa redonda: “El menor ante la mediación”. Coordinador D. Álvaro Castaño Penalva, Magistrado-Juez del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de Murcia. Componen la mesa: D.ª M.ª José Catalán Frías. Psicóloga del Juzgado de Familia de Murcia. D.ª Sacramento Barbas, Psicóloga y mediadora de ATYME (Madrid); D. Jaime Sánchez-Vizcaíno Rodríguez, Abogado y D.ª Josefa García.

El Abogado ante la mediación. Perspectiva de futuro. Joseph Redorta Lorente. Abogado, diplomado en psicología social y experto en gestión de conflicto.

Primera mesa redonda: Incorporación de la mediación y su posible regulación en el contexto de la administración. Componen la mesa: D.^ª Françoise Michaud, Directora del Centro Nacional de Información y Documentación de la Mujer y Familia (París); D. Antonio Javier Pérez Martín, Secretario del Juzgado de 1.^ª Instancia n.º 5 de Málaga; D.^ª Gloria Martín Francisco, Abogada y mediadora de ATYME (Madrid).

Segunda Mesa redonda: “Perfil del Mediador”. Coordinador D.^ª Carmen M.^ª Moreno García, Presidenta de ATYME Región de Murcia. Componen la mesa: D. José Manuel García Rodrigo-Vivanco, Psicólogo de ATYME; D. José Miguel Fernández Dols, Catedrático de Psicología Social de la Universidad Autónoma de Madrid; un representante de la Unión de Asociaciones Familiares UNAF (Madrid).

EL CENTRO DE FORMACIÓN JURÍDICA

El Centro de Formación Jurídica, dirigido por Luis Zarraluqui (c/ Génova, n.º 17, 2.º dcha. 28004 Madrid, Tel. 913197893) además de seguir impartiendo el IV Master en Derecho de Familia, informa de los próximos cursos que se van a celebrar:

CURSO DE DERECHO MATRIMONIAL CANÓNICO, homologado por el Tribunal Eclesiástico de la Archidiócesis de Madrid, ofrece una preparación específica y práctica en los procesos ante la Jurisdicción Eclesiástica. El profesorado está compuesto por abogados en ejercicio y miembros de la Curia.

SEMINARIO SOBRE PROCESOS DE FAMILIA DE LA LEY 1/2000 DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. Desde un ángulo práctico se pretende dar a conocer la nueva Ley que entra en vigor en el 2001.

CURSO DE COMUNICACIÓN JURÍDICA EN INGLÉS, impartido por Gregory Marsden, Juris Doctor y Attorney-at-Law en Estados Unidos, enfocado a profundizar y perfeccionar el inglés desde el punto de vista jurídico aumentando el dominio del lenguaje técnico.

Las secciones informativas se celebrarán los días 25 de mayo, 22 de junio y 20 de julio, a las 20,00 horas.