

PRESENTACIÓN

“Estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D.ª Manuela contra la sentencia dictada en fecha 5 de marzo de 1997 por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º de del que este rollo dimana, debemos revocar y revocamos dicha resolución y apreciando la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario no ha lugar a entrar en el fondo del asunto, con expresa condena en costas a la parte demandada.” Uno puede imaginarse la cara que se le quedó al letrado al leer la sentencia de la Audiencia Provincial que revocaba la dictada por el juzgado de 1.ª Instancia, máxime cuando le condenaba en costas. Se trataba de un procedimiento de modificación de medidas instado por el padre y dirigido contra la madre en el que se solicitaba la extinción de la pensión alimenticia de los hijos mayores de edad que, a pesar de seguir viviendo en el domicilio familiar, ya se encontraban trabajando. Acreditado dicho extremo, el Juez declaró extinguida la obligación alimenticia, sin embargo, la Audiencia revocó la sentencia al entender que los hijos mayores de edad debieron ser demandados. Si al menos, al iniciarse el procedimiento en el año 1997, se le hubiese dicho que era necesario demandar a los hijos mayores... pero que se lo digan ahora, tres años después... ¿Cómo le explica esto al cliente?

No hallando razón a lo acontecido y preso de su desolación e impotencia, el letrado comentó el tema con otros compañeros y cuál fue su sorpresa cuando uno de ellos le comentó que si el recurso de apelación se hubiese tramitado en otra sección de la misma Audiencia Provincial se habría desestimado y, por tanto, la pensión estaría ya extinguida. En efecto, después de leer algunas sentencias de esta sección, el letrado comprueba atónito cómo la circunstancia de no demandar a los hijos mayores de edad no implica ningún defecto procesal.

¿Es posible que pasen estas cosas? No sólo es posible, sino que actualmente es normal y frecuente que las distintas Audiencias Provinciales de nuestro país, e incluso las secciones de una misma Audiencia,

mantengan criterios distintos respecto a muchas de las cuestiones de derecho de familia. Lo que está perfectamente claro en la sección n.º 22 de la Audiencia Provincial de Madrid no tiene nada que ver con el criterio que mantiene la sección 12.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona y, a su vez, muchas cuestiones resueltas por esta última sección están en contradicción con lo resuelto por la otra sección de familia de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Algo no funciona bien. Los abogados no pueden estar pendientes de que la demanda corresponda a un juzgado o a otro, o que la apelación se tramite en una sección determinada de la Audiencia, ya que si corresponde a otra el criterio es distinto. Es cierto que todas las tesis pueden sostenerse jurídicamente, si los hijos son mayores de edad y, por tanto, tienen capacidad suficiente deben ser ellos quienes se allanen o se opongan a la petición de extinción de alimentos del padre. Pero claro, como aún continúan en el domicilio familiar y el pleito matrimonial sólo se sigue entre el marido y la mujer, también parece sensato dirigir la demanda sólo contra el progenitor que convive con los hijos mayores de edad.

La seguridad jurídica exige que, en cuestiones básicas y elementales, todos los juzgados y tribunales mantengan el mismo criterio. Para conseguir esto caben dos opciones: que el legislador se entere de los problemas que se plantean en la práctica y resuelva de una vez por todas las controversias mediante una modificación en la ley o que el Tribunal Supremo a través de su jurisprudencia zanje la cuestión.

Descartada la primera de las opciones por razones obvias —no se necesita mayor comentario después de leer la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la que queda sin resolver la legitimación de los hijos mayores de edad dentro del proceso matrimonial—, la solución pasa por que el Tribunal Supremo a través de su jurisprudencia unifique los criterios. Y efectivamente así ha sucedido, por ejemplo, con el tema de la pensión compensatoria. Después de la STS de 2 de diciembre de 1987, todos sabemos que no se puede fijar una pensión compensatoria de oficio ya que se trata de una medida de derecho dispositivo de las partes y que, por tanto, exige petición expresa por el cónyuge al que la separación o divorcio le produzca un desequilibrio económico. Seguro que si no se hubiese dictado esta sentencia aún podríamos leer alguna sentencia fijando una pensión compensatoria sin previa petición de parte.

A tenor de lo establecido en el apartado j) de la disposición adicional quinta de la Ley 30/1981, de 7 de julio, sólo el Ministerio Fiscal estaba

legitimado para interponer el recurso de casación en interés de ley en asuntos matrimoniales y la verdad que en pocas ocasiones el Ministerio Fiscal ejerció esta prerrogativa —apenas presentó una decena de recursos—. En la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, el panorama ha cambiado sustancialmente, ya que el artículo 477 posibilita que se recurran en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales cuando la resolución del recurso presente interés casacional, y se considera que tiene interés casacional cuando la sentencia recurrida resuelva puntos o cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Así pues, y con la esperanza de que el Tribunal Supremo considere que existe interés casacional en muchos temas de familia, pronto podremos ver resueltas las cuestiones que, como la que inicia este comentario, crean un estado de inseguridad jurídica.

Antonio Javier Pérez Martín

INDICE

Página

ESTUDIOS DOCTRINALES

— Hacia un planteamiento racional de la pensión compensatoria: la tabulación. <i>Jorge A. Marfil</i>	23
— La mediación familiar: panacea cuestionable. <i>Vicente Guilarte Gutiérrez</i>	29

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	47
I. Análisis constitucional de la prueba biológica en los procedimientos de reclamación e impugnación de filiación (<i>S. de 31 de mayo de 1999</i>)	47
II. Constitucionalidad del proceso seguido para el internamiento de incapaces (<i>S. de 1 de julio de 1999</i>)	50
TRIBUNAL SUPREMO	57
I. Filiación	57
1. Reclamación de maternidad	57
1.1. Desestimación de la demanda de reclamación de maternidad por falta de prueba (<i>S. de 4 de febrero de 1999</i>)	57
2. Reclamación de paternidad	59
2.1. No existencia de posesión de estado (<i>S. de 29 de octubre de 1998</i>)	59
2.2. Reclamación de paternidad. Documento extranjero (<i>S. de 6 de noviembre de 1998</i>)	62

	Página
2.3. Valoración de la prueba testifical (<i>S. de 4 de diciembre de 1998</i>)	65
2.4. Validez y eficacia de la declaración de testigos que se aportó conjuntamente con la demanda (<i>S. de 28 de diciembre de 1998</i>)	67
2.5. Valoración de la prueba (<i>S. de 2 de febrero de 1999</i>)	71
2.6. Aportación de un principio de prueba con la demanda (<i>S. de 16 de enero de 1999</i>)	72
2.7. Exclusión de la patria potestad como efecto de la declaración de paternidad (<i>S. de 2 de febrero de 1999</i>)	75
3. Impugnación de paternidad	77
3.1. Plazo de impugnación de la filiación paterna matrimonial (<i>S. de 31 de diciembre de 1998</i>)	77
II. Regímenes económicos matrimoniales	79
1 Disposición de bienes gananciales	79
1.1. Disposición de bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales (<i>S. de 31 de diciembre de 1999</i>)	79
2 Responsabilidad por deudas privativas y gananciales	82
2.1. Cauce procesal para el ejercicio de opción contenido en el art. 1373 del CC (<i>S. de 12 de enero de 1999</i>)	82
3 Liquidación de la sociedad de gananciales	88
3.1. Valoración de la vivienda de protección oficial (<i>S. de 21 de enero de 1999</i>)	88
3.2. Liquidación parcial de la sociedad de gananciales (<i>S. de 23 de diciembre de 1998</i>)	91
3.3. Derecho de atribución preferente en la liquidación de la sociedad de gananciales (<i>S. de 30 de diciembre de 1998</i>)	94
3.4. Validez del documento privado otorgado con posterioridad a la aprobación del convenio regulador (<i>S. de 21 de diciembre de 1998</i>)	96

	<u>Página</u>
4 Nulidad de capitulaciones matrimoniales	101
4.1. Nulidad de capitulaciones matrimoniales y de donación por fraude de acreedores (<i>S. de 25 de febrero de 1999</i>)	101
III. Patria potestad	104
1. Fijación de régimen de visitas (<i>S. de 10 de febrero de 1999</i>)	104
1. Privación de la patria potestad (<i>S. de 23 de febrero de 1999</i>)	106
IV. Sucesiones	108
1. Existencia de simulación en las donaciones efectuadas por el padre a favor de los hijos (<i>S. de 21 de septiembre de 1998</i>)	108
2. Donación encubierta bajo contrato de compraventa (<i>S. de 30 de diciembre de 1998</i>)	111
3. Nulidad de donación por haberse otorgado en fraude de acreedores (<i>S. de 31 de diciembre de 1998</i>)	113
V. Error judicial	117
1. Inexistencia de error judicial (<i>S. de 9 de febrero de 1999</i>) .	117
VI. Penal	122
1. Abandono de familia (<i>S. de 15 de diciembre de 1998</i>)	122
TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA	125
I. Uniones de hecho	125
1. No concesión de pensión de viudedad a conviviente supérstite de una unión de hecho (<i>TSJ MADRID, S. de 26 de enero de 1999</i>)	125

	Página
II. Indemnización del artículo 41 del Código de Familia de Cataluña	130
1. Compensación económica por razón de trabajo (<i>TSJ CATALUÑA, S. de 31 de octubre de 1998</i>)	130
III. Régimen económico matrimonial	134
1. Calificación de bienes (<i>TSJ ARAGÓN, S. de 25 de noviembre de 1998</i>)	134
IV. Sucesiones	139
1. Revocación de donación de vivienda familiar (<i>TSJ NAVARRA, S. de 29 de septiembre de 1998</i>)	139
2. Declaración de nulidad de la cláusula del testamento en la que el esposo desheredaba a la esposa. (<i>TSJ BALEARES, S. de 9 de diciembre de 1998</i>)	142
AUDIENCIAS PROVINCIALES	145
I. Causas de separación, divorcio y nulidad	145
1. Separación	145
1.1. Procede desestimar la demanda de separación por falta de pruebas. <i>AP MADRID, Sec. 22ª, S. de 9 de marzo de 1999</i>	145
2. Divorcio	146
2.1. Habiéndose opuesto uno de los cónyuges, no procede decretar el divorcio en base a la causa 4.ª del art. 86 al haber quedado acreditado que los cónyuges adquirieron bienes en común y se efectuaron transferencias mutuas de dinero. <i>AP SEGOVIA, S. de 31 de marzo de 1999</i>	146
3. Nulidad	147
3.1. No procede declarar la nulidad del matrimonio instada por el Ministerio Fiscal al no haberse acreditado la falta de convivencia posterior entre los cónyuges. <i>AP VALLADOLID, Sec. 3ª, S. de 12 de marzo de 1999</i> ..	147

	<u>Página</u>
II. Patria potestad, guarda y custodia, y régimen de visitas	149
1. Patria potestad	149
1.1. Discrepancia de los padres en cuanto al centro escolar al que debe acudir el hijo menor de edad. <i>AP VALENCIA, Sec. 3ª, Auto de 21 de febrero de 1999</i> . .	149
2. Guarda y custodia	150
2.1. Atribución de la guarda y custodia a la madre en aplicación de la regla general de experiencia de que es más favorable para su educación en estos momentos la atención materna. <i>AP HUELVA, Sec. 23ª, S. de 25 de febrero de 1999</i>	150
2.2. No es procedente fijar la guarda y custodia compartida entre ambos progenitores. <i>AP GRANADA, Sec. 3ª, S. de 11 de marzo de 1999</i>	151
3. Régimen de visitas	152
3.1. Cambio de guarda y custodia como consecuencia de la obstaculización del régimen de visitas. <i>AP HUELVA, Sec. 22ª, Auto de 23 de febrero de 1999</i>	152
III. Vivienda familiar	153
1. La madre del esposo, propietaria de la vivienda familiar puede, sin obstáculo jurídico de ninguna clase, recuperar la plena disponibilidad de sus facultades dominicales, en los términos prevenidos en los artículos 348 y ss. del Código Civil, y ello tanto durante la convivencia de los cónyuges, como tras su quiebra. <i>AP MADRID, Sec.22ª, S. de 23 de febrero de 1999</i>	153
2. La circunstancia de que un tercero conviva en el domicilio familiar con el progenitor custodio no implica que deba pagar un canon arrendaticio por tal ocupación. <i>AP MADRID, Sec. 22ª, S. de 23 de febrero de 1999</i>	154
3. La tercera persona que habita la vivienda familiar en unión de los hijos y del cónyuge no está obligado a abonar ninguna cantidad por la utilización de la misma. <i>AP ASTURIAS, Sec. 6ª, S. de 23 de abril de 1999</i>	155

	Página
4. Estando disuelta, pero no liquidada, la sociedad de gananciales, el Impuesto de Bienes Inmuebles sobre la vivienda debe hacerse efectivo al 50% entre ambos cónyuges, sin que sea obstáculo para ello que uno tenga atribuido el uso judicialmente. <i>AP CORDOBA, Sec. 1ª, S. de 22 de marzo de 1999</i> . . .	156
5. Cuando la vivienda es propiedad de ambos no cabe establecer ninguna temporalidad en la atribución del uso, sin que ello sea un hecho impeditivo para que cualquiera de los copropietarios pida la división de la cosa común. <i>AP BARCELONA, Sec. 12ª, S. de 19 de enero de 1999</i>	158
IV. Pensión alimenticia y contribución a las cargas del matrimonio	159
1. Si en el convenio regulador se fijó que la pensión alimenticia del hijo subsistiría hasta que éste alcanzase la mayoría de edad, para que éste pueda seguir recibiendo la pensión es necesario interponer un procedimiento de modificación de medidas o un procedimiento de alimentos. <i>AP ZARAGOZA, Sec. 2ª, Auto de 2 de marzo de 1999</i>	159
2. Extinguida la pensión alimenticia del hijo mayor de edad, no puede volver a solicitarla dentro del procedimiento matrimonial. <i>AP ALICANTE, Sec. 3ª, S. de 25 de febrero de 1999</i> .	160
3. La compra de libros de texto no tiene el carácter de gasto extraordinario, en cambio sí lo tiene la asistencia psicológica del menor. <i>AP MADRID, Sec. 22ª, Auto de 4 de marzo de 1999</i>	161
4. No procede declarar extinguida la pensión alimenticia de la hija mayor de edad por la circunstancia de que haya estado trabajando durante tres meses, ya que la finalidad de dicho trabajo era contribuir a sus gastos de formación. <i>AP BARCELONA, Sec. 12ª, S. de 18 de marzo de 1998</i>	161
5. Aunque no se hubiese decretado judicialmente la obligación alimenticia, aplicando la teoría del enriquecimiento injusto, procede condenar al padre a que abone a la madre la mitad del importe de los gastos de alimentación de los hijos desde que se disolvió la sociedad de gananciales hasta que fueron alcanzando independencia económica. <i>AP ASTURIAS, Sec. 6ª, S. de 16 de abril de 1999</i>	162

	<u>Página</u>
V. Pensión compensatoria	164
1. Procede fijar una pensión compensatoria en el divorcio cuando en el procedimiento de separación se fijó una pensión —que ahora se extingue— en concepto de contribución a las cargas del matrimonio. <i>AP PONTEVEDRA, Sec. 1ª, S. de 11 de marzo de 1999</i>	164
2. Pensión compensatoria concedida por un plazo de tres años. <i>AP MADRID, Sec. 22ª, S. de 2 de marzo de 1999</i>	165
3. No cabe fijar limitación temporal a la pensión compensatoria. <i>AP BARCELONA, Sec. 12ª, S. de 27 de enero de 1999</i>	166
4. No procede fijar pensión compensatoria teniendo en cuenta la joven edad de la esposa, la inexistencia de hijos, la escasa duración de la convivencia y la capacidad de la solicitante para el trabajo por cuenta ajena o propia. <i>AP LLEIDA, Sec. 1ª, S. de 19 de marzo de 1999</i>	167
5. Concesión de una pensión compensatoria a pesar de que la esposa realiza una actividad de economía sumergida. <i>AP MADRID, Sec. 22ª, S. de 19 de febrero de 1999</i>	167
6. Dentro del art. 101 del CC no cabe comprender las relaciones que aun teniendo cierta intimidad e incluso cohabitación más o menos pasajera, no tiene el carácter similar al conyugal, cual es carecer de unión regular con comunicación personal y de intereses. <i>AP BARCELONA, Sec. 12ª, S. de 27 de enero de 1999</i>	168
7. Procede declarar extinguida la pensión compensatoria cuando ha quedado acreditado que la esposa ha mantenido y mantiene con otra persona una convivencia y unión afectiva o sentimental que va más allá de las esporádicas estancias, la buena amistad o la relación de noviazgo que ella misma reconoce. <i>AP VALLADOLID, Sec. 1ª, S. de 18 de marzo de 1999</i>	170
VI. Cuestiones procesales	171
1. Teniendo en cuenta la residencia de los cónyuges en distintas ciudades, la competencia para el conocimiento de la demanda de separación la tiene el juzgado del domicilio en el que se encuentra el mobiliario familiar y la ropa personal de la esposa demandada, y donde el menor asistió con regularidad a la guardería. <i>AP JAÉN, Sec. 1ª, S. de 25 de febrero de 1999</i>	171

	Página
2. No procede declarar la nulidad del emplazamiento practicado en el domicilio de la madre del demandado que, debido a su profesión, no tenía domicilio fijo. <i>AP MADRID, Sec. 22ª, S. de 23 de marzo de 1999</i>	172
3. La aportación como prueba de la agenda en la que la esposa anotaba los ingresos obtenidos por las consultas atendidas en el ejercicio de su profesión en el domicilio familiar no supone una intromisión en su intimidad ni infringe el art. 18 de la CE. <i>AP MADRID, Sec. 22ª, S. de 20 de marzo de 1999</i> ...	174
4. No cabe solicitar en el acto de la vista la nulidad de actuaciones por quebrantamiento de las formas esenciales en el juicio, ya que ello debió efectuarse en el escrito en el que la parte quedaba instruida para la vista. <i>AP BARCELONA, Sec. 12ª, S. de 15 de enero de 1999</i>	175
VII. Ejecución de sentencias	176
5. La inscripción de la sentencia de divorcio en el Registro Civil francés no puede efectuarse de oficio por el juzgado que dictó la resolución, sino que es la parte interesada la que debe solicitar el exequátur en el país correspondiente. <i>AP MADRID, Sec. 22ª, Auto de 22 de marzo de 1999</i>	176
6. La pensión alimenticia fijada en el auto de medidas provisionales debe abonarse desde la fecha en que se rompe la convivencia en razón de las medidas acordadas <i>AP ZARAGOZA, Auto de 1 de marzo de 1999</i>	177
7. Habiéndose acordado que la pensión compensatoria se actualizaría conforme a la variación de los ingresos del obligado al pago, no especificándose si se trata de ingresos brutos o netos, según corriente jurisprudencial asentada hay que entender que se trata de los ingresos brutos. <i>AP MADRID, Sec. 22ª, Auto de 12 de marzo de 1999</i>	178
8. Cuando las hijas mayores de edad continúan conviviendo en el domicilio familiar es ineficaz el acta notarial en que las mismas renuncian a la pensión alimenticia. <i>AP BARCELONA, Sec. 12ª, S. de 25 de enero de 1999</i>	179
9. La pensión alimenticia hay que abonarla mensualmente con independencia del régimen de estancia de los hijos con el progenitor no custodio. <i>AP MADRID, Sec. 22ª, Auto de 26 de febrero de 1999</i>	180

	<u>Página</u>
VIII. Regímenes económicos matrimoniales	180
1. La opción del art. 1373 no puede ejercitarse después de haber transcurrido dos años desde que el cónyuge no deudor tuvo conocimiento de la existencia del embargo. <i>AP BADAJOZ, Sec. 1ª, S. de 23 de marzo de 1999</i>	180
2. Disuelta la sociedad de gananciales surge una comunidad postganancial que se rige por las normas de la comunidad ordinaria, siendo improcedente que en la sentencia se fijen normas de administración de un inmueble —que no constituye vivienda familiar— aplicando las normas de la sociedad de gananciales. <i>AP GRANADA, Sec. 3ª, S. de 16 de marzo de 1999</i>	182
3. La indemnización percibida por el esposo por su cese en la relación laboral tiene carácter ganancial, ya que la misma se causó con motivo del trabajo efectuado por el esposo durante el matrimonio. <i>AP BARCELONA, Sec. 12ª, S. de 11 de enero de 1999</i>	183
4. Procede declarar la nulidad de la liquidación de la sociedad de gananciales y de las capitulaciones matrimoniales cuando las mismas se otorgaron para perjudicar la legítima de los herederos. <i>AP ASTURIAS, Sec. 4ª, S. de 23 de marzo de 1999</i>	184
5. Existiendo como único bien ganancial la vivienda familiar, para su liquidación procede la venta en pública subasta, sin perjuicio de que sigan vigentes las cargas y gravámenes que sobre la misma pesan. <i>AP BARCELONA, Sec. 12ª, S. de 4 de enero de 1999</i>	185
IX. Procedimientos de menores	186
1. No procede reintegrar la menor a la custodia de la madre cuando ésta admite no estar completamente curada de su enfermedad, siguiendo tratamiento médico, y estando sometida a revisiones periódicas. <i>AP GRANADA, Sec. 4ª, Auto de 23 de marzo de 1999</i>	186
2. Transformación de la guarda de hecho en acogimiento tras la privación de la patria potestad a los padres de la menor. <i>AP ÁLAVA, Sec. 1ª, S. de 25 de enero de 1999</i>	187

	Página
3. No fijación de régimen de visitas a favor de los padres biológicos en base a que las mismas no serían beneficiosas para la evolución del menor que lleva tres años en acogimiento preadoptivo. <i>AP ZARAGOZA, Sec. 4ª, Auto de 4 de enero de 1999</i>	190
X. Filiación	190
1. Si ha prescrito la acción de impugnación de paternidad, aún cuando de la prueba biológica se desprenda que el actor no es el padre del menor, éste tiene la obligación de seguir abonando la pensión alimenticia. <i>AP LAS PALMAS, Sec. 2ª, S. de 29 de enero de 1999</i>	190
2. No es prueba suficiente para determinar la paternidad una fotografía dedicada, una testifical parcial y no coincidente, y unas supuestas llamadas telefónicas al domicilio de los padres de la madre y abuelos de la menor. <i>AP CORDOBA, Sec. 1ª, S. de 15 de marzo de 1999</i>	191
XI. Uniones de hecho	193
1. En los supuestos de convivencia de hecho “more uxorio” cabe reconocer derechos de índole patrimonial a la parte que, al extinguirse aquella, resulte más desfavorecida. <i>AP CIUDAD REAL, Sec. 2ª, S. de 15 de marzo de 1999</i>	193
2. A través del procedimiento de jurisdicción voluntaria solo pueden ventilarse la guarda y custodia del menor, el régimen de visitas y la pensión alimenticia. <i>AP ASTURIAS, Sec. 4ª, S. de 30 de marzo de 1999</i>	194
XII. Temas penales	195
1. El no solicitar una modificación de medidas es indicio de que no se ha producido cambio alguno en las circunstancias que le llevaron al denunciado a asumir la obligación alimenticia. <i>AP MADRID, Sec. 6ª, S. de 9 de marzo de 1999</i>	195
2. Procede condenar al denunciado por el delito de impago de pensión cuando siendo socio y gestor de una empresa familiar que es fuente de ingresos y beneficios no ha abonado la pensión durante más de un año y medio. <i>AP SEVILLA, Sec. 3ª, S. de 30 de abril de 1999</i>	196

	<u>Página</u>
3. Al no haberse puesto en conocimiento del juzgado la alegada reconciliación entre los cónyuges no perdieron eficacia las medidas acordadas en el procedimiento de separación, por lo que acreditado el impago, procede condenar al denunciado por un delito de impago de pensiones. <i>AP MADRID, Sec. 4ª, S. de 5 de marzo de 1999</i>	196

RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.

1. Separación, divorcio y nulidad	201
1.1. Procede acceder al reconocimiento de la sentencia de divorcio dictada por un tribunal alemán si bien no procede reconocer el particular relativo a la delegación exclusiva de la patria potestad a la madre alemana, ya que dicho pronunciamiento está en contradicción con el ejercicio conjunto que se acordó en la sentencia de separación dictada en nuestro país. <i>R. de 21 de diciembre de 1998</i>	201
2. Filiación	203
2.1. Cuando aún no hayan transcurrido los 300 días desde la separación fáctica de los cónyuges procede inscribir al menor con la filiación paterna y materna de ambos cónyuges, sin que las manifestaciones en contra de estos sea suficiente para la no determinación de la filiación paterna. <i>R. de 10 de octubre de 1998</i>	203
2.2. Cuando en la inscripción de filiación consta una filiación paterna y materna desconocida, no existe ningún obstáculo para que por vía de reconocimiento ante el Encargado del Registro queden determinadas dichas filiaciones. <i>R. de 14 de octubre de 1998</i>	205

	Página
2.3. Procede inscribir el auto de adopción aun cuando no se haga constar en su parte dispositiva la filiación de los adoptantes, si al mismo se acompaña comunicación oficial dirigida al Registro Civil por el propio Juez que ha aprobado la adopción, especificando las menciones de identidad de los adoptantes. <i>R. de 17 de diciembre de 1998</i>	206
3. Regímenes económicos matrimoniales	208
3.1. El objeto del embargo cuando la traba se contrae a los derechos que puedan corresponder a un cónyuge en bienes gananciales singulares carece de verdadera sustantividad jurídica; no puede ser configurado como un auténtico objeto de derecho susceptible de una futura enajenación judicial. En cambio, no sucede lo mismo cuando el objeto del embargo es la cuota global que el deudor tiene en la sociedad de gananciales. <i>R. de 9 de octubre de 1998</i>	208
3.2. Diferentes consecuencias registrales del embargo de bienes concretos pertenecientes a la sociedad de gananciales disuelta pero no liquidada y del embargo de la cuota que pueda corresponder al demandado en la futura liquidación. <i>R. de 10 de octubre de 1998</i>	211
3.3. Aunque no existe obstáculo para que con ocasión de la liquidación de la sociedad de gananciales los cónyuges puedan transmitirse bienes privativos, es necesario su adecuado reflejo documental, a fin de posibilitar la inscripción, siendo preciso plasmar nítidamente, en el correspondiente documento, los contratos y negocios realizados con todos sus elementos esenciales. <i>R. de 16 de octubre de 1998</i>	214
3.4. Denegación de la inscripción de una escritura judicial de venta de un inmueble respecto a la parte indivisa que pertenece a un demandado —comerciante— casado en gananciales, al desconocerse las facultades de codisposición que al cónyuge no demandado correspondían sobre el bien. <i>R. de 27 de noviembre de 1998</i>	218

	Página
4. Sucesiones	223
4.1. No existe contraposición de intereses entre la viuda y el hijo menor de edad cuando regía entre los esposos el régimen de separación de bienes y se procede a la adjudicación de un único bien, mediante creación de una cotitularidad en proporción a las cuotas hereditarias de cada adjudicatario. Será la extinción de esta cotitularidad la que pudiera hacer preciso, si se produjere bajo la minoría de edad de la heredera, el nombramiento de defensor. <i>R. de 6 de noviembre de 1998</i>	223
4.2. Denegación de inscripción de una escritura de liquidación de sociedad de gananciales y partición de herencia al haberse detectado una transmisión de parte de un bien privativo a favor de los herederos, y ello hasta tanto no se exteriorice debidamente el completo negocio celebrado que justifique jurídicamente el resultado pretendido. <i>R. de 18 de noviembre de 1998</i>	226

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

— Mapa jurídico comunitario y español en materia de derecho de familia. <i>Mayte Echezarreta Ferrer</i>	233
---	-----

DERECHO COMPARADO

— Efectos civiles en la Unión Europea de las decisiones canónicas de nulidad matrimonial. <i>Rafael Rodríguez Chacón</i>	265
--	-----

TRIBUNA ABIERTA

- Punto de encuentro. Una solución eficaz para el cumplimiento del régimen de visitas 309

CRÓNICA LEGISLATIVA

- Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos 321
- Acuerdos del Consejo General del Poder Judicial 323

PUBLICACIONES Y NOTICIAS

- Publicaciones y Noticias 329

ESTUDIOS DOCTRINALES

HACIA UN PLANTEAMIENTO RACIONAL DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA: LA TABULACIÓN

JORGE A. MARFIL

Abogado

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. MÍNIMOS DATOS DEL DERECHO COMPARADO

III. OTROS ANTECEDENTES

IV. PRESUPUESTOS

V. TRES EJEMPLOS AL AZAR

1. Matrimonio contraído el 9 de julio de 1976 que presenta la demanda el 30 de noviembre de 1995.
2. Matrimonio contraído el 7 de mayo de 1982 que presenta la demanda el 10 de noviembre de 1998..
3. Matrimonio contraído el 5 de noviembre de 1992 que presenta la demanda el 30 de marzo de 1998.

VI. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

Tabular significa organizar, estructurar. Se tabulan los pesos, las medidas, los impuestos, y el ciudadano conoce *a priori* lo que tiene que pagar, lo que puede o no hacer y con qué resultados, con qué consecuencias. La tabulación expresa valores, magnitudes u otros datos por medio de tablas, que todo el mundo conoce.

Hoy, tras 18 años de la puesta en vigor de la reinstaurada e impropriamente conocida por “Ley del Divorcio”, y en lo que concierne a uno de sus pilares básicos —la pensión compensatoria— el justiciable se encuentra tan al albur de la discrecionalidad judicial, tan falto de tabulación, que el principio de seguridad jurídica queda muchas veces hecho trizas en los más de los Órganos Judiciales que resuelven litis matrimoniales. Aún peor: con nuestra regulación actual, y en base al principio de legalidad, el tema no puede tener solución si no se tabula, de ahí que pueda constatar, en base a mi experiencia profesional, la obtención de sentencias en las que a una esposa joven (30 años) tras dos de matrimonio se le ha concedido una pensión indefinida, y a otra —tras quince— sólo cinco de percepción. O un mismo divorcio tramitado en Madrid, Zamora o Cádiz, con análogos circunstancias temporales y económicas, ha recibido tres soluciones diferentes en su fundamentación y fallo. ¿Cuál era la acertada?, ¿qué marido tuvo más/menos suerte?

No voy a hacer un excursus ideológico por más que el tema me tienta; parto de la base de lo lamentable de la propia institución, pero no atisbo soluciones que eviten el pago de las compensatorias, y como parece no haberlas, es por lo que quiero reflexionar en voz alta con quienes como yo estamos ante una ruleta constante, a fin de presentar una posible solución que reduciría riesgos y, sobre todo, vendría a aportar solidez y confianza al incuestionable principio de seguridad jurídica, de todo punto insoslayable en nuestro sistema. Se trata, digámoslo ya, de tabular la pensión compensatoria, propiciando el que su futuro acreedor-receptor, y el deudor-pagador, sepan de antemano cuánto tiempo va a pagarla, cuánto tiempo va a recibirla.

II. MÍNIMOS DATOS DEL DERECHO COMPARADO

La corriente más desarrollada en los países nórdicos europeos señala que la pensión compensatoria difícilmente supera los 2, 3 años de pago. Semejante alcance sólo se entiende en naciones en las que el trabajo de la mujer, la igualdad real entre los sexos, la ausencia de paternalismo y otros muchos signos culturales son tan evidentes como distantes de la realidad hoy en nuestro país. Los últimos pasos en Italia van también por esa dirección, por lo que de no tomar decisiones legislativas de fondo en España, dando auténtica efectividad

al art. 14 de nuestra Constitución, podremos seguir siendo una nación realmente alejada de nuestro entorno.

III. OTROS ANTECEDENTES

Es verdad que nuestra reinstauración del Divorcio en el año 1981 es demasiado reciente; es verdad también que en sus inicios había que impartir justicia material a matrimonios de mucha duración con esposas dedicadas durante lustros a cuidar de su familia. Pero en una sociedad postindustrial, en el marco de la Comunidad Europea, mantener inmodificada la pensión compensatoria y hacer una interpretación restrictiva del art. 101 del Código Civil resulta cuando menos aberrante desde el punto de vista de la justicia distributiva, y no menos reaccionario desde el enfoque del urgente progreso social y solidario.

Celebré hace años (1989) la primera Sentencia en la que por fin un Tribunal era capaz de poner límites a esta pensión. A aquella resolución emanada de un Órgano Judicial del País Vasco han seguido cientos, miles ya, en las que con mayor o menor fortuna se ha acotado la voracidad desatada de muchos cónyuges. La temporalidad vino a poner algún sentido común en lo que hasta entonces había sido una condena para tantos deudores. Con la temporalidad se le dio una vuelta de tuerca a nuestros artículos 97 y 101 del Código Civil, propiciando un mayor contenido y alcance del 7 del mismo texto. Pero no se solucionó el problema porque cada Juez, cada Audiencia, tenía y sigue teniendo un criterio, y así como hubo algún Magistrado que se negó en 1981 a dictar Sentencia decretando un divorcio —por motivos confesionales propios— también ocurre hoy que algún Juez muy conservador o por el contrario muy progresista, o que haya sufrido en sus carnes un pleito matrimonial belicoso —todo ello lo hemos vivido— podrá dictar una resolución radicalmente distinta a otras conseguidas en circunstancias análogas, como ya dije antes.

Por todas estas razones y otras muchas que harían interminable esta reflexión, y sin entrar en el *quantum* porque ello sería irregulable de antemano y sólo competencia de la discreción judicial, es por lo que propongo la pensión compensatoria tabulada que seguidamente desarrollo, entendiéndolo que con ello se propiciará la seguridad jurídica, principio que debe presidir toda acción judicial, así como que los cónyuges sabrán de antemano cuál es el alcance de su derecho/obligación, evitando un sinfín de apelaciones infundadas o extravagantes. Por tanto, de la misma forma que un empleado que cesa en su trabajo sabe de antemano el importe de su liquidación y los meses en los que va a recibir una prestación —por haber sido tabulado previamente— una esposa sabrá de antemano el tiempo que va a percibir su pensión compensatoria.

IV. PRESUPUESTOS

Son presupuestos básicos para la comprensión de cuanto sigue:

1. Me refiero al matrimonio constituido por cónyuge ocupado en tareas doméstico-familiares exclusivamente, cuya pareja trabaja y trae a la casa el fruto de su ocupación, que siguen siendo legión en España. No entro por tanto, no puedo entrar, en aquellos matrimonios que aportan al hogar común sus sueldos respectivos.
2. Queda a salvo e inmutable el art. 101 del Código Civil, aplicable cuando la circunstancia así lo exija.
3. La tabulación que propongo supone un porcentaje a aplicar para la percepción de la pensión compensatoria en virtud del tiempo real del matrimonio, tomándose como primer mes aquel en que se ha contraído, y el último el correspondiente al de la presentación de la demanda —ruptura real de la pareja— por lo que las dilaciones indebidas y apelaciones injustificadas supondrán fraude procesal y abuso por parte del o de la reclamante, que naturalmente conllevará la condena en costas.
4. La fracción resultante al aplicar el porcentaje que resulte se cerrará por elevación (ejemplo: 153,6 meses serán 154 meses).
5. El incremento en el porcentaje es progresivo como puede verse: a mayor tiempo de convivencia matrimonial corresponderá mayor número de meses de percepción de la pensión.

Y dicho esto someto a la consideración del especialista en Derecho de Familia la tabla siguiente:

GRUPO	A	B	C	D	E	F	G
Tiempo de convivencia	De 0 a 4 años	De 5 a 9 años	De 10 a 14 años	De 15 a 19 años	De 20 a 24 años	De 25 a 29 años	30 años en adelante
Porcentaje a aplicar	16% (+10)	26% (+12)	38% (+14)	52% (+15)	67% (+16)	83% (+17)	100%

V. TRES EJEMPLOS AL AZAR

1. **Matrimonio contraído el 9 de julio de 1976 que presenta la demanda el 30 de noviembre de 1995**

Tiempo de convivencia: 232 meses.

Pertenecerá al grupo E.

Cálculo del tiempo de percepción: $232 \times 67\% = 155,4$, es decir, 156 meses.

Por tanto, el cónyuge M que ha convivido 232 meses (19 años y 4 meses) percibirá una pensión durante 156 meses, es decir, *13 años justos*.

2. **Matrimonio contraído el 7 de mayo de 1982 que presenta la demanda el 10 de noviembre de 1998**

Tiempo de convivencia: 199 meses.

Pertenece al grupo D.

Cálculo del tiempo de percepción: $199 \times 52\% = 103,4$, es decir, 104 meses.

El cónyuge, al interponer la demanda, ya sabe que por sus 199 meses de convivencia (16 años y 7 meses) recibirá una pensión durante *8 años y 8 meses*.

3. **Matrimonio contraído el 5 de noviembre de 1992 que presenta la demanda el 30 de marzo de 1998**

Tiempo de convivencia: 67 meses.

Pertenece al grupo B.

Cálculo del tiempo de percepción: $67 \times 26\% = 17,42$, es decir, 18 meses.

Por tanto, el cónyuge que ha convivido 67 meses (5 años y 7 meses) sabe que percibirá una pensión durante 18 meses, es decir, *año y medio*.

VI. CONCLUSIONES

1. No voy a reiterar argumentos con los que coincido plenamente: que la pensión compensatoria no puede transformarse en una suerte de condena o hipoteca indefinida para el que está obligado a pagarla; que todos somos iguales ante la Ley (art. 14, CE) y que el beneficiario de la misma —por su propia autoestima y dignidad— debe buscar su sustento y autonomía, etc., etc., toda vez que son fundamentos creciente y felizmente aplicados en nuestra llamada Jurisprudencia menor.

2. La agrupación que expongo, de cuatro en cuatro años —a excepción del grupo G— es naturalmente arbitraria, libérrima, pero se ha hecho en base a docenas de Sentencias consultadas. Plantearlo de ocho en ocho años, por ejemplo, sería introducir en una misma franja a cónyuges que han convivido 96 meses con otros que han permanecido juntos el doble. Cito a vuelapluma dos Sentencias, entre tantas otras, que bien hubieran podido dictarse con base en esta tabulación: la de 23 de febrero de 1994 de la Audiencia Provincial de Vizcaya, en la que a la esposa se le fijó pensión durante ocho años (96 meses) y que según mi exposición hubiera recibido 93, o la de la Audiencia Provincial de Zamora, de 20 de junio de 1996, por la que percibiría pensión cinco años (60 meses), frente a los 64 que según el proyecto que expongo le hubiera sido doble.

3. El abanico de posibilidades, la casuística, es inmensa, inabarcable. No puede ser igual la aplicación a una mujer que cuenta con estudios superiores pero que se ha transformado en ama de casa, frente a otra con una formación elemental; será difícilmente contemplable una previa separación de hecho más o menos larga, sin una buena prueba; no es lo mismo solicitar la Separación con 30 años de edad que con 60, aunque la duración del matrimonio haya sido la misma; distinta disposición tendrá un perceptor de pensión en buen estado de salud frente a quien sufra una enfermedad crónica... Vendrán entonces los índices correctores necesarios que afinen y adecúen los casos concretos.

Pero había que buscar un punto de partida, una base mínima desde la que ir configurando un modo objetivo de resolver situaciones subjetivas, siempre únicas e irrepetibles. Con esa finalidad se han escrito estas líneas.

LA MEDIACIÓN FAMILIAR: PANACEA CUESTIONABLE (*)

VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ

Catedrático de Derecho Civil

Abogado

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO INICIAL**
- II. LAS VENTAJAS ABSTRACTAS DE LA MEDIACIÓN**
- III. EL PRESUPUESTO MÍNIMO DE LA MEDIACIÓN: LA VOLUNTARIEDAD DEL ACCESO A ESTE MEDIO DE SOLVENTAR EL CONFLICTO FAMILIAR**
- IV. LOS CONCRETOS PROBLEMAS PARA LA INSTAURACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO: PLANTEAMIENTO GENERAL**

(*) El presente trabajo es, prácticamente, el reflejo gráfico de mi intervención oral en el Curso de Mediación Familiar auspiciado por el C.G.P.J. y magníficamente organizado, dirigido y participado por doña Ana Carrascosa, Magistrada titular, por aquel entonces, del Juzgado de Familia de Valladolid. Evito por ello, salvo en lo imprescindible, las referencias bibliográficas. Asimismo, por la razón inicialmente expuesta, debe valorarse que la estructura y expresión de la Ponencia está pensada para su desarrollo oral en términos que hubieran propiciado que el viento dispara los vestigios de una intervención con la que el catecúmeno se acerca, osadamente, a una institución que desconoce.

- V. **LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS A LA SOLUCIÓN JUDICIAL DE LOS CONFLICTOS: SU ESCASA VIRTUALIDAD**
1. **El acto de conciliación.**
 2. **La comparecencia del art. 692 de la LEC.**
 3. **El arbitraje.**
 4. **El convenio de separación o divorcio alcanzado de mutuo acuerdo.**
- VI. **LA SOBREDIMENSIONADA ESTRUCTURA PERSONAL DE NUESTRO SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y SU ENTORNO**
- VII. **LA RELATIVA UTILIDAD EJEMPLAR DE LA EXPERIENCIA COMPARADA**
- VIII. **UNA DIFICULTAD AÑADIDA A LA MEDIACIÓN: LA COMPLEJIDAD DEL SISTEMA DE LIQUIDACIÓN DE LOS RÉGIMENES CONSORCIALES**
- IX. **EL EFECTO REBOTE**
- X. **SOLUCIONES ALTERNATIVAS O COMPLEMENTARIAS DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR**
1. **La clarificación de los procesos familiares.**
 2. **La clarificación normativa de diversos aspectos sustantivos de la regulación de la crisis familiar.**
 3. **La opacidad tributaria propiciada por la Administración.**
 4. **El abaratamiento del coste de los procesos de disociación conyugal.**
- XI. **CONCLUSIÓN**
-

I. PLANTEAMIENTO INICIAL

Inicio esta exposición poniendo sobre aviso al lector de mi escasa cualificación para valorar una institución de nuevo cuño —la mediación familiar— que me es relativamente ajena, en especial en su dimensión práctica. Ocurre, sin embargo, que tal condición es necesariamente común a la práctica totalidad de

quienes abordan el tema permitiendo de esta manera la expresión de argumentos a menudo puramente viscerales que, sin embargo, pueden resultar legítimos en estos balbuceantes momentos de gestación dogmática de un nuevo instituto jurídico. Es de subrayar, consecuentemente, que el presente comentario se efectúa desde una perspectiva absolutamente ajena al derecho positivo, todavía inexistente. El art. 79 del Código de Familia Catalán ⁽¹⁾ aún no ha encontrado desarrollo en una Ley de Mediación de la cual solo tenemos un Proyecto de Ley al que efectuaremos alguna remisión a lo largo de estas líneas.

A la vez subrayaré, como guía de mi ulterior discurso, que me enfrento al tema desde una perspectiva crítica para con una corriente de encariñamiento filial hacia un *nasciturus* que se considera, a mi entender precipitadamente, potencial redentor de la conflictividad familiar y de sus distorsiones jurisdiccionales ⁽²⁾. Dudo que en nuestro sistema encaje plenamente la mediación familiar que, en cualquier caso, entiendo no va a ser la panacea para limar todas las aristas de nuestro derecho matrimonial.

Por ello, frente a la osadía de más de uno, es absolutamente recomendable que nos refugiemos en las conclusiones de quienes con una larga experiencia científica en el tema nos han puesto sobre aviso de la especial sensibilidad de la mediación para pasar de ser un instrumento útil a convertirse en un codiciado botín cuya razón de ser obedece no tanto al interés en potenciar la solución amistosa de los conflictos familiares como al de trasladar a la órbita competencial de otros profesionales lo que, hasta ahora, resultaba ser coto cerrado de un determinado colectivo.

(1) Establece dicho art. 79.2: “*Si dadas las circunstancias del caso, la autoridad judicial considera que los aspectos indicados en el art. 76 aún pueden ser resueltos mediante acuerdo, puede remitir a las partes a una persona o entidad mediadora con la finalidad de que intenten resolver las diferencias y que presenten una propuesta de convenio regulador, a la que, en su caso, se aplica lo dispuesto en el art. 78*”. Curiosamente, el Proyecto de Ley de Mediación Familiar que publica el Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña de fecha 29 de marzo de 1999 se muestra escasamente respetuoso con dicho precepto pues en su art. 14, que se epigrafió “*Inicio de la función mediadora*”, se indica que la mediación se puede iniciar a petición de los miembros de la pareja, de común acuerdo, o a instancia de una de las partes, sin contemplar para nada que la iniciativa surja del propio Juez.

(2) La irrupción de la mediación en nuestro entorno no solo alcanza a la mediación familiar sino también a la mediación en el ámbito de la justicia penal. Resulta significativo en tal sentido que un artículo sobre “*Mediación y Justicia penal*” haya resultado ganador del premio Antonio Maura de textos jurídicos para colegiados del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, siendo su autor Valentín Javier Sebastián Chena. Puede verse su contenido en Otrosí, Revista de dicho Colegio, n.º 4, mayo de 1999.

II. LAS VENTAJAS ABSTRACTAS DE LA MEDIACIÓN

Con tal planteamiento inicio mi análisis que apriorísticamente podemos adjetivar de contrario a la mediación familiar. Obviamente no soy tan temerario como para cuestionar, desde una perspectiva teórica, la superioridad de la mediación como modo de evitar polémicas, o de solventar los conflictos ya existentes, frente a la judicialización de los mismos. Resulta axiomáticamente cierto que la solución judicial del conflicto familiar nunca determinará la satisfacción del interés de ambos contendientes a diferencia de la composición de intereses a la que pretende acceder la técnica de la mediación. Esta apreciación bastaría, por sí sola, para concluir la bondad del instituto frente a la tradicional forma de solución jurisdiccional de la disociación familiar.

Pero tal razón no es la única que determina la natural proclividad hacia la mediación. Abundando en ella diremos que se ha reiterado, y me limito a reproducirlo, que la reconciliación —en la medida en que puede hablarse de ello si se convienen paccionadamente las medidas secuentes a la disociación matrimonial— redundará en beneficio de la comunidad reduciendo el nivel de tensiones hasta un grado inalcanzable por medio del funcionamiento del sistema judicial contencioso.

Paralelamente, aunque tal efecto sí que resulta mucho más lejano, la resolución de conflictos por esta vía puede llegar a ser un alivio ante la sobrecarga que —como reiteradamente nos cuentan— abruma a los titulares de los órganos de la jurisdicción.

Por último, en este planteamiento introductorio tampoco cabe dudar de que el ideal de justicia que los destinatarios de la norma anhelan quiere hoy reconducirse a cauces distintos de los que hasta ahora sirven a la solución judicial de los procesos. El ideal vuelve a ser la equidad y la razón natural despreciadas por un sistema jurídico que, en palabras de Don Rigoberto, protagonista de la fábula de Vargas Llosa, es “*una intrincada selva donde los técnicos en enredos, intrigas, formalismos y casuismos harán siempre su agosto*”.

Sin embargo, también desde un primer momento, ha de contrapesarse el que la hipotética implantación de la mediación, como técnica de solventar conflictos, debe guardar un ponderado equilibrio con los principios básicos de nuestro estado de derecho que, aunque hoy nos parecen naturales, han sido resultado de un esfuerzo costoso. Tal afirmación propicia que cualquier regulación del instituto haya de respetar unos mínimos que, como a continuación detallo, pueden reconducirse a la necesidad de que se salvaguarde absolutamente el derecho a la tutela jurisdiccional. Respeto exigente de un exquisito celo en la salvaguarda de la libertad y autonomía de cada uno de los cónyuges para acceder, o no, a la solución mediada de su conflicto.

III. EL PRESUPUESTO MÍNIMO DE LA MEDIACIÓN: LA VOLUNTARIEDAD DEL ACCESO A ESTE MEDIO DE SOLVENTAR EL CONFLICTO FAMILIAR

Como queda dicho, y es sobradamente conocido sin necesidad de un amplio discurso, nuestro ordenamiento, esencialmente tras la Constitución, camina por rumbos escasamente previsores de una solución alternativa a los conflictos entre particulares: así debemos concluirlo tras la firme entronización del principio de legalidad en el art. 9 de la C.E. y del derecho a la tutela judicial efectiva y sus connotaciones del art. 24 de la C.E. Ideas que, por otro lado, se postulan como ejes de nuestro sistema a modo de reacción y garantía contra los excesos del autoritarismo y libre aplicación del derecho propios del régimen anterior. Incluso se ha dicho por MONTERO AROCA que *“cualquier intento de privar a los ciudadanos del derecho al proceso debe entenderse inconstitucional”*.

La reflexión anterior debe llevarnos, como principio inderogable sobre el cual estructurar cualquier intento de disciplinar la mediación, a considerar la necesaria voluntariedad para acceder o no a ella por parte de los esposos en conflicto. Y esto es así hasta el punto de que entiendo válida la afirmación de que la mediación cuanto más voluntaria más justa resultará. Con ello se evitará que de alguna manera, al imponerse desde la norma, directa o indirectamente, la necesidad de pasar por tal trámite pueda suponer una brecha en los superiores principios de legalidad y tutela judicial efectiva.

Todo ello me permite cuestionar desde un primer momento aquellos sistemas de mediación preceptiva, reflejados insistentemente en el derecho norteamericano, absolutamente incompatibles con nuestra realidad sociológica y constitucional, aunque pueda exponerse por los defensores a ultranza de la mediación la bondad estadística de tal entendimiento de las cosas. Tampoco la estadística es, en el ámbito familiar, una ciencia que deba deslumbrarnos: estadísticamente si el marido dispone de un pollo y la mujer no lo prueba ambos han comido medio pollo.

Asimismo, por referencia a sistemas que, geográficamente al menos, nos son más próximos, tampoco son admisibles, a mi entender, situaciones como las que derivan de la Sec. 29 de la *Family Law Act* inglesa de 1996, implantadora de la mediación en el Reino Unido, en cuya virtud se deniega la justicia gratuita en el ulterior trámite contencioso a quienes la oportuna Comisión que la concede considere que no han realizado el necesario esfuerzo para someter a mediación la solución del conflicto.

En definitiva, cualquier regulación de la mediación debe pasar por el requisito respeto a la libertad de los cónyuges para someterse a ella y, consecuen-

temente, concluirse la perversidad de todo método —más perverso cuanto más sutil sea— que constriña en tal sentido la voluntad de los esposos. Y mucho más si lo hace respecto de uno solo de ellos —el más débil económica o anímicamente— obligándole indirectamente a encontrar una solución mediada a su conflicto familiar que él quiere resolver contenciosamente.

En este sentido tanto el inicial Borrador de Proyecto de Ley de Mediación como el actual Proyecto, publicado en el Boletín del Parlamento Catalán de 29 de marzo de 1999 (arts. 3 y 9, respectivamente), sientan como primero de los principios de la mediación familiar el de su voluntariedad que, acertadamente, incluye el que ambas partes pueden dar por acabado en cualquier momento el proceso de mediación ⁽³⁾. Texto mucho más certero que el tibiamente recogido en la Recomendación n.º R(98) 1.º del Consejo de Europa.

IV. LOS CONCRETOS PROBLEMAS PARA LA INSTAURACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO: PLANTEAMIENTO GENERAL

El objetivo de la presente Ponencia es, esencialmente, el de cuestionar, desde una perspectiva constructiva, la manera de plasmar el instituto de la mediación en nuestro sistema jurídico-familiar, hoy claramente deficitario. En este sentido mis reticencias, inicialmente expuestas, van dirigidas a que tal deseo pueda verse reflejado en una normativa cuya aplicación mejore las actuales distorsiones del sistema. Dicho en otros términos quizás existan alternativas a la mediación con las que solventar las actuales disfunciones.

(3) Los restantes principios en que se asienta la mediación familiar, desarrollados en el Capítulo II del Proyecto (arts. 9 a 13) son los de imparcialidad, confidencialidad, posibilidad de solicitar auxilio o asesoramiento al Centro de Mediación —cuestionable como principio— y carácter personalísimo de la mediación. Más acertados parecían los principios en que se asentaba el inicial Borrador en sus arts. 3 y ss.: voluntariedad, respeto a la libre decisión de las partes para resolver el conflicto, neutralidad en el mediador, imparcialidad del mediador, confidencialidad del proceso y profesionalización de los mediadores. Asimismo se plantea el tema en la Recomendación N.º R (98) 1 del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa sobre la Mediación Familiar, de 5 de febrero de 1998 que un tanto tibiamente nos dice, entre los principios de la mediación familiar y dentro del epígrafe referido a su organización, que “*la mediación no debería ser en principio obligatoria*”. En Francia el Decreto n.º 96-652 de 22 de julio de 1996, relativo a la conciliación y mediación judiciales (art. 21) parte de tal voluntariedad al igual que la Sec. 27 de la *Family Act Law*, si bien en este caso la obligación de asistir a una sesión informativa con carácter previo al inicio del proceso judicial se desvirtúa en cierta medida con el contenido, ya referido, de la Sec. 29.

Paso, consecuentemente, a exponer una serie de reflexiones que, en mi opinión, hacen dudar de la utilidad actual de la mediación familiar como instituto a introducir en nuestro sistema normativo o que, al menos, deben tenerse en cuenta como peligros que la futura regulación —que se nos anuncia como irremediable— debe evitar. Reflexiones unas generales, otras más específicas del ámbito familiar.

V. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS A LA SOLUCIÓN JUDICIAL DE LOS CONFLICTOS: SU ESCASA VIRTUALIDAD

Es necesario, creo, para dar soluciones positivas al tema, valorar los antecedentes históricos que las alternativas a la solución jurisdiccional de los conflictos han presentado en nuestro pasado reciente, por referencia a la órbita civil que me es más próxima.

1. El acto de conciliación

Para ello arrancaré de los liberales de Cádiz que, siguiendo el modelo revolucionario francés, pretendieron en la Constitución de 1812 buscar una alternativa a la solución judicial de conflictos fortalecida por la Ilustración.

Decía el art. 282 de dicha Constitución: *“el alcalde de cada pueblo ejercerá en él el oficio de conciliador, y el que tenga que demandar por negocios civiles o por injurias deberá presentarse a él con este objeto”*. El art. 283 le obligaba a decidir el tema (se hablaba de juicio de conciliación) con auxilio de dos hombres buenos, tras oír a las partes, si bien estas podían o no aquietarse con tal solución acudiendo luego al proceso civil correspondiente.

La propuesta, bastante próxima al actual entendimiento de la mediación —extrajudicial y voluntaria, si bien era un árbitro y no un mediador— tuvo escaso eco y la LEC de 1855, así como la vigente, proponen una fórmula conciliatoria en los negocios civiles que acaba convirtiéndose en un mero requisito formal: cuando en 1984 se reforma la LEC obviando la obligatoriedad del acto de conciliación se había reducido al 14,50% el porcentaje de avenencias que en 1953 era del 30%. Ello propició que, finalmente, dicha reforma considerara la inutilidad de un trámite que, por obligatorio, se había convertido en una traba formal para el desarrollo del procedimiento sin eficacia práctica alguna.

En definitiva el ejemplo expuesto determina una inicial reticencia a aventurarnos en una vía cuyo precedente analógico resultó tan escasamente fecundo.

2. La comparecencia del art. 692 de la LEC

A la par que desaparece la obligatoriedad de la conciliación se introduce en la reforma de 1984 una alternativa, al menos parcial, a la solución estrictamente contenciosa de los conflictos civiles. Y así, en tal órbita adjetiva, cabe citar el tímido intento de potenciar la mediación judicial a través del art. 692 LEC —la comparecencia en el juicio de menor cuantía— que, de igual manera a como aconteció con el periclitado acto de conciliación, ha de estimarse que ha alcanzado objetivos de escaso aliento, reconduciéndose a una mera formalidad en gran número de ocasiones si bien parece que existe un cierto auge en su potenciación que creo equivocada pues, evidentemente, la mediación judicial —es decir, aquélla en que es el Juez quien interviene como mediador— presenta problemas de todos sabidos.

Justificando la anterior afirmación efectúo un breve inciso: en mi opinión no puede avanzarse por la senda de la intervención del Juez como mediador en la solución de conflictos en cuanto ello supone de contaminación para su ulterior continuidad en la decisión del tema. El Juez juzga pero no media —labor eminentemente persuasiva— pues si media, sin éxito, no es libre para juzgar. La experiencia enseña, con un mínimo de sensibilidad, las lógicas reticencias de las partes para exponer la realidad de sus problemas a quien, en definitiva, llegado el caso, debe resolverlos ante la falta de acuerdo.

3. El arbitraje

En esta misma línea creo oportuna una referencia al arbitraje, institución alternativa, extrajudicial y voluntaria —si bien una vez acordada se impone coactivamente a diferencia de la mediación que nunca se impone— que, asimismo, tiene muy escaso eco práctico en nuestra realidad al menos para la solución de conflictos que calificaríamos de domésticos en cuyo ámbito se encuadra el tema que examinamos, si bien en otros escenarios más globales su incidencia es sin duda mucho mayor. Es un método caro, desvirtuado por intereses económicos, largo y en definitiva escasamente útil que debe servirnos para, analizado en profundidad, evitar proyectar sobre la mediación sus disfunciones.

4. El convenio de separación o divorcio alcanzado de mutuo acuerdo

Finalmente en la específica órbita que nos incumbe, cabe hacer referencia al art. 90 del CC con el cual el legislador quiso potenciar la autonomía de los esposos para autorregular las consecuencias de su crisis matrimonial.

Evidentemente el acceder a la finalización del conflicto familiar a través de tal acuerdo resulta plenamente deseable si bien los partidarios de la mediación

la estiman insuficiente y, por ende, necesitada de una fórmula alternativa en la que la autocomposición de intereses se alcance no por los propios esposos y sus respectivos letrados sino desde una instancia —el mediador— ajena a tales partes. Se dice así que a través de esta norma que propicia la subsanación del litigio realizada en el seno del procedimiento de disociación conyugal, no se ha conseguido dar satisfacción generalizada a una pluralidad de supuestos, al menos los verdaderamente conflictivos, por lo que es oportuno insistir en la búsqueda de vías alternativas a esa fórmula de ordenar los intereses contrapuestos de los cónyuges. Consecuentemente se busca la implantación de la mediación exigente de que un tercero persuada a los cónyuges para evitar un conflicto que ellos solos no alcanzan a obviar.

Frente a la relativa inutilidad del marco del art. 90, esgrimida por los defensores acrílicos de la mediación, hago míos determinados planteamientos escuchados a Pascual ORTUÑO —autorizadísima voz en la materia— con los cuales busca justificar el encaje de la mediación familiar en nuestro actual sistema procesal sin que chirríe excesivamente tal marco adjetivo. Y así, retomando sus argumentos, concluiré que se puede propiciar la utilización del instrumento normativo con el que ya contamos que, a la vez, permite incardinar en el actual procedimiento familiar el proceso de mediación. En este sentido nada obsta a que por decisión judicial o acuerdo entre interesados se paralice el proceso para —con la mediación de un tercero— alcanzar el acuerdo que propicia el art. 90, si bien habrá de esperarse a los términos de la nueva LEC para comprobar si se mantiene la actual libertad adjetiva. Quizás la potenciación de esta fórmula es uno de los caminos que, ya existente y sin necesidad de llegar a una absoluta diferenciación entre proceso civil y mediación, sirva para fomentar una solución pacífica del conflicto familiar ⁽⁴⁾.

Pero el problema que ello nos concita es que tal intento puede resultar en la práctica inútil sin un marco jurídico específico ante el escaso apoyo sociológico de esta vía de solución respecto de la cual aún no existe la convicción de su utilidad.

(4) Es claro también, en esta misma línea, que ninguna prohibición existe en el sistema y que el art. 159 del CC permitiría estas alternativas ante el desacuerdo de padre y madre sobre el ejercicio de la patria potestad, que el Juez resuelve y que conforme al art. 158.3.º impone: puede así imponer el sometimiento a mediación pero con el limitado alcance de los hijos. Dato a conjugar sin duda con la especial pericia del art. 92 del CC, que puede ayudar a la concreción de esa mediación, pero que, de nuevo, plantea el problema de que si a los auxiliares del juez se les confieren labores mediadoras quizás se incompatibilicen para opinar como peritos.

El resumen de cuanto se expone es una consecuencia evidente: el fracaso de todos los planteamientos alternativos a la solución judicial de conflictos en el orden civil. Ello hace que, apriorísticamente, siga pensando que el sistema judicial es el menos malo de los que la experiencia nos enseña: la obligatoriedad hace que se conviertan en un trámite; la voluntariedad, que no se haya acudido a ellos, por lo que debe ser muy cuestionada su introducción en un momento como el actual en que no hay una conciencia social de su bondad.

VI. LA SOBREDIMENSIONADA ESTRUCTURA PERSONAL DE NUESTRO SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y SU ENTORNO

Creo que un gravísimo inconveniente para cualquier forma de solución hetero-judicial de los conflictos civiles, y entre ellos familiares, deriva de la propia estructura de nuestro sistema de administración de justicia y su entorno.

Hemos creado un monstruo sobredimensionado al que es preciso alimentar y cuyo flujo litigioso no podemos suprimir. Por citar un dato significativo diré que el número de letrados en ejercicio de la ciudad en la que desarrollo mi vida académica y profesional —Valladolid— es, según tengo entendido, similar en términos absolutos al existente en la capital de la vecina Galia.

El colectivo, para su subsistencia, necesita nutrirse de un determinado nivel de procedimientos en los que intervenir. Y a propósito de dicha intervención he tenido ocasión de oír a especialistas ajenos a la abogacía que la misma —la del abogado— resultará a menudo perturbadora, en cuanto puede implicar una rémora añadida a los naturales odios tribales surgidos entre los antiguos compañeros de lecho. Tal perturbación puede alcanzar también al desarrollo del proceso mediador, se dice, si se permite un acceso generalizado del colectivo de abogados a esta nueva técnica de cuya intervención sin embargo difícilmente renegarán voluntariamente. Evidentemente tal apreciación puede ser cierta pero, en la medida en que lo sea, deriva fatalmente de la sobredimensión a la que inicialmente he hecho referencia.

En este sentido, para precisar mi postura sobre este particular y no sufrir los embates de mi Corporación, subrayaré que no descalifico al abogado: descalifico un sistema que permite la presencia de multitud de profesionales a los que no se puede dejar sin el objeto de su praxis. La masificación y la dificultad de superar dignamente la deseable jibarización del número de litigios hace que el abogado tenga un acusado sentido patrimonial del sistema conflictual en el que su actividad se inserta y que lógicamente no quiere que decrezca.

Previsiblemente este hecho va a ser una rémora natural para la mediación, en cierta medida legítima como he dicho, pues la intervención del abogado en la

misma no le satisfará si no obtiene, para alcanzar un mismo resultado —la solución del conflicto familiar—, lo que obtendría en el trámite jurisdiccional. Máxime si la idea que rescato de Pascual ORTUÑO es que *“la presencia de los letrados en las sesiones de mediación junto con sus representados solo podrá ser acordada por el mediador si apreciara la conveniencia o la necesidad de esta modalidad”*. Idea que, más radicalmente aún, se consagra en el art. 13 del Proyecto de Ley catalán de Mediación Familiar⁽⁵⁾. Si así se consagra, el legislador habrá potenciado la existencia de un enemigo natural de la mediación.

Por todo ello es razonable pensar que el abogado va a ser *a priori* escasamente proclive a fomentar y apoyar la mediación si se pretende que sean profesionales ajenos a aquella Corporación quienes suplan su anterior intervención⁽⁶⁾. Y el colectivo tiene un cierto peso social por lo que nunca debe despreñarse su opinión ni, inaudita Corporación, obviarse radicalmente su presencia en la implantación del nuevo sistema para evitar que la pretensión de solventar conflictos sin su intervención determine una reacción como la que hemos tenido ocasión de comprobar ante la parcial nihilización de su presencia profesional en el Proyecto de LEC.

En cualquier caso, en lo que de cierto tengan las afirmaciones vertidas contra el colectivo de la abogacía, es obvio que ha de evitarse su indiscriminada marginación de igual manera que ha de evitarse, caso de ser marginados, que la atribución de competencias mediadoras a colectivos diferentes contamine a esos nuevos agentes como ya he advertido acaece con los “árbitros” una vez organizados en Corte Arbitral que genera un entramado burocrático precisado, también, de alimento litigioso.

VII. LA RELATIVA UTILIDAD EJEMPLAR DE LA EXPERIENCIA COMPARADA

El apoyo reiterado de la experiencia comparada no es argumento que sirva para, intrínsecamente, asumir la bondad del instituto. Mucho más en el ámbito del derecho de familia donde, a diferencia de otras ramas del derecho privado, la mutación de las normas jurídicas tarda tiempo en incidir sobre la realidad

(5) Establece dicho precepto, bajo el epígrafe “*Carácter personalísimo*” que: “*Las partes han de asistir personalmente a las reuniones de mediación sin que puedan valerse de representantes o intermediarios*”.

(6) El art. 5.1 del Proyecto establece que “*En cada mediación intervendrá como mediadora una persona licenciada o diplomada en derecho, psicología, trabajo social, educación social o en aquellos otros estudios universitarios que se determinen reglamentariamente*”.

hacia la que van dirigidas ante el contenido a menudo escasamente coercitivo de los preceptos familiares. Como se ha reiteradamente expresado la efectividad de este tipo de reglas jurídicas exige de una cierta conciencia social acerca de la bondad del nuevo entendimiento normativo de las cosas.

Insistiendo en que la norma debe ir acompañada a una realidad que el colectivo sienta diré que, por ejemplo, en el ámbito del derecho de familia, el régimen de participación, teóricamente idílico en cuanto aúna las ventajas de los regímenes de comunidad y los disociativos —que ha alcanzado gran difusión en países como Alemania— no ha calado lo más mínimo en el nuestro. A pesar, insisto en ello, de su objetiva, teórica e inobjetable bondad.

VIII. UNA DIFICULTAD AÑADIDA A LA MEDIACIÓN: LA COMPLEJIDAD DEL SISTEMA DE LIQUIDACIÓN DE LOS RÉGIMENES CONSORCIALES

En otro orden de cosas diré que el actual sistema económico-matrimonial imperante en el ámbito del derecho común ocasiona graves problemas para la eficacia práctica de la mediación familiar en todos aquéllos territorios que tienen como sistema legal supletorio un régimen de comunidad. Problema que se presenta con mucha menor virulencia en Comunidades Autónomas, como la catalana, auspiciadora inicial del sistema de mediación, con una larga tradición del régimen de separación de bienes que aparece consagrado como régimen legal.

En este sentido el convenio regulador, y lógicamente también la solución mediada del conflicto, exige no solo el acuerdo sobre temas que directamente afectan a los hijos (guarda y custodia por un lado, régimen de visitas, por otro), que podrían más fácilmente solventarse por la vía de la mediación a través de la intervención de especialistas ajenos al mundo jurídico, sino que ha de alcanzarse un acuerdo global también sobre temas patrimoniales, algunos absolutamente desvinculados de la relación paterno filial como es la pensión compensatoria y, sobre todo, la liquidación del régimen económico-matrimonial.

De esta manera, constatado tal dato, pronto advertiremos que no resultará fácil que ciertos mediadores —psicólogos o educadores sociales, por ejemplo— tengan una cabal representación mental de las normas que sirven a la solución de estos problemas y mucho menos de su adecuada interpretación. Máxime cuando la previsión del Proyecto de Ley —ya transcrito en este particular (art. 5)— parece ir encaminada a que sea un solo mediador quien inter venga en cada proceso.

Pero es que ni tan siquiera el mediador-jurista puede tener este cabal conocimiento del sistema normativo destinado a solventar estas discrepancias por-

que no lo tiene nadie. Y la pregunta surge de inmediato, pues: ¿cómo mediar en la solución de temas, como la pensión compensatoria o los alimentos de los hijos mayores, en los que no existen criterios mínimamente uniformes que permitan calibrar adecuadamente el resultado al que hipotéticamente se accedería de no acudir a la mediación?

En definitiva no es fácil realizar una mediación profesionalizada, imparcial y neutra si el mediador, e incluso las partes y sus eventuales asesores, no tienen una clara representación del Fallo que se produciría en el caso de encauzarse jurisdiccionalmente el conflicto.

IX. EL EFECTO REBOTE

En términos escasamente técnicos me atrevo a apuntar el peligro que para el restablecimiento de la paz social puede representar lo que los dietéticos califican como efecto-rebote: quien adelgaza diez kilos y a continuación abandona la disciplina alimentaria es frecuente que recupere los perdidos y consiga ganar otros tantos.

La mediación fallida puede determinar la agudización del conflicto determinando odios africanos entre unos cónyuges que anteriormente, antes de iniciar el inconcluso proceso de mediación, solo se encontraban distanciados. Es decir, si la mediación no funciona la judicialización del conflicto es probable que se plantee mucho más agriamente. Ello nos debe llevar a no potenciar la mediación, en función de intereses espurios, cuando las posibilidades de alcanzar un acuerdo se estimen desde un primer momento difíciles de articular.

X. SOLUCIONES ALTERNATIVAS O COMPLEMENTARIAS DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

Dijo BENTHAM hace ya muchos años, intuyendo el problema que hoy nos sigue acuciando, que frente a las disfunciones del proceso civil *“el deber del legislador es corregir el procedimiento. A lo que tienen derecho las personas no es a una semi-justicia sino a la justicia en su plenitud”*.

Por ello me atrevo a proponer soluciones alternativas, incluso más necesarias que la mediación, y que sin duda ayudarían a ésta una vez que exista una mayor convicción social acerca de su conveniencia ya que entonces se desenvolvería en un marco normativo global mucho más preciso y eficaz.

1. La clarificación de los procesos familiares

Una primera solución que sin duda coadyuvaría al recto devenir jurisdiccional del conflicto familiar pasa por clarificar el procedimiento que, en algu-

nos de sus aspectos —precisamente los más conflictivos— es una trampa permanente y que parece va a solventar el Proyecto de LEC. En este sentido los proyectados arts. 804 y ss. regulan con cierta sencillez de trámites la liquidación del régimen económico-matrimonial y los arts. 771 y siguientes regulan los procesos matrimoniales que oralizan y simplifican.

2. La clarificación normativa de diversos aspectos sustantivos de la regulación de la crisis familiar

Una segunda medida a tomar por el legislador, aún más importante, radica en solventar definitivamente los graves problemas sustantivos del sistema por los que la doctrina especializada viene clamando y que, si bien no son muchos, resultan de una transcendencia decisiva para ordenar la armonización de intereses enfrentados, tanto a través de la heterocomposición de los mismos como desde su autocomposición: es imposible plantear una solución mediatizada si el mediador no tiene conciencia clara de cuál sea la solución a la que jurídicamente se accedería en función de unas normas que no puede cabalmente interpretar.

Y así quien en Asturias actúe de mediador no me imagino cómo puede intervenir eficazmente para asesorar a los cónyuges cuando su discrepancia se mantenga respecto de los alimentos de los hijos mayores de edad que es resuelto de distinta manera por cada una de las secciones de aquella Audiencia Provincial (7).

Y lo mismo predicaré cuando no sabemos si la pensión compensatoria temporal está o no admitida en el lugar donde se deba plantear y resolver el hipotético conflicto jurisdiccional.

3. La opacidad tributaria propiciada por la Administración

Si bien se ha deslegitimado parcialmente la impunidad a que conducía el contenido del art. 113.1 de la LGT —en cuanto que por Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del IRPF se ha incluido como excepción a la comunicación de datos por la Agencia Tributaria el que la misma sirva a la “*protección de los derechos e intereses de los menores e incapacitados por los órganos jurisdiccionales o el Ministerio Público*”— queda aún un gran margen a la opacidad cuando en los problemas familiares no existen menores —puede haber hijos mayores— o cuando exclusivamente se disputen cuestiones económicas entre cónyuges.

(7) Vid. sobre el tema mi trabajo “A vueltas con los alimentos de los hijos mayores de edad en la crisis matrimonial de sus progenitores: el art. 93 párrafo 2.º del Código civil”, Aranzadi Civil, n.º 21, marzo de 1998, especialmente nota 2 en la que se recogen los ejemplos de tal diversidad.

Norma que estimo ha de ampliarse sobre la base, por ejemplo, del entendimiento civil del derecho a la información sobre las cuestiones vinculadas a la economía matrimonial que fluye del art. 1393.4.^º en relación con el 1383 del CC. En este sentido si tal información fuera de fácil acceso no existirían, quizás, muchas de las reticencias que actualmente existen para exponer abiertamente los ingresos propios que, en definitiva, van a servir a la fijación de las medidas económicas.

4. El abaratamiento del coste de los procesos de disociación conyugal

Finalmente entiendo que no ayuda a la valoración del actual sistema por parte del colectivo que le sufre el alto costo de los procedimientos judiciales de separación o divorcio. Es preciso abaratar el costo de los procesos conyugales: las tarifas colegiales, en principio orientativas, así como el entendimiento que de ellas frecuentemente se hace, no siempre obedecen a una lógica racional y conmutativa.

Por ello considero que la única posibilidad de que el proceso compita con la mediación —sin arrancar con una inicial desventaja— es abaratar el coste de aquél: aunque ello quizás no sea necesario pues no será raro que el coste del proceso de mediación alivie las arcas de los mediados en similar o superior medida a la que resulta del sistema tradicional.

XI. CONCLUSIÓN

No pretendo cuestionar la mediación desde una perspectiva general. Pero sí al menos que el legislador tenga en cuenta, llegado el momento de implantarla, determinados datos de interés que han de valorarse para que el novedoso sistema funcione sin ser heredero o continuador de vicios que nos consta existen en el tradicional sistema conflictual. Especialmente si tenemos en cuenta la escasa acogida que ha tenido la implantación de modos alternativos a la solución jurisdiccional de conflictos civiles, tal y como la reciente experiencia histórica ha acreditado.

No puede tampoco potenciarse indiscriminadamente la exclusividad de nuevos colectivos para intervenir en las labores de mediación por considerarse —un tanto maniqueamente— que los profesionales hasta ahora encargados de intervenir en los procesos familiares sean causantes de las distorsiones del sistema. Y mucho más si tal redistribución de competencias olvida un elemento básico para la bondad del nuevo método como debe serlo la necesaria y específica profesionalidad del mediador, difícil de lograr en todos los ámbitos alcanzados por la mediación conyugal.

No puede, finalmente, instaurarse un sistema de mediación si las normas destinadas a solventar los conflictos conyugales siguen propiciando múltiples y crípticas interpretaciones tanto adjetiva como sustantivamente. Quizás deba empezarse por aquí para luego, con una base normativa cierta, iniciar el desarrollo positivo de la mediación.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA PRUEBA BIOLÓGICA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE RECLAMACIÓN E IMPUGNACIÓN DE FILIACIÓN

**Tribunal Constitucional. Sala 2.^a, Sentencia 95/1999, de 31 de mayo.
Ponente: Excmo. Sr. D. Tomás Vives Antón.**

La sentencia que declara la filiación paterna, a pesar de la negativa de la madre a someterse a las pruebas biológicas, no vulnera los derechos a la intimidad personal y familiar ni a la tutela judicial efectiva reconocidos constitucionalmente.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Enrique presentó demanda de juicio de menor cuantía en solicitud de que se declarase que la hija de la demandada, nacida en Cádiz en 1987, era hija no matrimonial del actor. Como fundamento de esta pretensión aportó pruebas documentales —inscripción con su nombre en el Registro Civil, abundantes fotografías de la niña con él, con su familia y en actos familiares— y testificales para acreditar la posesión constante de estado de hija y su consideración y trato como tal por el demandante y su familia y solicitó, asimismo, la práctica de la prueba biológica que fue aceptada por el Juez sin que se pudiera realizar por la no comparecencia de la demandada y su hija el día señalado para efectuarla.
- Con fecha 13 de noviembre de 1992 se dictó sentencia por el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 3 de Cádiz estimando íntegramente la demanda.
- La Sec. 4.^a de la Audiencia Provincial de Cádiz dictó sentencia el 1 de octubre de 1993 desestimando el recurso de apelación.

- D.^a Genoveva interpuso recurso de casación, dictándose auto por la Sala Primera del Tribunal Supremo con fecha 7 de marzo de 1995 por el que inadmitió el recurso al entender que carecía manifiestamente de fundamento con arreglo a la motivación que consta en dicha resolución.
- D.^a Genoveva interpuso recurso de amparo en base a la vulneración de los derechos a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE y del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. El recurso fue desestimado por el Tribunal Constitucional.

COMENTARIO DEL AUTO

La base del recurso de amparo la encuentra la recurrente en el hecho de que jamás mantuvo relaciones sexuales de ningún tipo con D. Enrique por lo que es absolutamente imposible que éste sea el padre de su hija, circunstancia que no se ha tenido en cuenta en ninguna de las resoluciones judiciales a pesar de haber sido reiterado en todas y cada una de las instancias. Por consiguiente entiende la recurrente que se han vulnerado sus derechos a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en la medida en que han reconocido la paternidad no matrimonial del actor sobre la hija de la recurrente.

La recurrente pretende fundar la lesión de los referidos derechos fundamentales en que, según su versión de los hechos, no ha resultado probada la relación sexual entre ambos litigantes, lo que la exoneraba de someterse a la práctica de la prueba biológica que se acordó en el proceso, por lo que su incomparecencia para la práctica de dicha prueba hematológica no debió ser utilizada como argumento para declarar la paternidad extramatrimonial reclamada por el actor respecto de su hija, ya que ello ha lesionado sus derechos fundamentales reconocidos en los arts. 18.1 y 24.1 CE.

Antes de dar cumplida respuesta a la petición de la recurrente, el Tribunal Constitucional hace referencia a su doctrina en materia de prueba biológica:

1. Constitucionalidad de la resolución que acuerda la práctica de la prueba biológica.

El Tribunal Constitucional ha declarado la plena conformidad constitucional de la resolución judicial que, en el curso de un pleito de filiación, ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico pues este tipo de pruebas, que no pueden considerarse degradantes, ni contrarias a la dignidad de la persona, encuentran su cobertura legal en el art. 127 del Código Civil, que desarrollando el mandato contenido en el inciso final del art. 39.2 CE, según el cual “La ley posibilitará la investigación de la paternidad” autoriza la investigación de la relación de paternidad o de maternidad en los juicios de filiación, mediante el empleo de toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, a la vez que sirven para la consecución de la finalidad perseguida con las normas constitucionales que imponen la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación (art. 39.2 CE) y la obligación de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio (art. 39.3 CE). Por ello cuando sean consideradas indispensables por la autoridad judicial, no entrañen un grave riesgo o quebranto para la salud de quien deba soportarlas, y su práctica resulte proporcionada, atendida la finalidad perseguida con su realización, no pueden consi-

derarse contrarias a los derechos a la integridad física (art. 15 CE) y a la intimidad (art. 18.1 CE) del afectado (STC 7/1994, fundamento jurídico 3.º).

2. Obligación de las partes de posibilitar la práctica de la prueba biológica.

También ha declarado el Tribunal Constitucional que, dada la trascendencia que para las personas implicadas en los procesos de filiación tiene la determinación de las relaciones materiales que se dilucidan en ellos, especialmente por lo que respecta a los derechos de los hijos que se garantizan en el art. 39 CE, las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial, por ser éste un medio probatorio esencial, fiable, e idóneo para la determinación del hecho de la generación discutido en el pleito, pues, en estos casos, al hallarse la fuente de la prueba en poder de una de las partes del litigio la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE), conlleva que dicha parte deba contribuir con su actividad probatoria a la aportación de los hechos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, ya que, en otro caso, bastaría con que el litigante renuente a la prueba biológica se negase a su realización para colocar al otro litigante en una situación de indefensión contraria al art. 24.1 CE, por no poder justificar procesalmente su pretensión mediante la utilización de los medios probatorios pertinentes para su defensa que le garantiza el art. 24.2 CE (STC 7/1994, fundamento jurídico 6.º y las resoluciones en ella citadas).

3. Valoración de la negativa a someterse a la práctica de la prueba biológica.

Cuando un órgano judicial, valorando la negativa del interesado a someterse a las

pruebas biológicas, en conjunción con el resto de los elementos fácticos acreditados a lo largo del procedimiento, llega a la conclusión de que existe la relación de paternidad negada por quien no posibilitó la práctica de la prueba biológica, nos hallamos ante un supuesto de determinación de la filiación, permitido por el art. 135 “in fine”, del Código Civil que no resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE (AATC 103/1990, 221/1990).

En el presente caso, el actor aportó con la demanda numerosas fotografías que recogen a la niña, en diversos momentos, con el actor y sus familiares, alegando que mantuvo relaciones sexuales con la demandada, así como otros hechos de los que los órganos judiciales han deducido la posesión de estado del padre de la menor. Entre estos se acreditó que la madre, al inscribir a su hija en el Registro Civil, señaló como nombre del padre el de Enrique, y que éste, con posterioridad al nacimiento de la niña, abrió una cuenta a nombre de la recurrente de la que ésta extrajo cantidades diversas en varias ocasiones. Tales extremos fueron ratificados por la prueba testifical propuesta por el demandante que también propuso, en tiempo y forma, una prueba pericial biológica a fin de determinar la relación de paternidad reclamada.

Frente a la pretensión del actor, la demandada contestó negando la existencia de relaciones sexuales con el demandante y, aunque admitió que mantuvo con él una relación sentimental, afirmó que la niña es fruto de su relación con otra persona. En el período probatorio no se opuso a la prueba biológica propuesta por el demandante, ni recurrió el Auto que acordó su práctica. Sólo cuando fue citada personalmente para la realización de la prueba biológica presentó escrito mostrando su disconformidad con la práctica de esta prueba y manifestando que se negaba (y, con ella, su hija) a someterse a las pruebas hematológicas al amparo de sus derechos constitucionales a la protección de la dignidad, integridad, el honor y la intimi-

dad de las personas (arts. 10, 15 y 18 CE). Finalmente no compareció en el Instituto Nacional de Toxicología de Sevilla el día señalado, imposibilitando así la práctica de la prueba biológica acordada.

De la aplicación de la doctrina constitucional antes expuesta a las resoluciones impugnadas cabe concluir que la Sentencia del Juzgado, ampliamente razonada (así como las que la ratifican), que tras ponderar la ne-

gativa infundada de la demandada a la práctica de la prueba biológica que fue acordada, en relación con el resultado de la valoración en conjunto de la prueba practicada a instancia del actor, y contrastarla con la propia prueba aportada por la demandada, declaró la paternidad reclamada, en nada vulneró los derechos a la intimidad personal y familiar ni a la tutela judicial efectiva reconocidos constitucionalmente, frente a lo que se denuncia en la demanda.

II. CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCESO SEGUIDO PARA EL INTERNAMIENTO DE INCAPACES

Tribunal Constitucional. Pleno, Sentencia de 1 de julio de 1999.

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

La privación de libertad que supone todo internamiento “ex” art. 211 del Código Civil se ajusta a las exigencias derivadas del art. 17.1 de la Constitución en la medida en que sólo puede ser acordada en virtud de autorización judicial, adoptada en base a una norma previa que regula su actuación. El procedimiento para declarar el internamiento respeta los derechos fundamentales reconocidos en los dos apartados del art. 24 de la Constitución, toda vez que se asegura la audiencia de la persona afectada, se hace posible su oposición al internamiento y concluye con una autorización de naturaleza transitoria necesariamente revisable en plazos de tiempo razonables y sólo adoptada tras haberse acreditado, mediante la práctica de las pruebas oportunas y tras oír el dictamen de, al menos, un facultativo, que la medida de internamiento aparece como la más conveniente en beneficio del propio afectado y de la comunidad.

ANÁLISIS DEL CASO

- Al desarrollar funciones de protección social con un menor, una trabajadora social del Ayuntamiento de Albatera (Alicante) reparó en que la madre del niño presentaba diversas alteraciones psíquicas, razón por la cual solicitó informe del Centro de Salud de Albatera. En dicho informe se señaló que la examinada padecía síndrome esquizofrénico que suponía peligrosidad social, por lo que la trabajadora social solicitó del Juzgado su internamiento en un centro psiquiátrico para que recibiese el adecuado tratamiento.

- Por el Juzgado se practicaron distintas diligencias encaminadas a determinar la situación económica, social, sanitaria y familiar de la persona implicada. Tales diligencias incluyeron el desplazamiento a su vivienda de una comisión judicial, de la que formaba parte el médico forense, que la examinó, y concluyeron, en definitiva, con un dictamen del médico forense del Juzgado en el que se señalaba que la examinada presentaba “síntomatología correspondiente a un cuadro psicótico agudo, con ideación delirante”. Tras otras consideraciones, se concluía que resultaba conveniente el internamiento de la examinada.
- El Magistrado-Juez del Juzgado de 1.^a Instancia n.º 6 de Orihuela (Alicante) planteó la posible contradicción de lo dispuesto en el art. 211, párrafo segundo, del Código Civil con lo previsto en los arts. 24.1, 24.2 y 17.1 de la Constitución, dando traslado de los autos al Ministerio Fiscal y a los promotores del procedimiento para que alegasen sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad. Evacuado el trámite, se dictó Auto de 3 de diciembre de 1993, por el que se eleva la cuestión de inconstitucionalidad a este Tribunal.
- El Abogado del Estado opone a los razonamientos del Juzgado que el art. 211, párrafo segundo, del Código Civil es susceptible, con toda naturalidad, de una interpretación conforme a la Constitución, pues la audiencia del afectado puede verificarse, sin forzar el precepto, en el trámite de examen judicial previsto por el propio art. 211. En su opinión, así, interpretado, el precepto se ajusta exquisitamente, por lo demás, a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia.
- El Fiscal General del Estado sostiene que los derechos de la persona afectada por la decisión de internamiento se encuentran perfectamente asegurados desde el momento en que, por así acordarse en la disposición adicional de la Ley 13/1983, la autorización judicial ha de sustanciarse a través de las normas generales de jurisdicción voluntaria establecidas en los arts. 1811 y 1824 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; normas que contemplan la posibilidad de prueba, permiten la oposición del afectado y la consiguiente transformación del proceso en contencioso, exigen la intervención del Ministerio Fiscal, contemplan la audiencia del interesado y permiten recurrir en apelación la decisión del Juzgado. De todo ello resulta, para el Fiscal General, que la privación de libertad del internado se acuerda judicialmente en el curso de un proceso que reviste todas las garantías, de manera que el art. 211 se ajusta a las exigencias del art. 17.1 de la Constitución y a la propia jurisprudencia del Tribunal Europeo en relación con el art. 5 del Convenio de Roma.
- El Tribunal Constitucional desestima la cuestión planteada.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El Magistrado-Juez que plantea la cuestión de inconstitucionalidad entiende que el art. 211, párrafo 2.º del CC viola diversos derechos constitucionales:

a) El derecho a no padecer indefensión, garantizado por el art. 24.1 de la Constitución. A su juicio, el precepto controvertido posibilita una resolución judicial que acuerde el internamiento en centro psiquiátrico sin requerir previamente la defensa de la persona afectada y posibilitar su oposición al internamiento. No obsta para ello lo previsto en el art. 207 del Código Civil, que prevé que el Ministerio Fiscal sea defensor del presunto incapaz de no haber promovido el procedimiento, y que incluso el afectado pueda comparecer con su propia defensa y representación, pues ello carece de la necesaria articulación procesal.

b) El art. 24.2 de la Constitución, por infringir el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes, sin que quepa acomodación del mismo al ordenamiento constitucional.

c) Por último, se contradice el derecho a la libertad reconocido en el art. 17.1 de la Constitución, pues se posibilita el internamiento de una persona sin que exista una específica norma procesal legal para su sustanciación. Al no haber sido aprobada alguna norma procesal que regule el procedimiento aplicable al efecto, no existe ley que prevea, tal como requiere el mencionado precepto constitucional, la forma de la privación de libertad. De otro lado, esta norma procesal debería revestir el carácter de Orgánica, de acuerdo con lo previsto en el art. 81 de la Constitución.

Con carácter previo analiza el Tribunal Constitucional una cuestión que aunque no planteada directamente por el promotor de la inconstitucionalidad, sí se alega de forma indirecta: el precepto cuestionado debería

revestir la forma de Ley Orgánica, por así resultar de las exigencias derivadas de los arts. 17.1 y 81.1 de la Constitución. La garantía de la libertad personal establecida en el art. 17.1 de la Constitución alcanza, desde luego, a quienes son objeto de la decisión judicial de internamiento a que se refiere el art. 211 del Código Civil. Es, en efecto, doctrina de este Tribunal que dentro de los casos y formas mencionados en el art. 17.1 «ha de considerarse incluida (...) la “detención regular... de un enajenado”, a la que se refiere el art. 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos» (STC 104/1990, fundamento jurídico 2.º). En tanto que constitutiva de una privación de libertad, es obvio que la decisión de internamiento sólo puede ser acordada judicialmente y que, en lo que aquí importa, el precepto que la hace posible sólo puede ser una Ley Orgánica, pues, dada su condición de norma que fija uno de los casos en que una persona puede ser privada de libertad, concurre al desarrollo del derecho fundamental garantizado en el art. 17.1 (STC 140/1986).

El párrafo segundo del art. 211 del Código Civil no es, sin embargo, la norma que en nuestro Derecho permite el internamiento de personas que padezcan trastornos psíquicos. Esa posibilidad se establece y disciplina en el párrafo primero del mismo precepto, que habilita al Juez para acordar una privación de libertad en el concreto supuesto ahí contemplado. El párrafo segundo, aquí en cuestión, regula el proceder del Juez previamente habilitado para acordar el internamiento; disciplina, por tanto, el procedimiento a cuyo través ha de conformarse la decisión judicial, pero ésta, en tanto que determinante de uno de los casos de privación de libertad referidos en el art. 17.1 de la Constitución, trae causa de la habilitación contenida en el párrafo precedente.

Ciñéndonos, pues, al párrafo cuestionado, el problema que debe preocuparnos es el de si las garantías procedimentales que en él

se establecen constituyen, a los efectos de la reserva de Ley Orgánica del art. 81 CE, desarrollo del derecho fundamental a la libertad personal del art. 17 CE. Pues bien, desde la STC 5/1981 este Tribunal ha destacado de forma ininterrumpida la necesidad de aplicar un criterio estricto para determinar el alcance de la reserva y ello tanto en lo referente al término «desarrollar», como a la «materia» objeto de reserva. Se trata, dice el Tribunal en reiteradas resoluciones, de evitar petrificaciones del Ordenamiento y de preservar la regla de las mayorías parlamentarias no cualificadas (por todas, STC 173/1998, fundamento jurídico 7.º). Más concretamente, se ha afirmado que requiere Ley Orgánica únicamente la regulación de un derecho fundamental o de una libertad que «“desarrolle” la Constitución de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental, ya sea en una regulación directa, general y global del mismo o en una parcial o sectorial, pero igualmente relativa a aspectos esenciales del derecho, y no, por parcial, menos directa o encaminada a contribuir a la delimitación y definición legal del derecho» (STC 127/1994, fundamento jurídico 3.º). Desarrollar no puede equipararse a simplemente afectar.

Aplicando esta doctrina al caso aquí enjuiciado no cabe duda de que las reglas procedimentales contenidas en el párrafo segundo del art. 211 CC no contienen una regulación directa del derecho a la libertad personal encaminada a la delimitación y definición del mismo y, en consecuencia, dicha regulación no puede considerarse incluida en el ámbito reservado a la Ley Orgánica.

Despejada esta cuestión, y entrando en el fondo de la cuestión, señala el Tribunal Constitucional que el internamiento en un centro psiquiátrico sólo será conforme con la Constitución y con el Convenio si se dan las siguientes condiciones, sentadas en la Sentencia del TEDH de 24 de octubre de 1979 (caso Winterwerp) y reiteradas en las

de 5 de noviembre de 1981 (caso X contra Reino Unido) y de 23 de febrero de 1984 (caso Luberti): «a) Haberse probado de manera convincente la enajenación mental del interesado, es decir, haberse demostrado ante la autoridad competente, por medio de un dictamen pericial médico objetivo, la existencia de una perturbación mental real; b) que ésta revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento; y c) dado que los motivos que originariamente justificaron esta decisión pueden dejar de existir, es preciso averiguar si tal perturbación persiste y en consecuencia debe continuar el internamiento en interés de la seguridad de los demás ciudadanos, es decir, no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo» (STC 112/1988, fundamento jurídico 3.º).

Todas estas condiciones quedan satisfechas plenamente en el procedimiento regulado en el art. 211 del Código Civil. Se prevé, de un lado, como no podía ser menos, que el internamiento sólo puede verificarse previa autorización judicial, salvo que razones de urgencia hicieran necesario el internamiento inmediato, supuesto en el que, en todo caso, será preciso ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial dentro del plazo de veinticuatro horas (art. 211, párrafo primero). La autorización sólo podrá ser concedida por el Juez «tras examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo por él designado» (art. 211, párrafo segundo) y nunca se adoptará con carácter indefinido, pues el órgano judicial, «de oficio, recabará información sobre la necesidad de proseguir el internamiento, cuando lo crea pertinente y, en todo caso, cada seis meses», acordando entonces, también tras examinar al internado y oír el dictamen de un facultativo, «lo procedente sobre la continuación o no del internamiento» (art. 211, párrafo tercero).

Como alega el Abogado del Estado, la sola existencia de un trámite de «examen» de la persona afectada por la decisión de in-

ternamiento y el hecho de que ineludiblemente se exija la emisión de un dictamen médico hacen perfectamente posible una interpretación del precepto cuestionado que cohoneste su contenido con las exigencias derivadas de la Constitución y del Convenio de Roma. Ciertamente, no sería difícil sostener que, en efecto, aquel examen puede hacer las veces de un trámite de audiencia y que, conjugado con la pericia médica, puede arbitrarse sin dificultad un trámite de prueba. Sin embargo, y como bien sostiene el Fiscal General del Estado, la constitucionalidad del precepto no sólo se apoya en esa interpretación de conformidad propuesta por el Abogado del Estado, toda vez que, con arreglo a lo establecido en la disposición adicional de la Ley 13/1983, el procedimiento de internamiento ha de tramitarse «por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre jurisdicción voluntaria». Ello supone la existencia de un conjunto de normas procesales a cuyo través ha de sustanciarse la autorización judicial. Ciertamente, y como reconoce el Fiscal General, entre la normativa reguladora de la jurisdicción voluntaria contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil no figura ninguna específicamente diseñada para el concreto procedimiento de internamiento que aquí nos ocupa. No hay, en definitiva, un procedimiento específico como los diseñados para el acogimiento y la adopción o para el nombramiento de menores, por citar sólo algunos de los regulados en el Libro Tercero de la Ley Rituaria procesal. La remisión de la disposición adicional de la Ley 13/1983 ha de entenderse referida, por tanto, a las «disposiciones generales» sobre jurisdicción voluntaria establecidas en los arts. 1811 a 1824 LECiv. Disposiciones que, por sí solas, ofrecen la base suficiente para configurar un procedimiento perfectamente respetuoso con los derechos fundamentales que el Juzgado considera conculcados, tanto más si se añaden las particularidades que expresamente establece la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 1/1996 y la nueva

redacción que la disposición final duodécima da al párrafo primero del art. 211.

Así, de la conjunción entre el párrafo segundo del art. 211 del Código Civil y los arts. 1811 y 1824 de la Ley de Enjuiciamiento Civil resulta un procedimiento de autorización del internamiento en el que se garantiza de modo suficiente la posibilidad de defensa y oposición de la persona afectada, así como la de utilizar cuantos medios de prueba se estimen pertinentes para la mejor defensa de sus derechos e intereses. La persona afectada por la decisión de internamiento habrá de ser oída en todo caso, por así resultar de la previsión de un trámite de examen en el párrafo segundo del art. 211 del Código Civil. En segundo lugar, habrá de ser oído el Ministerio Fiscal con arreglo a lo establecido en la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 1/1996 en relación con el art. 1815 de la LECiv. En tercer lugar, habrá de ser igualmente oída cualquier persona (art. 1813) cuya comparecencia estime conveniente el Juez o sea solicitada por quien promueve el acto de jurisdicción voluntaria o por quien tenga un interés legítimo, lo que permite la concurrencia en el procedimiento de cuantos puedan tener un derecho o interés en juego, por un lado, y de quienes puedan ilustrar al órgano judicial sobre la realidad del trastorno que justifica el internamiento, de otro. Finalmente, no cabe olvidar la específica previsión de «oír el dictamen de un facultativo» contenida en el propio párrafo segundo del art. 211 del Código Civil.

Cabe asimismo la práctica de todo tipo de prueba, según se desprende de la previsión general contenida en el art. 1816 LECiv, en el que expresamente se prescinde de la «necesidad de solicitud ni otra solemnidad alguna», lo que facilita una notable flexibilidad en su admisión y práctica, orientada a la mejor y más eficiente demostración del verdadero alcance del trastorno por cuya razón se interesa el internamiento. La defensa de la persona afectada se ve finalmente asegu-

rada por la posibilidad última de que ella misma o quien tenga un interés legítimo se opongan a la solicitud de internamiento (art. 1817 LECiv). Cabe, por último, la apelación (art. 1819 de la LECiv) y la resolución judicial tiene carácter transitorio, siendo obligada la revisión de oficio, como mínimo cada seis meses, de la decisión de internamiento (art. 211, párrafo tercero, del Código Civil).

En definitiva, el panorama normativo que acaba de describirse y que entendemos de obligado cumplimiento, pone de manifiesto la inexistencia de las deficiencias denunciadas por el órgano judicial proponente de la cuestión. La privación de libertad que supone todo internamiento «ex» art. 211 del Código Civil se ajusta a las exigencias derivadas del art. 17.1 de la Constitución en la medida en que sólo puede ser acordada en virtud de autorización judicial, adoptada en virtud de una norma previa que regula su actuación. En efecto, el procedimiento de adopción de la decisión judicial de internamiento encuentra en las disposiciones contenidas en el propio art. 211 del Código Civil y en los arts. 1811 y 1824 de la LECiv un desarrollo conforme con los derechos fundamentales reconocidos en los dos apartados del art. 24 de la Constitución, toda vez que se asegura la audiencia de la persona afectada, se hace posible su oposición al in-

ternamiento y concluye con una autorización de naturaleza transitoria necesariamente revisable en plazos de tiempo razonables y sólo adoptada tras haberse acreditado, mediante la práctica de las pruebas oportunas y tras oír el dictamen de, al menos, un facultativo, que la medida de internamiento aparece como la más conveniente en beneficio del propio afectado y de la comunidad.

El Magistrado D. Pablo García Manzano formuló un voto particular que en síntesis señalaba que procede la sustitución de la escueta regulación contenida en el art. 211 del CC, por otra más acomodada a las exigencias constitucionales, garantizando de tal modo que el derecho fundamental a la libertad de toda persona —«el más fundamental de todos ellos», según el legislador de la Ley sobre «habeas corpus», en su Preámbulo— sea objeto de la adecuada previsión legal en norma con rango de Ley Orgánica, en la que se contengan, de manera precisa, los casos y la forma en que la privación de libertad, en que consiste el internamiento involuntario por razón de enfermedad mental, ha de producirse. Por ello, entendía que la cuestión de inconstitucionalidad planteada debió ser estimada, con la obligada consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad del precepto legal cuestionado.

I. FILIACIÓN

1. RECLAMACIÓN DE MATERNIDAD

1.1. *Desestimación de la demanda de reclamación de maternidad por falta de prueba.*

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 4 de febrero de 1999.
Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

En estas cuestiones no se exige una prueba férrea y absoluta, dadas las especiales condiciones de las situaciones humanas que se debaten y los intereses a proteger de los hijos, pero tampoco por ello cabe una permisividad abierta e incontrolada que permitiría, unas veces, alcanzar decisiones coincidentes con la realidad genética, con lo cual se autorizaría a definir situaciones de estado civil difusas, despejando su incertidumbre para las personas interesadas; pero, en otros casos, puede suceder que se atribuya filiación equivocada, con las graves consecuencias que ello implica, por lo que la exigencia de prueba medianamente suficiente y sobre todo convincente, con sujeción a la legalidad a cumplir, se impone y se hace exigente a los Tribunales.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. José M.^a presentó demanda de menor cuantía contra los desconocidos e inciertos herederos de D.^a Pilar solicitando que se dictase sentencia por la que se declarase la maternidad reclamada.

- El Juzgado de Primera Instancia Uno de Tui dictó sentencia el 15 de enero de 1993 desestimando la demanda, fundándose, básicamente, en la falta de prueba de los dos hechos básicos para determinar la maternidad: el hecho del parto de la designada como madre y la identidad del hijo. El testimonio aportado por varios vecinos es referencial, indirecto y no clarifica los lazos entre actor y demandada.
- En grado de apelación, la Sec. 2.^a de la AP de Pontevedra dictó sentencia el 6 de junio de 1993 desestimando el recurso y confirmando la sentencia de instancia.
- D. José M.^a interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DEL AUTO

Habiendo instado el recurrente procedimiento de reclamación de maternidad con la finalidad de que se decrete que es hijo de D.^a Pilar (fallecida en Buenos Aires) tanto el juzgado de instancia como la Audiencia Provincial desestiman la demanda, básicamente por la falta de prueba.

El recurrente entiende que ambas sentencias infringen lo establecido en el art. 127 del CC, ya que no se han reputado como suficientes los testimonios de sus vecinos. En ambas instancia se declaró que la prueba testifical —única que se aporta al pleito— no se presentaba suficiente para atender la demanda del que recurre, al tratarse de testimonios referenciales e indirectos, llevando a cabo los juzgadores de instancia un elogioso, detenido y atento análisis de los testimonios obrantes en el pleito. En todo caso no se trata de prueba con la necesaria intensidad categórica y de coincidencia.

En relación con este tema, señala el Tribunal Supremo que si bien los Tribunales de Justicia en estas cuestiones no exigen una prueba férrea y absoluta, dadas las especiales condiciones de las situaciones humanas que se debaten y los intereses a proteger de los hijos, tampoco por ello cabe una permisividad abierta e incontrolada que permitiría, unas veces, alcanzar decisiones coinci-

dentas con la realidad genética, con lo cual se autorizaría a definir situaciones de estado civil difusas, despejando su incertidumbre para las personas interesadas; pero, en otros casos, puede suceder que se atribuya filiación equivocada, con las graves consecuencias que ello implica, por lo que la exigencia de prueba medianamente suficiente y sobre todo convincente, con sujeción a la legalidad a cumplir, se impone y se hace exigente a los Tribunales. El recurrente lo que lleva a cabo en el motivo es valorar por su cuenta y para sus intereses las declaraciones emitidas por los testigos que propuso, en la pretensión casacional de que rectifique la apreciación probatoria del Tribunal «a quo», lo que no procede y menos tiene amparo en el artículo 127 del Código Civil, que conforme al artículo 39.2 de la Constitución, lo que admite es toda clase de pruebas, incluso las hereditarias, a efectos de la investigación de la paternidad o maternidad, es decir tanto las pruebas directas como las indiciarias, no habiéndose producido en este caso rechazo alguno de las propuestas, ya que no cabe considerar como tal la declaración fallida, de la que se dice podía revestir condición de prueba directa y esencial, por haber asistido al parto e identificar al nacido y con

referencia a D.^a Emilia que fue testigo propuesto.

Resulta gratuito y hasta osado argumentar que «el juzgador no ha hecho nada» para que dicha señora pudiera declarar, cuando el Juzgado se trasladó con las partes a su domicilio, cumpliendo el artículo 655 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sucediendo que la declaración no pudo practicarse, ya que por su avanzada edad y precario estado de salud fue incapaz de hacer manifestación alguna.

Por otro lado, también entiende el recurrente que las sentencias han infringido lo establecido en el art. 1253 del CC, a efectos de la procedencia de la prueba de presunciones que el Tribunal de Instancia no tuvo en cuenta. A tal efecto señala el Tribunal Supremo que el recurrente parte de un dato que la sentencia recurrida no recoge, y es el hecho supuesto y no demostrado que era el hijo del cura del pueblo y en la época del nacimiento se trataba de un suceso que a toda costa había que «tapar». Al quebrar el

soporte de los hechos, mal podían los juzgadores de instancia alcanzar por vía deductiva la pretensión que se suplica en la demanda, por lo que no atendieron a la prueba de presunciones que autoriza el artículo 135 del Código Civil, que complementa el 127. La referida prueba indirecta actúa sobre hechos de los que pueda inferirse la filiación y son los que especifica el referido artículo 135. Estos datos no concurren en el caso que nos ocupa, pues no se aportó ninguna prueba escrita, al menos alguna carta de la presunta madre desde Argentina, donde residió durante muchos años hasta que falleció, y la partida de bautismo tampoco aporta nada al respecto a la identificación filial del que recurre. Ha de recordarse que el artículo 1253 exige partir de un hecho base acreditado para obtener del mismo una consecuencia por vía de la lógica media (SS. 28-6-1991, 16-7-1994, 16-6-1995, 7-10-1995 y 4-7-1996, entre otras), y contra la falta de pruebas, sus consecuencias negativas recaen sobre el recurrente.

2. RECLAMACIÓN DE PATERNIDAD

2.1. *No existencia de posesión de estado.*

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 29 de octubre de 1998.

Ponente: D. Eduardo Fernández-Cid de Temes.

No cabe apreciar la existencia de posesión de estado en la menor por la circunstancia de que el demandado hubiese realizado algún viaje esporádico con ella, la hubiese visitado en alguna ocasión o ayudado económicamente abonando los recibos escolares durante un curso. La apreciación de si existió o no posesión de estado en la menor corresponde a los tribunales de instancia como cuestión de hecho.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Claudia formuló demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reconocimiento de paternidad contra D. Manuel, solicitando que se declara-

se la paternidad del demandado respecto de su hija Marta. En el curso del procedimiento falleció el demandado, siguiéndose la acción contra sus herederos.

- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de los de Getafe dictó sentencia el 30 de mayo de 1991 desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 22 de la AP de Madrid dictó sentencia el 9 de febrero de 1993 desestimando el recurso y confirmando la sentencia de instancia.
- D.ª Claudia interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La recurrente, a falta de la práctica de la prueba biológica, basa su pretensión en que la menor había gozado de la posesión de estado, manifestada por la circunstancia de que durante un curso escolar la inscribió el demandado con sus apellidos, pagando los recibos del Colegio.

La Audiencia señaló que, si bien últimamente existieron relaciones con cierta estabilidad entre los litigantes y situaciones de ayuda por parte del demandado a la demandante, tal apoyo, en lo que se refería a la hija cuya filiación paterna se reclamaba, había quedado concretado en algún viaje esporádico, visitas y la ayuda económica por el pago de dichos recibos escolares durante el curso 1985-1986, en el que la menor figuró inscrita como hija de D. Manuel, tales datos, junto con la declaración de otros dos hijos de la actora, que ponían de manifiesto la intermitencia de dicha convivencia y ayuda, no llevaban al ánimo de los juzgadores la necesaria convicción para el pronunciamiento estimatorio, que ha de basarse en sólidas pruebas no conseguidas, por lo que quedaban serias dudas, máxime cuanto se infería de la confesión de la actora que “no podían excluirse, al tiempo de la concepción de la hija... relaciones sexuales. con otros hombres, sin que las atenciones que D. Manuel había tenido con la expresada menor, y

que había hecho extensivas a otros hijos de la demandante, pudieran hacer concluir que la misma, respecto a D. Manuel, hubiera gozado, como afirmaba la recurrente, de posesión de estado de hija natural”, según la jurisprudencia que acotaba.

En el recurso de casación la recurrente vuelve a alegar la infracción del art. 135 del CC, ya que las pruebas practicadas acreditan la posesión de estado configurado por actos directos del padre demandado en relación con la menor, demostrativos de un verdadero reconocimiento, voluntario, libre y espontáneo.

Señala el Tribunal Supremo que *es reiterada y uniforme la doctrina de esta Sala de que se admiten dos clases de pruebas acreditativas de la filiación, cuales las directas, entre las que figuran las heredo-biológicas, antropomórficas o hematológicas, y las indirectas o presuntivas, de las que el citado precepto hace una enumeración abierta o “ad exemplum”, encontrándose entre ellas la posesión de estado que se alega, pero debiendo destacarse que ese carácter presuntivo, como convicción personal del Juez, es el que justifica con mayor fuerza su valoración en conciencia, facultándole en cada caso concreto para obtener la consecuencia más adecuada al conjunto de la prueba practicada, conforme a un principio de*

oportunidad que ha de entenderse, en consecuencia, como oportunidad reglada, que rechaza la arbitrariedad, pero no la libre facultad valorativa del Juzgador, de manera que siendo esencialmente la posesión de estado una situación fáctica de singular relevancia en materia de filiación, a partir de la reforma de 13 de mayo de 1981, que consiste, básicamente, en el concepto público en que es tenido un hijo con relación a su padre natural, cuando este concepto se forma por actos directos del mismo padre o de la familia, la estimación de su existencia o inexistencia corresponde a los tribunales de instancia como cuestión de hecho (SS., entre muchas otras y por citar solo las dictadas después de la modificación legal, de 29 de mayo de 1984; 5 de noviembre de 1987; 3 y 17 de marzo y 7 de diciembre de 1988; 20 de diciembre de 1991; 18 de febrero, 17 de marzo, 17 de junio y 14 de noviembre de 1992; 18 de mayo de 1993; 2 de marzo y 16 de julio de 1994; u 8 de mayo de 1995), máxime cuando, como sucede en este caso, la apreciación y valoración realizadas se ajustan plenamente a la lógica, de forma que no puede alcanzarles la censura casacional. Juzgado y Audiencia, repetimos, juzgaron con acierto tanto la “tractatus” (comportamiento material y afectivo dis-

pensado normalmente en una relación paterno-filial), como la fama o “reputatio” (opinión pública o consideración en el entorno social), lo esporádico e intermitente de la convivencia y de las ayudas para acreditar la posesión de estado, como, incluso, la posible concurrencia de la llamada “exceptio plurium concubentium” que si, como dijo la S. de 27 de junio de 1987, no está expresamente contemplada por nuestro C. civil y, carece por ello del valor de prueba tasada, en modo algún impide que se pondere y valore libremente por el Juzgador en consonancia con el resto de las pruebas, que es lo realizado por la sentencia recurrida para terminar afirmando las dudas racionales sobre la paternidad que impiden declararla, aunque la parte actora realizase, como esfuerzo probatorio, cuanto estaba a su alcance, pues que ello no desvanece aquellas ni quita trascendencia al pronunciamiento pretendido; mas aún, a la vista del comportamiento del presunto padre, que admitía las pruebas biológicas, cabe pensar que no se hubiese opuesto al resultado que arrojasen, pero tampoco ello sirve para destruir las dudas que, en conciencia, asaltaron a los juzgadores, plenamente respetables en casación y que, también posiblemente, asaltaron al demandado.

2.2. *Reclamación de paternidad. Documento extranjero.*

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 6 de noviembre de 1998.

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

El precepto aplicable para la validez de la certificación de nacimiento expedida en el extranjero es el art. 600 de la LEC, con arreglo al cual los referidos documentos públicos extranjeros tendrán el mismo valor en juicio que los autorizados en España si reúnen los requisitos que enumera el citado precepto (versar sobre asunto lícito y permitido por las leyes de España, tener los otorgantes aptitud y capacidad legal para obligarse con arreglo a las leyes de su país y haberse observado en su otorgamiento las formas y solemnidades establecidas en dicho país) además de la preceptiva legalización y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.

ANÁLISIS DEL CASO

- En certificación literal expedida por el registro del Estado Civil de Jatibonico, provincia de Sancti Spiritus (Cuba), extendida el 9 de marzo de 1921, aparece la inscripción de nacimiento de D. José María, la cual fue extendida por declaración de D. Antonio y D.^a Francisca, quienes manifestaron expresamente que el menor era hijo natural de ellos, al que reconocen expresamente como tal y que ni en el acto de la concepción ni hasta la fecha han tenido ni tienen impedimento alguno para contraer matrimonio.
- D. Antonio contrajo matrimonio canónico con D.^a Gabina, de cuyo matrimonio nacieron cuatro hijos. D. Antonio falleció el 1 de marzo de 1949, sin haber otorgado testamento.
- D. José María formuló demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra D.^a Gabina (viuda de D. Antonio) y sus hijos D. Ramón, D. Óscar, D. Segundo y D.^a Trinidad, solicitando que se declarase que el actor es hijo no matrimonial de D. Antonio, que en consecuencia, junto con los demandados, es heredero del referido causante y que se proceda a llevar a cabo, por los trámites del juicio de testamentaría, la partición de la herencia de D. Antonio y la adjudicación al actor de la cuota que por ley le corresponda.
- Los demandados contestaron a la demanda planteando las excepciones de falta de legitimación activa e incompetencia de jurisdicción.
- El Juzgado de 1.^a Instancia de Chantada dictó sentencia con fecha 16 de febrero de 1994 estimando íntegramente la demanda.

- En grado de apelación, la Audiencia Provincial de Lugo dictó sentencia el 27 de abril de 1994 desestimando el recurso interpuesto por los demandados y confirmando la sentencia de instancia.
- D. Ramón, D. Segundo, D.^a Trinidad y D. Óscar interpusieron recurso de casación que fue estimado parcialmente por el Tribunal Supremo, aunque en el sentido de aclarar que también eran herederos del causante los demandados.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Competencia y acumulación de acciones de filiación, declaración de herederos abintestato y partición de herencia.

Alegan los recurrentes que se ha practicado una declaración de herederos solicitada por alguien que se titula descendiente del causante, en un juicio declarativo, cometiéndose una clara infracción, por no aplicación, del art. 979 LEC, que exige que la declaración de herederos “ab intestato”, cuando se trate de descendientes, ha de obtenerse mediante acta de notoriedad; por lo que es evidente que ni el Juzgado es competente por razón de la materia, ni el procedimiento es el adecuado.

Respecto a esta cuestión, señala el Tribunal Supremo que *en sede de doctrina general no puede admitirse el motivo de impugnación, porque el juicio declarativo ordinario, dada la plenitud de “cognitio” que comporta, tiene eficacia procesal suficiente para obtener, a través de él, cuantas declaraciones de derechos pueden alcanzarse mediante un simple acto de jurisdicción voluntaria, cuya naturaleza tiene el acta de notoriedad que establece el art. 979 LEC. En relación con el supuesto específico aquí contemplado, es doctrina de esta Sala (SS 30 de junio de 1914, 9 de diciembre de 1955, 8 de marzo de 1972 y 9 de diciembre 1992, entre otras) la de que la declaración de herederos “ab intestato” puede obtenerse a través de un juicio declarativo ordina-*

rio, siempre que los extremos sobre los que recae tal declaración tengan en él la correspondiente justificación. La declaración de herederos abintestato puede obtenerse a través de un juicio declarativo ordinario (de menor cuantía, en este caso) y la competencia para conocer del mismo corresponde al JPI, al igual que para el conocimiento de las otras dos acciones ejercitadas (de declaración de filiación y de petición de partición de herencia), por lo que la acumulación de las tres referidas acciones ha sido correctamente hecha.

2. Valoración de la certificación de nacimiento extranjera.

En este motivo denuncian los recurrentes la infracción del art. 597 LEC, ya que ellos impugnaron expresamente la autenticidad de la certificación de nacimiento aportada por el actor, ante lo cual debió practicarse el cotejo que preceptúa el citado artículo. Señala el Tribunal Supremo que *el precepto que se invoca como supuestamente infringido carece de aplicación al presente supuesto litigioso, ya que, al tratarse de un documento público otorgado en nación extranjera (certificación e inscripción de nacimiento expedida y autorizada por la Registradora del Estado Civil de Jatibani-co, provincia de Sancti Spiritus, Cuba), el precepto aplicable es el art. 600 de la citada Ley procesal, con arreglo al cual los referidos documentos públicos extranjeros tendrán el mismo valor en juicio que los*

autorizados en España si reúnen los requisitos que enumera el citado precepto, cuyos requisitos concurren en la antes expresada certificación de nacimiento, pues la misma (además de versar sobre asunto lícito y permitido por las leyes de España, tener los otorgantes aptitud y capacidad legal para obligarse con arreglo a las leyes de su país y haberse observado en su otorgamiento las formas y solemnidades establecidas en dicho país), la misma, repetimos, contiene la legalización y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España, pues el funcionario competente del Ministerio de Relaciones Exteriores de Cuba ha certificado la autenticidad de dicha certificación de nacimiento; la firma de dicho funcionario ha sido legalizada por el Consulado General de España en La Habana y, a su vez, la firma del funcionario de dicho Consulado ha sido legalizada por el M.º de Asuntos Exteriores de España.

3. Cuota hereditaria del hijo no matrimonial.

En este caso, los recurrentes alegan la infracción, por aplicación indebida, de los arts. 807 y 931 del CC vigente. Sostienen que, al haberse producido la apertura de la sucesión en la fecha del fallecimiento del causante D. Antonio (1 de marzo de 1949), los preceptos aplicables han de ser los arts. 807.3, 840 y 942 CC, en su redacción anterior a la reforma por Ley de 13 (de 11, dicen ellos) de mayo de 1981, por lo que la cuota hereditaria que ha de corresponder al demandante (dada su condición de hijo natural reconocido será, según la legislación anterior y no la que correspondería con arreglo a los arts. 807 y 931 CC en su redacción vigente).

El Tribunal Supremo no acoge el motivo, ya que la sentencia recurrida no ha entrado a examinar ni resolver este tema, sino que, con un concepto excesivamente rigorista y no muy acertado de la congruencia, se ha limitado a declarar que al actor se le adjudica en la herencia de su padre D. Antonio

«la cuota correspondiente», basándose, tal vez, para dicho impreciso pronunciamiento, en que en el “petitum” de la demanda, con relación al expresado extremo, se postulaba: «...y la adjudicación al actor de la cuota que por ley le corresponda».

No obstante ello, como quiera que dicho tema, con toda probabilidad, puede plantearse en fase de ejecución de sentencia (la que no es muy apropiada para la resolución del mismo), en evitación de ello, el Tribunal Supremo se considera en el deber de puntualizar, sin que ello entrañe la estimación de este submotivo que, efectivamente, al haberse producido la apertura de la sucesión del causante D. Antonio con mucha anterioridad a la entrada en vigor de la L. 11/1981, de 13 de mayo (concretamente el 1 de marzo de 1949, fecha del fallecimiento del mismo), los derechos hereditarios del actor en la herencia del padre (como hijo natural reconocido del mismo, entonces) habrán de ser los que le corresponderían con arreglo a la legislación vigente en la referida fecha de apertura de la sucesión, conforme establece la disposición transitoria 8.ª citada de la L. 11/1981 y según tiene declarado esta Sala (SS. 13 de febrero y 26 de diciembre de 1990, 8 de noviembre de 1991 y 28 de julio de 1995, entre otras).

4. Plazo para solicitar la partición de la herencia.

En este motivo los recurrentes vienen a sostener, en esencia, que habiendo ellos poseído los bienes hereditarios durante más de cuarenta años, en concepto de dueños de los mismos, ha de considerarse, dicen, que han adquirido el dominio de tales bienes por prescripción. Sin embargo, señala el Tribunal Supremo que los demandados (hijos matrimoniales de D. Antonio) han venido poseyendo los bienes integrantes de la herencia de su referido padre en concepto de herederos del mismo (aun sin haber obtenido siquiera su preceptiva declaración de herederos abintestato, lo que se realiza a través de este proceso, y, por tanto, sin haber practicado partición alguna de dicha herencia in-

divisa) y es reiterada doctrina de esta Sala (SS. 24 de noviembre de 1906, 6 de junio de 1917, 8 de junio de 1943, 4 de abril de 1960, 13 de noviembre de 1969, 23 de junio de 1982, 20 de octubre de 1989 y 18 de abril de 1994, entre otras) la de que cuando los bienes hereditarios se poseen de consuno, en común y pro indiviso por los coherederos, dicha posesión no es hábil para que los mismos puedan adquirir los bienes integrantes del indiviso caudal hereditario, por cuanto no prescribe entre coherederos la acción pa-

ra pedir la partición de la herencia, según establece el art. 1965 CC, cuya acción es la que ha ejercitado en este proceso el demandante D. José María, en su calidad de coheredero (hijo no matrimonial del causante), por lo que la sentencia aquí recurrida ha hecho una correcta aplicación del citado precepto, en cuya infracción no ha incurrido, así como tampoco en la del también invocado art. 1959 del Código Civil, por carecer este precepto de aplicación al presente supuesto litigioso.

2.3. Valoración de la prueba testifical.

Tribunal Supremo. Sala 1.ª, Sentencia de 4 de diciembre de 1998.

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes.

La valoración de la prueba testifical es una facultad discrecional del Juzgador de instancia no impugnabile en casación.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Josefa formuló demanda de juicio de menor cuantía en reclamación de filiación no matrimonial contra D. Lorenzo, solicitando que se dicte sentencia por la que se declare que el demandado es el padre del menor Antonio Jesús, quedando excluido el demandado de la patria potestad, si se opusiere. D. Lorenzo de personó en autos y se opuso a la demanda.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Linares dictó sentencia el 26 de octubre de 1993 desestimando la demanda por no existir pruebas con suficiente entidad que acompañasen al indicio constituido por la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas acordadas
- En grado de apelación, la Audiencia Provincial de Jaén dictó sentencia el 13 de junio de 1994 desestimando el recurso y confirmando la sentencia de instancia.
- D.ª Josefa interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Tanto el Juzgado como la Audiencia desestimaron la petición formulada por D.^a Josefa de que se declarase que D. Lorenzo era el padre biológico del menor Antonio Jesús, al entender que la parte actora no había justificado ni siquiera indicios serios de la conducta que se atribuía al demandado, ni la posibilidad del acceso carnal, ni relaciones que superasen la simple vecindad, ni, en fin, términos hábiles para la procreación por dicho demandado, al resultar insuficientes los meros rumores y el testimonio de seis testigos propuestos por la actora y parientes suyos que, sobre o a más de tal dato, declararon tener interés directo en el pleito. Precisamente por esta circunstancia, la negativa de D. Lorenzo a someterse a la práctica de la prueba biológica no fue considerada como una “ficta confesio”.

La parte recurrente sostiene que las sentencias dictadas tanto por el juzgado como por la Audiencia han infringido la doctrina jurisprudencial que se contiene en las sentencias del TS de 14 de julio de 1988 y 24 de enero de 1989 atacando también “la descalificación que se hace de la prueba testifical practicada”, de la que se dice que “nada prueba”. Señala el Tribunal Supremo *que el motivo tiene que ser desestimado pues, respecto al último extremo, ha de recordarse, tratando de ser concisos, que, tal y como se recoge en la S. de 27 de mayo de 1998, “la prueba testifical es discrecional en cuanto a su apreciación por el Juzgador, no impugnabile en casación, toda vez que los arts. 659 LEC y 1248 CC no contienen reglas de valoración y solo poseen carácter admonitivo, no preceptivo, y, además, las reglas de la sana crítica a que alude el art. 659 no pueden considerarse como normas infringidas al no constar en norma jurídica positiva (SS. de 20 de diciembre de 1991, 11 de abril de 1992, 17 de abril de 1997, entre otras muchas)”. Quiere decirse que la valoración realizada por la Audiencia resulta inconcusa y llegó a ella, no por que dejase de acom-*

pañarse a la demanda un principio de prueba, ya que una vez admitida a trámite lo importante era que la prueba se consiguiese en el proceso, ni por razón del parentesco con la actora, inhabilidad legal que el art. 1247 del CC deja sin efecto en su párrafo último, sino por el análisis pormenorizado que de dicha prueba se llevó a cabo en las instancias y su poca consistencia para acreditar, según sus razones de ciencia, unas presuntas relaciones que se afirma mantenidas durante mas de un año, unido todo ello, ahora sí, al interés directo manifestado por todos los testigos, al que no abarca la excepción de dicho último párrafo del art. 1247, siendo de significar también que la afirmación de que no se habían justificado ni siquiera indicios serios de las relaciones íntimas en términos hábiles para la procreación se sentó no obstante ponderar el carácter fundamental de los derechos en litigio, su trascendencia y acogimiento en la Constitución.

Si ningún valor tiene la prueba intentada y no conseguida y tampoco vale como principio de prueba, ha de concluirse que el problema casacional queda circunscrito a la pregunta de si la mera negativa a la prueba biológica es suficiente de por sí para declarar una paternidad no matrimonial. Tal como se recoge en la sentencia de esta Sala de 22 de junio del corriente año 1998, “la mera negativa a someterse a la prueba biológica, cuando no existe en el proceso ninguna otra clase de pruebas, al no constituir una “ficta confesio”, no puede, por sí sola, ser determinante de una declaración de paternidad”, pues “constituye un muy valioso indicio probatorio cuando concurren otras pruebas que evidencian la existencia de las relaciones sentimentales o amorosas entre los litigantes y la probabilidad de las relaciones sexuales entre ellos que puedan ser las determinantes de la paternidad reclamada”. Y tal doctrina, absolutamente reiterada y constante, informa no solo las sentencias citadas

por la Audiencia y Juzgado, sino también las de 12 de diciembre de 1997, 4 y 18 de julio y 10 de octubre de 1996, 8 de mayo, 16 de junio o 7 de octubre de 1995 y aquellas en las que el recurrente trata de apoyar su motivo (14 de julio de 1998 y 24 de enero de 1989, en las que se contempla, junto a la negativa, la concurrencia de otras pruebas o principio de ellas), por citar solo los últimos

años, con la única aclaración de que en todas se daba esa concurrencia de otras pruebas, salvo en la de 18 de julio de 1996, en la que se dice que al no existir prueba de la que inferir la existencia de relaciones sexuales en la época de la concepción del menor, no se puede dar valor y eficacia de confesión a la negativa al sometimiento a las pruebas biológicas.

2.4. *Validez y eficacia de la declaración de testigos que se aportó conjuntamente con la demanda.*

**Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 28 de diciembre de 1998.
Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala Trillo-Figueroa.**

No cabe alegar la ineficacia de la declaración testifical que se acompañó con la demanda, ya que el demandado dispuso de la posibilidad de haber propuesto alguna prueba que desvirtuase dichos testimonios, pudiendo proponer, incluso, la testifical de aquellos mismos testigos que depusieron.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Dolores interpuso demanda de menor cuantía contra D. Cristóbal solicitando que se declare que los menores Rafael y Cristóbal son hijos extramatrimoniales del demandado.
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 2 de Lucena dictó sentencia el 14 de diciembre de 1993 estimando íntegramente la demanda. Como hechos probados figuran los siguientes: “La actora y el demandado mantuvieron relaciones íntimas de carácter sexual desde 1986 hasta marzo de 1992. Durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1991, el demandado residía con la actora en un piso situado en la localidad de Antequera y cedido en arrendamiento al primero, haciéndose pasar por un matrimonio en compañía de su hijo Rafael, y estando aquélla a la espera de su segundo hijo, que nació el 28 de diciembre de 1991, mientras convivían en dicho lugar. El demandado llegó a admitir frente a terceros la paternidad de los hijos”.

- En grado de apelación, la Sec. 3.^a de la Audiencia Provincial de Córdoba dictó sentencia con fecha 20 de junio de 1994, desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Cristóbal.
- D. Cristóbal interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurrente dirige sus alegaciones a impugnar la sentencia por haberse producido infracciones de normas procesales y, por otro lado, por no haberse aplicado la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre las consecuencias del no sometimiento a la prueba biológica.

1. Infracciones de normas procesales.

El motivo del recurso gira en torno a la aportación con la demanda de unas declaraciones de testigos que acreditan la realidad de los hechos en que se funda la misma, cuestionándose la validez de dicha prueba testifical.

a) Obligatoriedad de la presentación de un principio de prueba con la demanda.

Entiende el recurrente que se ha infringido el art. 127.2 del CC —“El juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde”—. El referido precepto sustantivo acuña una expresión desconocida en el adecuado procesamiento, el de «principio de prueba», que debe interpretarse con un criterio amplio, entendiéndolo así el Tribunal Supremo, que en Sentencia de 12 de noviembre de 1987 estima a estos efectos como suficiente la alegación de pruebas hechas en el escrito de iniciación, las cuales pueden ser corroboradas en la fase probatoria, manteniéndose el mismo criterio en la de fecha 3 de junio de 1988. En la Sentencia de 3 de diciembre de 1991 se establece que «de ordinario el medio del principio de

prueba será su constancia por escrito, si bien no sólo la prueba documental “stricto sensu” será válida, sino también otros medios documentales, en sentido amplio, a las que podían añadirse declaraciones prestadas por escrito, o sea, pruebas documentadas, como las manifestaciones recogidas en acta notarial». Más allá de este criterio, cabe también sostener que el principio de prueba no es necesario que tenga que plasmarse en determinado documento acompañatorio, sino que basta con que en la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado y llevar de este modo a cabo un control de la razonabilidad de la demanda (Sentencias de 8 y 20 de octubre de 1993).

Sostiene el recurrente que, en cualquier caso, la exigencia establecida en el artículo 127.2.^o del Código Civil es un requisito de procedibilidad para la admisión de la demanda dotándola de un cierto contenido o seriedad en término jurisprudencial, pero ello no puede ni debe elevarse a categoría de prueba de fondo de las alegaciones y de la pretensión que se deduce, hasta el extremo de que se convierte en la única «actividad probatoria» de la parte actora, dándola simple y llanamente por reproducida en la fase probatoria.

En relación con el art. 127.2 del CC señala el Tribunal Supremo: “es de puntualizar, en primer lugar, que debe ser interpretado de modo amplio para no reducir la posibilidad de obtener éxito en la investigación de la paternidad, como se desprende de las Sentencias de fechas 12 de noviembre de 1987 y 3 de junio de 1988, ambas citadas en

el motivo. Tal y como aparece redactado el mencionado precepto, es innegable, primero, su propósito de no poner cortapisas a la clase de medios probatorios que puedan entrar en el concepto de «un principio de prueba», y, segundo y lo que es más importante, que la exigencia que contempla ha de calificarse cual una garantía de procedibilidad procesal, por lo que, como ya se recogió en la Sentencia de 3 de junio de 1988, el cauce casacional adecuado para hacer valer su posible infracción, hubiera sido el ordinal 3.^o del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto que la misma sería representativa de un quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras que rigen los actos y garantías procesales, lo que debería de haber comportado la inadmisión a trámite del motivo o su desestimación en el actual momento procesal.

Por otro lado, como indica el Tribunal Supremo, es de tener en cuenta que el recurrente, ni en su escrito de contestación a la demanda, ni en ningún otro presentado en la primera instancia y segunda instancia, ha formulado reparo alguna acerca de la inobservancia formal sobre la exigencia de procedibilidad.

b) Irregularidades de la práctica de la prueba testifical.

Alega el recurrente que se han vulnerado, pues, los artículos 638, 639, 640, 641, 642, 649, 652 y 660, todos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reguladores de la prueba de testigos, en cuanto que no se le ha dado traslado de la lista de testigos, ni interrogatorio de preguntas, no se le ha permitido redactar y presentar interrogatorio de repreguntas, ni ninguna otra intervención en la pretendida prueba testifical, impidiéndosele así la posibilidad de adicionar preguntas como lo permite la Ley, o tachar testigos a la vista de las circunstancias que concurren en los mismos, etc. En definitiva las declaraciones de las personas que lo han hecho no tienen, ni puede otorgársele, valor de prueba testifical

por haberse hecho con ausencia de todos los requisitos exigidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Señala el Tribunal Supremo que el recurrente no formuló ningún reparo o protesta a la proposición de prueba testifical de la contraparte —que se remitió a la «practicada y que obra en autos»— ni respecto a la providencia de tener por admitida y pertinente la misma, ni, siquiera, por vía de invocación de un incidente de nulidad de actuaciones, consideración ésta que, unida a la anterior, autoriza a entender que en el motivo se viene a plantear una cuestión nueva. El demandado dispuso de la posibilidad de haber propuesto alguna prueba que desvirtuase el testimonio de la información testifical ofrecida en la demanda, incluso, la testifical de aquellos mismos testigos que depusieron.

El conjunto de preceptos procesales que se citan en el motivo se refieren a la regulación de la prueba de testigos en los juicios declarativos, por lo que no cabe ponerles en relación con el civil 127.2. Las consideraciones que anteceden y las expuestas en el precedente fundamento permiten concluir que el Tribunal «a quo» no incurrió en la infracción denunciada en el motivo examinado, lo que origina su claudicación.

2. Doctrina constitucional y del Tribunal Supremo sobre la práctica de la prueba biológica.

En este campo de investigación se ha venido produciendo una progresiva evolución en la línea de los Tribunales mencionados, hasta concluir en la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 enero 1994, que viene a concluir en lo deseable del sometimiento del presunto padre a tales pruebas biológicas llegando a utilizarse el término obligatoriedad pero no de modo absoluto sino reconociéndose expresamente la legitimidad de la negativa siempre y cuando la resolución en que se acuerde tal prueba carezca de fundamentación o no existan indicios serios de la pretensión que se deduce. Se exige ahora por el Tribunal Constitucional que existan otros indicios sobre la pater-

nidad; en el proceso que conjugados con la negativa al sometimiento de las pruebas biológicas permitan concluir con la declaración de paternidad, tales indicios han de ser puestos de manifiesto por el Juzgado o Tribunal como fundamentación de la resolución en que acuerde la práctica de tales pruebas. A diferencia de la primera instancia, en la que no se ofrece justificación alguna, en el Auto de la Audiencia de 9 de marzo de 1994, se fundamenta la decisión de acordar para mejor proveer la práctica de las pruebas biológicas precisamente en «las testificales obrantes en autos» considerándolas como indicios serios de la conducta que se le atribuye a nuestro patrocinado, razón por la que —precisamente apoyándose en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1994— se entiende viene obligado a someterse a las pruebas biológicas sobre filiación.

En base a la anterior doctrina, entiende el recurrente que se ha de llegar a la conclusión de que en el caso de autos no existen indicios serios que conjugados con la negativa permitan sentar su paternidad y ello porque esas pretendidas y/o consideradas por la Sala de apelación como indicios serios basados exclusivamente en las consideradas pruebas testificales de autos no pueden ser tales, como tampoco pueden considerarse como pruebas testificales las existentes en las actuaciones practicadas con desconocimiento y vulnerando la regulación al respecto establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si como en el recurso se pretende han de quedar sin valor alguno las declaraciones testificales aludidas, queda el proceso sin otra prueba y por tanto carente de toda clase de indicios sobre la realidad de la conducta que se atribuye al recurrente, dejando sin base la determinación del sometimiento a las pruebas de paternidad tan discutidas.

Con carácter previo a resolver el motivo de impugnación, el Tribunal Supremo analiza la sentencia que se cita del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1994 seña-

lando que resulta conveniente resaltar determinadas orientaciones que de ella se desprenden:

a) La resolución judicial que ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico no vulnera los derechos del afectado a su intimidad e integridad, no pudiendo considerarse degradante, ni contraria a la dignidad de la persona, ni atentatoria, tampoco, al pudor o recato personal, y no puede constituir «per se» una injerencia prohibida.

b) Las pruebas biológicas que conlleven la práctica de una intervención corporal sólo se justifican cuando sean indispensables para alcanzar los fines constitucionales protegidos, de suerte que cuando la evidencia sobre la paternidad pueda obtenerse a través de otros medios probatorios menos lesivos para la integridad física, no está autorizado el órgano judicial a disponer la práctica obligatoria de los análisis sanguíneos, los que no pueden imponerse cuando puedan suponer un grave riesgo o quebranto para la salud.

c) La medida judicial debe guardar una adecuada proporción entre la intromisión a la intimidad e integridad física o moral del afectado, y la finalidad a la que sirve, cuya ponderación debe plasmarse en la motivación de la necesidad de la medida, que ha de razonarse en la decisión judicial.

d) Desde estas coordenadas, el demandado sólo podría legítimamente negarse a someterse a las pruebas biológicas si no existieran indicios serios de la conducta que se le atribuye o pudiera concurrir un gravísimo quebranto para su salud.

e) Todo ello conduce a que sólo se disponga la realización de las pruebas biológicas cuando, a la vista de los elementos de convicción obrantes en el proceso, resulte del todo necesaria para establecer una paternidad posible, no meramente inventada por quien formula la acción de filiación.

Del conjunto de orientaciones acabadas de relacionar —señala el Tribunal Supre-

mo—, interesan, a los fines del motivo, las relativas a la existencia de indicios serios aconsejables de las pruebas biológicas y a la fundamentación de la resolución en que se acordó, cuya falta de concurrencia se apoya en la alegación de carecer las pruebas testificales de la posibilidad de tenerlas como tales, pero semejante argumentación se encuentra desprovista de razón de ser puesto que la improcedencia del primer motivo conduce a conceder a dichas pruebas plenitud de validez y eficacia, por lo que no cabe

entender que el Auto de la Audiencia de 9 de marzo de 1994 se encontrase falto de indicios serios en punto a estar en presencia de una posible y razonable paternidad, y, asimismo, no se encontró carente de fundamentación desde el momento en que hizo alusión a la prueba testifical, y dado que, además, estimó que no podía existir «un gravísimo quebranto» para la salud del interesado, resulta obvio que el Tribunal «a quo» no desconoció en ningún aspecto la doctrina jurisprudencial reseñada.

2.5. Valoración de la prueba.

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 2 de febrero de 1999.

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

El órgano de instancia, en principio, tiene plena soberanía para la valoración de la prueba, no siendo procedente una nueva valoración en fase casacional, salvo que ésta resulte ilógica, opuesta a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Joaquina promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reconocimiento de paternidad no matrimonial contra D. José Domingo, solicitando que se dicte en su día sentencia por la que se declare la paternidad del demandado respecto de la menor Victoria con todos los derechos que ello conlleva y con imposición de costas al demandado.
- El demandado contestó a la demanda oponiéndose a las pretensiones de la actora y solicitando su desestimación, sin que se sometiera a la práctica de la prueba biológica.
- El Juzgado de Primera Instancia de Villarrobledo dictó Sentencia el día 3 de febrero de 1994 estimando íntegramente la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 2 de la AP de Albacete dictó sentencia el 27 de junio de 1994 desestimando el recurso de apelación interpuesto por el demandado.
- D. José Domingo interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Como suele ser habitual en este tipo de acción, no habiéndose practicado la prueba biológica, el recurrente pretende que se vuelva a valorar de nuevo en casación la prueba practicada en la instancia. En este caso, el recurrente reprocha que la sentencia impugnada fue dictada con absoluta carencia de prueba, partiendo de la de presunciones como básica para determinar la condena. El Tribunal Supremo desestima el recurso porque, amén de que la Sala de instancia, para alcanzar su convicción, ha tenido en cuenta treinta y una notas manuscritas por D. José Domingo y dirigidas a D.^a Joaquina, la absolución de posiciones de aquél, dos testimonios y la actitud procesal del recurrente, quien no ha prestado la mínima y ne-

cesaria colaboración para la efectividad de la prueba biológica de investigación de la paternidad, en verdad, el recurrente trata de convencer a este Tribunal del error en la apreciación de la prueba verificado por el de apelación y no tiene en cuenta que, según ha declarado reiteradamente esta Sala, aparte de otras, en Sentencias de 18 de abril de 1992, 15 de noviembre de 1997 y 30 de diciembre de 1998, el último citado posee, en principio, soberanía para dicha estimación, salvo que ésta resulte ilógica, opuesta a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica, que son supuestos de exclusión no concurrentes en este caso, pues lo contrario transformaría el recurso de casación en una tercera instancia.

2.6. *Aportación de un principio de prueba con la demanda.*

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 16 de enero de 1999.
Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala Trillo-Figueroa.

La exigencia de aportación de un principio de prueba con la demanda que se contiene en el art. 127.2.º del CC ha sido interpretado jurisprudencialmente con gran amplitud de criterio, hasta el punto de que es factible la alegación de pruebas en la demanda que luego puedan ser corroboradas en la fase probatoria.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a María del Carmen instó demanda de menor cuantía contra D. Nicolás solicitando se dictase sentencia por la que se declarase que M.^a Jesús y Cristina son hijas del demandado y que se establezca a favor de ellas una pensión alimenticia de 100.000 pts. o la que el Juzgado estime oportuna, habida cuenta de la prueba que se practique sobre la cuantía de los ingresos del demandado.
- El demandado se opuso a la demanda solicitando su desestimación.

- El Juzgado de Primera Instancia número Uno de Betanzos dictó sentencia el 9 de diciembre de 1991 desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la sec. 3.^a de la Ilma. Audiencia Provincial de La Coruña dictó sentencia el día 10 de junio de 1994 estimando el recurso interpuesto por la demandante y revocando la sentencia de instancia declaró que M.^a Jesús y Cristina eran hijas del demandado, fijando una pensión alimenticia para ellas de 50.000 pts.
- D. Nicolás interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurrente centra sus motivos de oposición en la infracción del art. 127.2.^º del CC (aportación de un principio de prueba con la demanda) y 135 del CC (falta de prueba).

1. Aportación de un principio de prueba con la demanda de reclamación de paternidad.

Señala el art. 127.2 del CC que “El juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde”. El recurrente entiende que la exigencia del principio de prueba de los hechos en que se funda la demanda representa un límite al ejercicio de las acciones de filiación, y aun siendo cierto que la jurisprudencia interpreta ese requisito con criterio amplio para no reducir las posibilidades de investigación, también lo es que establece una barrera a demandas carentes de todo fundamento, y que el demandado puede pedir la reposición de la admisión, discutiendo en la fase preliminar del proceso la seriedad de la demanda de filiación (Sentencia de 15 de marzo de 1989), pero ello no puede hacerse en dicha fase. Constatada la absoluta falta de seriedad de la demanda, en el escrito de conclusiones se puso en conocimiento del juzgador de instancia la infracción del párrafo 2.^º del artículo 127 del Código Civil y dicho juzgador le dio la

razón desestimando la demanda y absolviendo de ella al demandado, porque ante él nada se probó. Las Sentencias de 21 de diciembre de 1989 y 3 de junio de 1988 se pronunciaron por la inadmisión de la demanda por no presentar el principio de prueba.

Como indica el Tribunal Supremo, es cierto que el párrafo segundo del artículo 127 del Código Civil contiene una norma de significación y alcance procesal en cuanto que establece una exigencia de procedibilidad en orden a la admisión a trámite de las demandas sobre filiación, que se refleja en la necesidad de presentar con las mismas un principio de prueba de los hechos en que se fundan, por lo que la posible vulneración al precepto dicho tendría que haber sido denunciada a través del ordinal 3.^º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que supondría un quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales. Pero haciendo abstracción del defecto procesal indicado, no cabe duda que la norma referida ha sido interpretada jurisprudencialmente con gran amplitud de criterio, hasta el punto de que el meritado párrafo no supone desconocerse por el hecho de alegarse pruebas en la demanda que puedan ser corroboradas en la fase probatoria, como señala la Sentencia de 21 de diciembre de 1989, especialmente cuando la imposibili-

dad de su práctica no sea atribuible a la propia parte, siendo de puntualizar al respecto que la testifical ofrecida en el otrosí de la demanda no se llevó a cabo en el período probatorio por circunstancias ajenas a la actora. Por otro lado, no cabe olvidar que la alegación de la presunta infracción de la regla prevenida en el tan repetido párrafo resultó extemporánea al aludir a ella en el escrito de conclusiones, cuando debió plantearse en los trámites procesales anteriores, concretamente, al tiempo de personarse el demandado en el procedimiento y, cuando menos, con su escrito de contestación a la demanda, siendo de puntualizar, por último, que no puede ser tachada la demanda de falta de seriedad, bastando para ello tener en cuenta el resultado probatorio enjuiciado por el Tribunal «a quo», que es al que hay que atenerse en el recurso de casación, aunque el mismo llegue a soluciones contrarias al apreciado por el Juzgador de instancia. Así pues, las consideraciones que anteceden conducen a entender que la sentencia recurrida no infringió, en ningún concepto, la norma contenida en el párrafo segundo del artículo 127 del Código Civil.

2. Falta de acreditación de la filiación.

Por otro lado sostiene el recurrente que la sentencia recurrida infringe, por aplicación indebida, el artículo 135 del Código Civil, por cuanto en el presente caso no sólo no han resultado probadas las supuestas relaciones sexuales entre la actora y demandado, sino que no se ha probado hecho alguno del que se pueda inferir la filiación de modo análogo; y por la parte contraria se evidenció una absoluta inactividad probatoria, puesto que ante la falta de práctica de la prueba testifical propuesta al amparo del pá-

rrafo 2.º del Código Civil no solicitó ni un nuevo señalamiento para su práctica, ni la misma como diligencia para mejor proveer. La prudencia de la jurisprudencia a la hora de resolver sobre la filiación extramatrimonial es tal que necesariamente ha de ser conjugado el no someterse a las pruebas biológicas con otros elementos probatorios figurados y constatados en los autos. Y en esta línea: Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1988, 11 de marzo de 1988, 19 de noviembre de 1985, 14 de noviembre de 1987 y 26 de noviembre de 1990. Y la Sentencia de 28 de junio de 1991 estableció que «aun cuando la doctrina y la jurisprudencia destacan las diferencias entre los procesos civiles de filiación y el resto de los procesos, afirmando que en aquéllos pierde relevancia el principio de aportación de parte y hasta el principio dispositivo, ello no es hasta el punto de que el órgano judicial deba suplir la inactividad procesal de las partes».

En relación con la invocación referida al artículo 135 del CC, señala el Tribunal Supremo en primer lugar, que la parte actora no incurrió en inactividad probatoria puesto que no limitó su propuesta a la testifical, al proponer, además, confesión judicial, documental y pericial, y, en segundo término, que la Sala «a quo» no se limitó a valorar únicamente la conducta negativa del demandado-recurrente a someterse a la prueba de investigación biológica, sino que procedió a conjugarla con otros medios probatorios, como la testifical de la precitada parte, la de su confesión y la documental, y, también, hizo alusión al «informe de detectives» aportado por el demandado, y esto así, permite concluir que no se infringió, tampoco, el artículo 135 del Código Civil, ni la doctrina jurisprudencial reseñada en el motivo examinado, lo que origina, consecuentemente, la claudicación del mismo.

2.7. *Exclusión de la patria potestad como efecto de la declaración de paternidad.*

Tribunal Supremo. Sala 1.ª, Sentencia de 2 de febrero de 1999.

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo.

Un análisis ponderado de los textos legales permite afirmar que excluir de la patria potestad a quien no la ejerció por no ser padre declarado del menor no equivale a privarle de la patria potestad, concepto que comporta haberla ejercitado incurriendo en causa suficiente.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª María Luz interpuso demanda de juicio de menor cuantía contra D. Ernesto solicitando se dictase sentencia por la que se declare la paternidad del demandado respecto de la menor María, excluyendo al demandado del ejercicio de la patria potestad y demás derechos que ostenta todo padre por ministerio de ley respecto del hijo o de sus descendientes, condenándose asimismo a que abone una pensión en concepto de alimentos para su hija de 50.000 pts. mensuales con sus correspondientes actualizaciones anuales.
- El demandado se opuso a la demanda solicitando su desestimación y, en el supuesto de que resultase acreditada la paternidad, no matrimonial, se fije una pensión alimenticia de 10.000 pts. mensuales.
- El Juzgado de Primera Instancia Número Cinco de Madrid dictó sentencia el día 3 de junio de 1992 estimando la demanda y declarando la paternidad del demandado, el ejercicio de la patria potestad de forma exclusiva por la madre y fijando en 30.000 pts. el importe de la pensión alimenticia.
- En grado de apelación, la Sec. 22 de la AP de Madrid dictó sentencia el 17 de mayo de 1994 desestimando el recurso interpuesto por la madre y estimando en parte el recurso del demandado, fijando en 20.000 pts. el importe de la cuantía de la pensión alimenticia.
- D.ª María Luz interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Señala el art. 111 del CC que “Quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias el progenitor cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición”. Habiendo solicitado la madre la aplicación de dicho precepto, tanto la sentencia del juzgado de 1.ª instancia como la dictada por la Audiencia provincial sólo se pronunciaron en el sentido de que la patria potestad se ejercitase únicamente por la madre.

Señala el Tribunal Supremo que esta decisión, confirmada por la Audiencia, es la respuesta judicial a la petición contenida en el suplico de la demanda, que literalmente dice: «excluyendo expresamente al demandado del ejercicio de la patria potestad y demás derechos que ostente todo padre por ministerio de la ley respecto del hijo o sus descendientes.». Para la Audiencia no hubo oposición suficiente, puesto que no apeló la declaración de paternidad, y añade que no puede confundirse el efecto legal prevenido en el art. 111 CC con la privación de la titularidad de la patria potestad.

Un análisis ponderado de los textos legales nos permite afirmar que excluir de la patria potestad a quien no la ejerció por no ser padre declarado del menor no equivale a privarle de la patria potestad, concepto que comporta haberla ejercitado incurriendo en causa suficiente.

El derecho derogado por la L. de 13 de mayo de 1981 distinguía entre privación y suspensión de la patria potestad. El régimen vigente a partir de dicha ley, tras establecer en el art. 169 las causas de extinción de la patria potestad, establece en el art. 170 la posible privación total o parcial de la potes-

tad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, o dictada en causa criminal o matrimonial, añadiendo que en beneficio e interés del menor los Tribunales pueden acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiera cesado la causa que motivó la privación.

En este régimen, pues, junto a la privación se instaura la figura de la exclusión del ejercicio de la patria potestad. Esta figura se impone por ministerio de la ley, no por sentencia, y eso es lo que pidió la demandante en su demanda, y no le concedieron ni el Juzgado ni la Audiencia, pero por no distinguir ambas figuras.

La exclusión se produce cuando el padre biológico no acepta su paternidad, no busca salir de dudas extrajudicialmente y, demandado, no se allana a la pretensión, bien que, como no podrá ser de otro modo, acepta la decisión judicial tras seguir el proceso.

No se diga que la solución que surge de esta interpretación legal perjudica al menor, cuyo interés debe ser siempre prevalente, puesto que la exclusión del ejercicio no equivale a privación; basta leer el art. 111 cuando concluye que sobre los padres excluidos del ejercicio «quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos», y con el cumplimiento de tales deberes y el ejercicio materno de la patria potestad, queda cubierto el interés preponderante del menor; amén de que las restricciones podrán cesar, como también prevé el citado art. 111.

En base a lo anterior, el Tribunal Supremo estima el recurso y modifica el fallo de la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar excluido de la patria potestad, en los términos del art. 111 CC, al progenitor.

3. IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD

3.1. *Plazo de impugnación de la filiación paterna matrimonial.*

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 31 de diciembre de 1998.
Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada Gómez.

La desestimación de la demanda de impugnación interpuesta por el padre en base a la aplicación del plazo de caducidad de un año desde la fecha de la inscripción registral establecido en el art. 136 del CC no supone ninguna interpretación errónea de la doctrina jurisprudencial, ya que los supuestos en los que dicho plazo comienza a transcurrir desde que se tenga conocimiento del error se refieren exclusivamente a los supuestos en los que existió un reconocimiento expreso como cauce para acceder a la matrimonialidad de los hijos, pero no para aquellos en los que la filiación matrimonial quedó determinada por la presunción de paternidad del art. 116 del CC.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Miguel interpuso demanda de menor cuantía contra D.^a María Isabel y D. Gustau solicitando que se dictase sentencia por la que se declarara la no paternidad biológica del demandante con respecto a los hijos habidos en su matrimonio con la demandada y en consecuencia dejando de ostentar los referidos hijos el apellido del demandante.
- Los demandados se opusieron suplicando se dictase sentencia por la que, sin entrar en el fondo del asunto, se desestime la demanda por falta de litis consorcio pasivo necesario y por caducidad de la acción —estimable de oficio—, o, entrando en el fondo del asunto, se desestime, asimismo, la demanda con, en todo caso, expresa imposición de costas al actor por su temeridad y mala fe.
- El Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Gerona dictó sentencia en fecha 28 de septiembre de 1993 desestimando la demanda por caducidad de la acción.
- En grado de apelación, la sec. 4.^a de la Audiencia Provincial de Gerona dictó sentencia con fecha 17 de junio de 1994 desestimando el recurso.
- D. Miguel interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Tanto la sentencia del juzgado de 1.^ª Instancia como la de la Audiencia Provincial desestimaron la demanda de impugnación de paternidad, aplicando ambas el plazo de caducidad del art. 136 CC, que enerva la posibilidad impugnatoria de la paternidad matrimonial ejercitada tras más de 20 años de la inscripción del nacimiento.

Señala el art. 136 del CC que “el marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento”. No obstante el tenor literal del precepto, señala el recurrente que las sentencias no han tenido en cuenta las normas de la doctrina aplicable al caso en relación con el nuevo criterio doctrinal con respecto al plazo para la interposición de la acción de impugnación. Mantener la caducidad de la acción, como período para impugnar la paternidad matrimonial es un fraude de la ley que sólo beneficia, ampara y protege a aquel componente de la pareja matrimonial que ha sido infiel a la actora, y concluye señalando que, si bien es cierto que tanto el art. 136 CC como el art. 12 de la Ley de Filiaciones de Cataluña determinan la caducidad de un año, aplicable de oficio y no interrumpible por aplicación del art. 1973 CC, también es más cierto que el art. 141 CC y el art. 14 de la Ley de Filiaciones de Cataluña reconocen el derecho a impugnar el reconocimiento hecho por error, caducando la acción al año de cesar el vicio de consentimiento. Por consiguiente, dado que el padre no conocía, hasta poco antes de instar la demanda, el engaño de la esposa, no pudo operar la caducidad hasta que fue consciente del engaño y, por tanto, del error en que estaba sumido, y es a partir de ahí cuando operan los arts. 141 CC y 14 de la Ley de Filiaciones de Cataluña.

A tal efecto señala el Tribunal Supremo que *el recurso no puede prosperar, por*

cuanto pretenden basar la acción impugnatoria de paternidad matrimonial en lo dispuesto en los arts. 141 CC y 14 de la Ley de Filiaciones de Cataluña, en el sentido de que hubo error en el consentimiento o reconocimiento por el actor de la filiación matrimonial de los hijos habidos con la demandada, frente a lo que prevalece al efecto cuanto se razona en el FJ 4.^º de la sentencia recurrida, en el sentido de que el citado art. 141 solamente contempla cuando ha existido un reconocimiento expreso como cauce para acceder a la matrimonialidad de los hijos, pero que en el caso de autos tal reconocimiento no ha tenido lugar, sino que ha jugado sin más la presunción del art. 116 CC (ínsita en el “pater est is qui iustae nuptias demonstrant, nisi...”) esto es, el valor de presunción “iuris tantum” de que son hijos matrimoniales los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días siguientes a la disolución o separación, cauce éste que es muy distinto a dicho reconocimiento, como acto jurídico independiente, donde efectivamente, los vicios de consentimiento pueden determinar la posible impugnación en los términos habidos por citados arts. 141 y 14 de la Ley de Filiaciones de Cataluña (ésta, como es sabido, dentro de la Ley 7/1991 de 27 de abril, que derogó los respectivos del título I de Compilación de Cataluña de 19 de julio de 1989); y sin que sea prevalente la susodicha S. 30 de enero de 1993, pues su tesis bien novedosa y de mérito, resolviendo un litigio con problemática distinta como señala el FJ 7.^º de la recurrida, en el recurso extraordinario que en su día interpuso el Ministerio Fiscal, y en el que, además, la esposa y la hija se allanaron a dicha pretensión impugnatoria de paternidad matrimonial, no ha sido reproducida como lo prueba, entre otras, la Sentencia de 20 de junio de 1996, que dice: «...esta acción difiere de la, asimismo, impugnatoria regulada en el art. 136, la cual se encuentra íntimamente vinculada a la

presunción legal establecida en el art. 116 por la que se presumen hijos del marido nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges siendo éste el supuesto que concurre en autos, puesto que la paternidad del recurrente no es consecuencia de una situación de reconocimiento, sino de la presunción legal acabada de indicar, razón por la que no resulta aplicable el art. 141, toda vez que la acción que otorga es la idónea para los casos de reconocimiento determinante de paternidad.

Las precedentes consideraciones llevan a concluir que en la sentencia recurrida no se produjo ninguna interpretación errónea acerca de los arts. 136, 138 y 141 CC, ni,

tampoco, una inaplicación del art. 6.6 del mismo texto legal, en cuanto que la inscripción registral de la filiación, amparada en una presunción legal, como es la del art. 116, es plenamente válida y eficaz en tanto no se accione contra ella por la vía impugnatoria prevenida en el art. 136, acción ésta que se encuentra condicionada a su ejercicio dentro del plazo señalado en dicho precepto —un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil—, plazo que es de caducidad por razones obvias de seguridad jurídica en las relaciones paterno-filiales, y es por eso por lo que en la meritada sentencia se estimó sobradamente transcurrido el plazo en cuestión al momento de entablarse la demanda.»; doctrina, pues, que con ese terminante anclaje legal de repetido art. 136.1 CC es, sin duda, la vinculante.

II. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

1. DISPOSICIÓN DE BIENES GANANCIALES

1.1. Disposición de bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales.

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 31 de diciembre de 1998.

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

Procede declarar la nulidad de la compraventa de unas acciones que pertenecían a la sociedad de gananciales efectuada por un cónyuge sin consentimiento del otro después de haberse dictado la sentencia de separación matrimonial.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. José Manuel y D.^a María Nieves estaban casados bajo el régimen de gananciales.
- Mediante documento privado de fecha 22 de enero de 1985, D. José Manuel compró a D. José L. 156 acciones nominativas de la entidad mercantil P., igualmente en documento privado de la misma fecha D. José Manuel compró a D. Leandro 52 acciones nominativas de la citada entidad.

- Por medio de acta notarial de fecha 20 de febrero de 1988 D.^ª María Nieves requirió a su esposo D. José Manuel a fin de que se abstenga de realizar cualquier acto de administración o disposición de bienes pertenecientes a la sociedad legal de gananciales, sin autorización expresa de su esposa y de forma especial en lo referente a las acciones de la entidad mercantil P.
- El 22 de marzo de 1990 la AP de La Coruña, en grado de apelación, declaró la separación de los cónyuges.
- Mediante Póliza de Contrato de Compraventa de Valores Mobiliarios, de fecha 16 de octubre de 1990, D. José Manuel vendió a la entidad mercantil P., S.A., las 208 acciones de dicha entidad mercantil, por el precio efectivo total de 6.881.264 ptas.
- D.^ª María de las Nieves formuló demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra D. José Manuel y contra la entidad mercantil Plaza E. solicitando que se declare la nulidad absoluta del contrato de compra-venta de las 208 acciones de la entidad mercantil Plaza E. efectuado entre los demandados en fecha 16 de octubre de 1990, o subsidiariamente se declare la rescisión de la compra-venta efectuada.
- Admitida la demanda y emplazados los demandados, se personó en autos únicamente la entidad Plaza E. quien contestó a la demanda y se opuso a dichas pretensiones.
- El juzgado de Primera Instancia Número Siete de Vigo dictó sentencia el día 31 de julio de 1992 estimando la demanda y declarando nulo el contrato de compra-venta celebrado entre los demandados.
- En grado de apelación, la Sec. 4.^ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra dictó sentencia el día 24 de noviembre de 1993 estimando el recurso interpuesto y absolviendo a los demandados.
- D.^ª María del Carmen interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo confirmando la sentencia dictada por el juzgado de 1.^ª Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Disuelta la sociedad de gananciales como consecuencia de la sentencia de separación matrimonial y aún no liquidada, el esposo procedió a enajenar unas acciones de una entidad mercantil sin que contase para ello con el consentimiento de su esposa, que, lógicamente, impugnó dicha compraventa solicitando la declaración de nulidad.

Aunque el juzgado de 1.^ª Instancia estimó la petición de la esposa y declaró la nulidad de la compraventa, la sentencia de la Audiencia Provincial entendió que la misma era perfectamente válida. La “ratio decidendi” del pronunciamiento de la Audiencia se basa, sustancialmente, en que considera que la sociedad compradora de las mismas no

procedió de mala fe, pues si bien tenía conocimiento de la situación conflictiva existente entre los cónyuges D. José Manuel y D.^a María Nieves, de la separación provisional de los mismos e, incluso, de la pendencia entre ellos de un pleito de separación matrimonial, no le constaba (cuando celebró el contrato de compraventa) que ya hubiera recaído sentencia firme en dicho pleito, decretando la separación de los referidos esposos, al no haber sido inscrita dicha sentencia firme en el Registro Civil, por lo que la sociedad compradora consideraba que el esposo D. José Manuel, a cuyo nombre figuraban las acciones, estaba facultado para proceder a la venta de las mismas, conforme a lo preceptuado en el art. 1384 CC.

Es cierto que el art. 1384 del CC señala que “serán válidos los actos de administración de bienes y los de disposición de dinero o títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren en cuyo poder se encuentren”, sin embargo, la recurrente entiende que se ha hecho una aplicación indebida del mismo a tenor de lo establecido en el art. 6.4 del CC —“Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”. En el alegato integrador de su desarrollo aduce la recurrente, en esencia, que al haberse decretado, por sentencia firme de fecha 22 de marzo de 1990, la separación matrimonial de ella y de su esposo, y haber quedado por imperativo legal, desde dicha fecha, disuelta la sociedad de gananciales, cualquier acto de disposición que uno de los cónyuges hiciera de algún bien ganancial, sin el consentimiento del otro, era radicalmente nulo, como ocurrió en el presente caso con las acciones vendidas por su esposo después de recaída la aludida sentencia firme. La recurrente cita como infringida también la doctrina legal contenida en la STS de 28 de septiembre de 1993.

Señala el Tribunal Supremo que *recaída sentencia firme de separación matrimonial, se produce la disolución de la sociedad de gananciales de manera automática y por ministerio de la ley, según se desprende del art. 1392 CC, cuando preceptúa que la sociedad de gananciales concluirá «de pleno derecho». Una vez producida, en la forma dicha, la expresada disolución, los bienes que, hasta entonces, habían tenido el carácter de gananciales, pasan a integrar (hasta que se realice la correspondiente liquidación) una comunidad de bienes postmatrimonial o de naturaleza especial, que ya deja de regirse, en cuanto a la administración y disposición de los bienes que la integran, por las normas propias de la sociedad de gananciales. Sobre la totalidad de los bienes integrantes de esa comunidad postmatrimonial ambos cónyuges (o, en su caso, el superviviente y los herederos del premuerto) ostentan una titularidad común, que no permite que cada uno de los cónyuges, por sí solo, pueda disponer aisladamente de los bienes concretos integrantes de la misma, estando viciado de nulidad radical el acto dispositivo así realizado. Si durante la vigencia de la sociedad de gananciales (constante el matrimonio) el cónyuge a cuyo nombre figuraran o en cuyo poder se encontraran unos títulos valores podía, por sí solo, disponer de los mismos (no obstante su naturaleza ganancial), por así facultarlo el art. 1384 CC, una vez disuelta “ope legis” la sociedad de gananciales, como consecuencia de la sentencia firme de separación matrimonial (art. 1392.3 del citado Código), ya desaparece o se extingue dicha facultad, al no continuar tales bienes sometidos ya (en cuanto a su administración y disposición) a las normas reguladoras de la sociedad de gananciales, por lo que la disposición de tales títulos valores (como la de cualquier otro bien originariamente ganancial) habrá de realizarse conjuntamente por ambos cónyuges, estando tal acto dispositivo viciado de nulidad radical, si lo realiza uno solo de los cónyuges.*

Dicha doctrina es aplicable íntegramente al supuesto litigioso, en que, habiéndose decretado por sentencia firme de fecha 22 de marzo de 1990 la separación matrimonial de los cónyuges D. José Manuel y D.^a María Nieves, después de ello (concretamente el día 16 Oct. 1990) el esposo D. José Manuel, por sí solo, vendió las doscientas ocho acciones de la entidad mercantil P., S.A. (que eran gananciales), cuyo acto dispositivo es radicalmente nulo, ya que para la realización del mismo era imprescindible el consentimiento también de la esposa (separada) D.^a María Nieves, sin que quepa aducir la buena fe de la sociedad compradora de las referidas acciones, ya que dicha sociedad, de carácter eminentemente familiar (forma-

da solamente por cuatro socios, tres de ellos unidos por vínculos familiares al esposo D. José Manuel y el cuarto fue el que representó a la sociedad en la compraventa aquí impugnada) conocía plenamente la situación conflictiva de los cónyuges, la separación provisional de los mismos, decretada judicialmente, la existencia del proceso de separación entre ellos y la oposición de la esposa D.^a María Nieves a que se llevara a efecto, por su esposo, la venta de las referidas acciones, todo lo cual lo declara probado la sentencia aquí recurrida, aunque luego no haya extraído de ello las lógicas consecuencias jurídicas que eran precedentes, según anteriormente se ha dicho.

2. RESPONSABILIDAD POR DEUDAS PRIVATIVAS Y GANANCIALES

2.1. *Cauce procesal para el ejercicio de opción contenido en el art. 1373 del CC.*

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

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

El procedimiento que se estima más correcto para el ejercicio del derecho de opción del art. 1373 del CC en caso de embargo de bienes gananciales por deudas de uno sólo de los cónyuges es el incidente en proceso de ejecución.

ANÁLISIS DEL CASO

- La entidad Banco H. ejerció una acción de nulidad de contrato de préstamo y una acción de reclamación de cantidad contra D. Horacio y su hijo D. Emiliano, dictándose sentencia estimatoria de la demanda. En ejecución de esta sentencia se embargaron bienes gananciales de D. Horacio y D.^a M.^a del Carmen.
- D.^a Carmen interpuso demanda incidental de ejecución de sentencia contra la entidad Banco H. en la que solicitaba que se suspendiera el curso del

pleito, levantando el embargo de la parte de los bienes de la sociedad legal de gananciales que se le adjudiquen, tras acordar judicialmente procederse a la disolución de la misma, y todo ello, con condena en costas a quien se opusiere. Es de tener en cuenta que en la sentencia que se ejecutaba tan sólo se condenaba al pago de una cantidad de dinero, por razón de un contrato de fianza, al esposo de aquélla y que dicha esposa ni siquiera había sido demandada en cuanto a la obligación pecuniaria.

- Admitido a trámite el incidente, quedó en suspenso el curso de los autos y se dio traslado al Banco H., que se opuso al mismo solicitando se dictase sentencia desestimando la pretensión de la promovente, continuando la normal tramitación de la vía de apremio sobre los bienes inmuebles embargados, con expresa imposición de costas a D.^a Carmen.
- El Juzgado de Primera Instancia número siete de Oviedo dictó sentencia el 5 de junio de 1993 desestimando la demanda incidental, debiendo continuar la normal tramitación de la vía de apremio sobre los bienes embargados, con expresa imposición de las costas del incidente a la promotora del mismo.
- En grado de apelación, la Sec. 5.^a de la Audiencia Provincial de Asturias dictó sentencia el 25 de mayo de 1994 estimando el recurso y declarando que se proceda a alzar el embargo de la parte de los bienes de la sociedad legal de gananciales que se adjudique a la referida demandante tras acordar judicialmente lo procedente en orden a la disolución de la misma, todo ello con imposición de las costas de la primera instancia a la demandada Banco H. y sin imposición en orden a las de la presente alzada.
- El Banco H. Interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo. El Magistrado Excmo. D. José Almagro Nosete formuló un voto particular.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Habiéndose embargado bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales en un procedimiento seguido exclusivamente contra uno de los cónyuges, el otro, haciendo uso de la facultad establecida en el art. 1373 del CC —“Cada cónyuge responderá con su patrimonio personal de las deudas propias y, si sus bienes privativos no fueran suficientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá

pedir el embargo de bienes gananciales, que será inmediatamente notificado al otro cónyuge y éste podrá exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquella”— plantea una demanda incidental en ejecución para que proceda a la sustitución del

embargo y en consecuencia al levantamiento del embargo respecto a la mitad de los bienes que se adjudiquen al cónyuge no deudor, permaneciendo la traba exclusivamente sobre la parte que se adjudique al cónyuge deudor.

Una de las causas de disolución —«no ipso iure» del artículo 1392 del Código Civil— de la comunidad de gananciales a instancia de parte, que enumera el artículo 1393, es la del artículo 1373 al que se remite el último párrafo de aquél: el embargo de bienes gananciales por deudas propias de un cónyuge, en que el otro exige que el embargo se trabe sobre la parte que ostenta el cónyuge deudor en la comunidad ganancial, lo que lleva consigo la disolución del régimen.

Por tanto, el cónyuge no deudor, que ve cómo le embargan bienes gananciales, tiene las siguientes opciones:

a) Aceptar el embargo, en cuyo caso cuando en su día se ejecuten bienes suficientes para satisfacer la deuda del otro cónyuge, el deudor embargado, se reputará que éste ha recibido a cuenta, por el valor de los bienes ejecutados, parte de los gananciales que en el momento de la liquidación le corresponderían.

b) Exigir que el embargo se concrete a la parte de gananciales que le corresponda al cónyuge deudor, en cuyo caso se disuelve la comunidad de gananciales y rige el régimen de separación de bienes: es la opción que contemplan los artículos 1373 y 1374 del Código Civil. En relación con esta opción se han dictado diversas sentencias por el Tribunal Supremo:

— STS de 2 de julio de 1990: «los acreedores pueden hacer efectivos sus créditos derivados de obligaciones no contraídas por los cónyuges deudores en beneficio de la comunidad o para atenciones familiares, incluso persiguiendo los bienes gananciales, bien que con carácter subsidiario y originando el correspondiente arreglo de cuentas entre los esposos e, incluso, la posibilidad de

disolución de la comunidad (artículo 1373)».

— STS de 10 de diciembre de 1990: «el matrimonio no limita la capacidad jurídica de los esposos, sino que ambos pueden obligarse individualmente y responden con sus respectivos bienes, y que si el esposo adquirió por documento privado el compromiso de devolver un préstamo, ello no significa en sí un acto de disposición de los gananciales que determine la nulidad de dicho acto, ya que siempre tendrá el otro cónyuge la posibilidad de ejercitar la facultad del artículo 1373 si se dirige apremio contra tales bienes».

— STS de 12 de abril de 1994: «El procedimiento que contempla el artículo 1373 del Código Civil, es un remedio sustitutorio de la acción de tercera de dominio, puesto a disposición de la esposa en los casos que allí se contemplan. Ejercitado por la esposa cuando se le notifica el embargo de los bienes comunes, el derecho de opción que al cónyuge no deudor le reconoce el citado artículo 1373.1.º, determina el ejercicio de la disolución de la sociedad de gananciales, sin necesidad de petición alguna al Juez que conoce de la ejecución, si bien ha de proceder a la posterior liquidación del patrimonio de la sociedad para determinar los bienes, o la parte de ellos, que se atribuyen a cada uno de los cónyuges, y consecuentemente los bienes del cónyuge deudor que han de sustituir en la traba al bien ganancial inicialmente embargado»; en el mismo sentido, la de 22 de diciembre de 1995.

La aplicación en el proceso de esta opción que concede al cónyuge no deudor el artículo 1373 del Código Civil parte de la situación de derecho material: estando ante una deuda propia de un cónyuge, sin responsabilidad para la comunidad de gananciales y que no es una carga de ésta, se han embargado bienes gananciales en ejecución de sentencia o en juicio ejecutivo (embargo definitivo o embargo preventivo); cuando el embargo es notificado al cónyuge no deudor y éste ejerce aquella opción, puede hacerlo,

como reconoce la Sentencia de 29 de octubre de 1984, en incidente en el proceso de ejecución; sin perjuicio de admitirse en ciertos casos la tercería de dominio, como así entendió la Sentencia de 17 de julio de 1997.

Este ha sido el caso presente: tal como dice expresamente la sentencia de instancia, la deuda del marido no era ganancial, ya que «no se infiere en modo alguno la existencia de consentimiento expreso por parte de la esposa y así la póliza de afianzamiento viene constituida y firmada tan sólo por el esposo» y advierte que el Banco H. no demandó a la esposa, D.^a María del Carmen, respecto a la obligación solidaria de pago por razón del contrato de fianza, y en la sentencia de los autos principales no se la condena al pago.

Cuando en ejecución de esta sentencia se embargan bienes gananciales, se produce exactamente el supuesto para el que está prevista la opción que concede el artículo 1373 del Código Civil: hubo una deuda no ganancial, sino propia del marido —hecho declarado así en la sentencia de instancia— y no se embargaron bienes privativos de éste, sino bienes gananciales; frente a cuyo embargo la esposa, en incidente de ejecución de sentencia, exigió que en la traba se sustituyeran los bienes comunes (gananciales) embargados por la parte de los bienes que le correspondan y se le adjudiquen al cónyuge deudor en la comunidad de gananciales, sustitución de la traba que es consecuencia de la disolución de la comunidad de gananciales. Así se ordenó, correctamente, por la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, que es objeto del presente recurso de casación.

Dejando a un lado ciertos motivos de impugnación, calificados por el Tribunal Supremo de insólitos, fuera de lugar y que rozan la mala fe o al menos son temerarios, la entidad bancaria basa su recurso en dos aspectos, uno sustantivo y otro procesal. Respecto al primero, pretende cuestionar el carácter de la deuda que originó el embargo, sin embargo, como señala el Tribunal Supremo, «la sentencia de instancia, dictada en

ejecución, la declara explícitamente deuda propia del marido, como deudor no ganancial, presupuesto esencial para la aplicación del artículo 1373 del Código Civil»; en este apartado del recurso, se pretende negar este hecho básico declarado en la sentencia de instancia; la deuda que provocó el embargo no es responsabilidad ni carga de la comunidad de gananciales, sino que es deuda propia del marido.

Por lo que respecta a la cuestión procesal argumenta la entidad recurrente que la sentencia recurrida resuelve por vía incidental puntos que de considerarse que no están resueltos en el pleito principal no pueden declararse y resolverse en ejecución de sentencia, sino en tercería de dominio. La argumentación de la parte recurrente se apoya en que la declaración de los supuestos del artículo 1373 del Código Civil y la opción que esta norma contempla deben ejercerse en proceso de tercería de dominio. En relación con este tema, señala el Tribunal Supremo que «si bien es cierto que este proceso se ha admitido y utilizado en ocasiones, no lo es menos que es más que discutible, ya que, en principio, no se admite la tercería ni la condición de tercero en un cónyuge respecto al embargo de bienes gananciales. El procedimiento que se estima más adecuado es el incidente en proceso de ejecución, que es el seguido en el presente caso. En él no se resuelve nada que esté fuera de la sentencia dictada en el proceso principal, sino que se ejercita la opción que permite el artículo 1373 del Código Civil.

Voto particular que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete:

PRIMERO. La singularidad del caso (incidente en ejecución de sentencia, formulado por una de las demandadas, cónyuge de otro codemandado, para hacer valer su pretensión, apoyada en el artículo 1373 del Código Civil «solicitando el levantamiento del embargo de las partes de los bienes comunes que en su día fueron trabados y que se le adjudicasen tras procederse a la disolución

de la sociedad de gananciales) explica que el presente recurso de casación se conduzca, conforme al artículo 1687.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como si en vez de tratarse de la impugnación de una “sentencia”, recaída sobre un punto incidental en ejecución de la sentencia principal, fuera, en realidad, un “auto” de los contemplados en referido ordinal, y, ello, merced al propio reconocimiento que sobre la idoneidad de la “forma” de resolución judicial elegida, efectúa el órgano “a quo”, en su Auto de fecha 13 de junio de 1994, dictado al resolver el recurso de súplica planteado: nos encontramos —dice el expresado auto— en el presente caso con la resolución de un incidente planteado en ejecución de una sentencia dictada en un juicio de menor cuantía, y por un montante superior a los seis millones de pesetas, y en donde efectivamente puede considerarse que se ataca un punto no decidido en la sentencia, por lo que en principio se darían todos los ingredientes para la admisibilidad de la casación; ahora bien, nos encontramos con un punto discordante, y es que la resolución incidental se adoptó en forma de sentencia y no de auto, como tal vez hubiera sido procedente a tenor de lo dispuesto en el artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando alude a la adopción de la fórmula de auto respecto a las resoluciones que deciden cualquier otro incidente, cuando no está permitido que se dicten en forma de sentencia. No obstante, no creemos que ello suponga un obstáculo insalvable, pues sería absurdo que una resolución en principio de mayor enjundia (cual es una sentencia frente a un auto) no pudiera ser recurrible por no atenerse estrictamente a la formalidad, lo que por otra parte pugnaría con el derecho al acceso a los recursos según la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional (Sentencias 190/1990, 32/1991, 27 enero de 1994 entre otras). Con independencia de la valoración global del precedente fundamento es lo cierto que ante un incidente que, anticipamos, debió repelerse de oficio según dispone el artículo 743, no obstante haya recaído sentencia estimatoria del

mismo, ha de aceptarse, conforme a la admisión preliminar, ya acordada en su momento, el definitivo examen del recurso en aras de evitar la indefensión en que quedaría la parte recurrente de persistir la sentencia (o auto) recurrido».

SEGUNDO. El primer motivo casacional que denuncia la contradicción de lo resuelto con lo ejecutoriado, cita como precepto no observado el artículo 1373 del Código Civil, con variados argumentos que se complementan, también, en el segundo motivo. Este precepto, según la interpretación que se desprende de su simple lectura, y de acuerdo con los comentarios doctrinales que el mismo suscita, concede al cónyuge no demandado en un asunto judicial dirigido contra su consorte, por deudas propias, la facultad de exigir, cuando por su razón se hayan embargado bienes gananciales, que los bienes comunes se sustituyan por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal. Esta facultad nace desde que tiene conocimiento de tal traba, por lo que la ley pone especial énfasis en señalar que «el embargo de bienes gananciales “será inmediatamente notificado” al cónyuge afectado». Desde esta perspectiva de cónyuge, tercero al proceso, es desde la que se estudian los complejos problemas que el precepto plantea, al mezclar cuestiones sustantivas con cuestiones procesales, sin las precisiones exigibles. Así la Sentencia de esta Sala de 29 de abril de 1994 establece que el «procedimiento que contempla el artículo 1373 del Código Civil es un remedio sustitutorio de la acción de tercería de dominio, puesto a disposición de la esposa en los casos que allí se contemplan. Ejercitado por la esposa cuando se le notifica el embargo de los bienes comunes, el derecho de opción que al cónyuge no deudor le reconoce el citado artículo 1373.1.º determina el ejercicio de la disolución de la sociedad de gananciales, sin necesidad de petición alguna al Juez que conoce de la ejecución, si bien ha de procederse a la posterior liquidación del patrimonio de la sociedad para determinar los bie-

nes, o la parte de ellos, que se atribuyen a cada uno de los cónyuges, y consecuentemente los bienes del cónyuge deudor que han de sustituir en la traba al bien ganancial inicialmente embargado. La falta de normas legales de carácter procesal acerca del ejercicio de este derecho de opción, y de la posterior liquidación de la sociedad, puesta de relieve por la doctrina científica, ha originado dudas sobre la forma en que ha de practicarse la liquidación, pronunciándose la mayor parte de los autores a favor de la forma convencional, de tal suerte que sólo ante la oposición del cónyuge deudor, o de los acreedores que se crean defraudados, sería necesario acudir a la liquidación judicial, debiendo señalarse en uno y otro caso un plazo para la práctica de la misma. Esta liquidación resulta indispensable, para la identificación del bien que el Juez executor ha de utilizar en la sustitución que autoriza el debatido artículo 1373; pues si se entendiera que la sustitución del bien ganancial inicialmente embargado se puede hacer con la parte alícuota que el cónyuge deudor ostenta en la sociedad no liquidada, se estaría perjudicando al cónyuge no deudor, ya que en vez de conseguir la pretendida liberación de la primitiva traba, habría que extender ésta a todo el caudal ganancial, aunque sólo fuera referida a la cuota abstracta de participación que sigue ostentando el cónyuge deudor sobre todos y cada uno de los bienes de tal patrimonio, mientras no se liquide la sociedad; identificación y atribución de propiedad al cónyuge deudor que sólo se produce con la liquidación, a semejanza de lo que dispone el artículo 1068, según la remisión del artículo 1410, todos del Código Civil. Cuando el ejercicio de derecho de opción, o la práctica de la liquidación, se hubieren efectuado extemporáneamente, es decir fuera del plazo concedido, o del transcurso de uno prudencial, en el supuesto de que aquél no existiera, esta opción no afectaría a la ejecución para el abono de las responsabilidades contraídas, pues la desidia del cónyuge no deudor, o su mala fe, no pueden producir el efecto de impedir que el

acreedor se vea totalmente frustrado en sus legítimas aspiraciones de hacer efectivo su crédito; nos encontraríamos entonces en el supuesto previsto en el párrafo 2.º del tantas veces citado artículo 1373 “si se realizase la ejecución sobre bienes comunes, se reputará que el cónyuge deudor tiene recibido a cuenta de su participación, el valor de aquéllos al tiempo en que los abone con otros caudales propios, o al tiempo de la liquidación”, con lo cual no se impide la continuación de la ejecución sobre el bien ganancial embargado».

TERCERO. La sentencia recurrida, erróneamente, para justificar la viabilidad del incidente, haciendo abstracción de la posición de parte codemandada que ha tenido la cónyuge promotora del mismo en el asunto principal, tras expresar las dificultades que ofrece el texto y la ausencia de normas procesales sobre la materia, entiende (sin que ello sea cierto) que hay dos corrientes al efecto de dar cauce procesal a la pretensión fundada en dicho artículo, una la que considera que el procedimiento puede ser el de las tercerías y otra corriente «favorable al incidente», posibilidad que es acogida por la Sentencia de 29 de noviembre de 1984, que, según dice, es el criterio aceptado por la Sentencia de 4 de abril de 1994. Pero, sin desconocer los problemas de hermenéutica que el precepto plantea, las dos Sentencias del Tribunal Supremo que cita (la de 4 de abril de 1994 contiene un error de transcripción, pues, la más próxima en fecha que se refiere a esta cuestión es la de 29 de abril de 1994), parten, conforme se deduce de su contenido de la posición de tercero procesal del accionante, y, en ambos casos, alude a la «tercería», con todas las matizaciones que se quieran como medio de intervenir en el proceso donde se han trabado los bienes gananciales. Así la sentencia ya recogida en el fundamento anterior (29 de abril de 1994), reconoce que se trata de un «remedio sustitutorio de la acción de tercería de dominio y la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1984, que diferencia las tercerías

de mejor derecho y las de dominio, no trata en concreto de este problema, sino de las cuestiones que suscita la naturaleza de los bienes, según sean materiales o inmateriales, cuyos razonamientos conducen a título de hipotecar a hablar de un “incidente genérico”, equivalente a la tercería de dominio. Por ello, deben rechazarse los argumentos de la sentencia».

CUARTO. En efecto, la demandada apelante y hoy recurrida en el proceso declarativo ha podido ejercitar, desde su posición procesal, cuantas defensas hubiera tenido por convenientes u oportunas, oponiéndose al embargo, desde que, como tal parte, tuvo conocimiento del mismo, mediante las excepciones, acciones reconventionales, incidentes o recursos que estimara

apropiados. Lo que no puede, una vez adquiere la sentencia eficacia de cosa juzgada, y, por tanto, resultando vinculada a la misma como parte, es promover un incidente en ejecución de sentencia, para introducir elementos nuevos que perturban el buen fin de la sentencia firme.

QUINTO. La acogida de los motivos conlleva la declaración de haber lugar al recurso y en consecuencia de lo razonado a la desestimación de la demanda incidental, promovida en ejecución de sentencia. Las costas de la instancia se imponen a la actora. No se hace expresa imposición de las costas de segunda instancia. Las del recurso de casación, deben satisfacerse por cada parte las suyas (artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

3. LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

3.1. *Valoración de la vivienda de protección oficial.*

**Tribunal Supremo. Sala 1.ª, Sentencia de 21 de enero de 1999.
Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala Trillo-Figueroa.**

Es procedente valorar la vivienda de protección oficial de acuerdo con el precio máximo de venta que determine la Consejería de Política Territorial de la Junta de Comunidades en el momento en que, firme la sentencia, se pida su ejecución.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 29 de noviembre de 1990 se dictó sentencia decretando la separación matrimonial de D. Antonio y D.ª Antonina aprobando el convenio regulador presentado por ambos. En dicho convenio figura el siguiente pacto: “Los cónyuges en el día de la fecha; otorgarán escritura de capitulaciones matrimoniales, en la que cesará el régimen de gananciales y se establecerá régimen de separación de bienes, procediéndose a las operaciones de liqui-

dación correspondiente. Se hace especial significación en cuanto que a los inmuebles pertenecientes al matrimonio se adjudican en la siguiente forma (se describen los bienes y se adjudican a cada uno de los cónyuges)”.

- Con fecha 10 de junio de 1991, D. Antonio instó la ejecución de la sentencia, formulándose demanda incidental para proceder a la formación de inventario de los bienes que integraban la sociedad conyugal, y proceder a su liquidación pero, practicado el inventario y las operaciones particionales, no hubo acuerdo entre las partes, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1088 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se dio a los autos la tramitación del juicio declarativo de menor cuantía.
- En el referido declarativo y por sentencia de 23 de diciembre de 1993, el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de Albacete procedió a estimar parcialmente la demanda presentada por la representación procesal de D.ª Antonina, y declaró la liquidación de la sociedad de gananciales, llevándose a cabo las correspondientes operaciones divisorias y de adjudicación.
- En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Albacete dictó sentencia el 17 de mayo de 1994 desestimando el recurso interpuesto por D.ª Antonina.
- D.ª Antonina interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Habiendo pactado los cónyuges la separación matrimonial de mutuo acuerdo por medio de un convenio regulador, en el mismo no llegaron a liquidar de forma efectiva la sociedad de gananciales, sino que se limitaron a “proponer unas adjudicaciones” que servirían de base a la escritura de capitulaciones matrimoniales que los cónyuges otorgarían en la misma fecha del convenio regulador. Sin embargo ello no tuvo lugar y fue necesario solicitar la liquidación judicial de la sociedad.

Seguidos los trámites de juicio voluntario de testamentaría y elaborado el correspondiente cuaderno particional por el contador partidario dirimente, las partes se opusieron al mismo. En vista de lo cual, el esposo presentó un escrito al juzgado solicitando que “se dé al asunto la tramitación del juicio ordinario de menor cuantía, empezando el

traslado por esta parte, toda vez que fue el solicitante en primer término de las operaciones conforme al artículo 1084 del indicado cuerpo legal”. Accediendo a tal solicitud, el Juzgado da traslado a D. Antonio a fin de formalizar demanda en el término de veinte días, plazo que transcurre sin formalizar demanda ni petición alguna. En vista de ello, D.ª Antonina presenta un escrito solicitando el archivo del procedimiento ante la ausencia de formalización de demanda por la actora, aunque en el primer otrosí solicitó: “No obstante, y para el supuesto de que el Juzgado considerase necesario continuar con la tramitación del procedimiento, interesamos se dicte sentencia por la que se apruebe finalmente el cuaderno particional presentado por esta parte en nuestro escrito de fecha 6 de mayo de 1992, lo que articulamos a través de los siguientes: Hechos”.

Con posterioridad el juzgado dicta sentencia.

Se plantea por la recurrente la incongruencia de la sentencia ya que la misma ha resuelto cuestiones que no fueron solicitadas por la parte actora, toda vez que dejó transcurrir el plazo concedido sin efectuar ningún tipo de alegaciones, sin embargo el Tribunal Supremo entiende *que no existió ningún tipo de incongruencia señalando al respecto que la omisión indicada —aparte de que a los “traslados” no les es atribuible el significado estricto de una demanda como acto procesal de iniciación de un procedimiento— no privaba al Juzgado de conocer cuáles eran las pretensiones de D. Antonio, puesto que las mismas —como bien vino a indicarse en la sentencia de instancia— se reflejaban en el conjunto de las actuaciones practicadas con anterioridad, concretamente, en el convenio regulador y en sus escritos de propuesta de liquidación y adjudicación de los bienes de la sociedad conyugal, de alegaciones a la partición efectuada por D.^a Antonina y de manifestaciones en relación con las operaciones divisorias del Contador dirimente, y en la propuesta que realiza en el curso de la Junta convocada. Las precedentes consideraciones conducen a la imposibilidad de imputar al Tribunal “a quo” haber incurrido en incongruencia en los términos recogidos en la sentencia de 7 de junio de 1990, citada en el motivo, y en la restante doctrina jurisprudencial declarada por la Sala, siendo de decir, por último, que en ningún caso se produjo indefensión para la parte recurrente.*

Otra cuestión suscitada por la recurrente, es la relativa a la no valoración en el activo del derecho de uso de la vivienda, respecto a lo que el Tribunal Supremo coincide con lo resuelto por la Audiencia puesto que: a) dicho derecho surge, mientras no hay liquidación de la sociedad de gananciales, en favor casi exclusivo de quienes están más necesitados, en este caso los hijos y el cónyuge con quien conviven; b) es obligación de ambos cónyuges contribuir a las cargas familiares de los hijos, y c) tal derecho desapa-

rece con la liquidación de gananciales y la confusión del derecho de propiedad y uso.

Por último, se cuestiona los criterios de valoración de la vivienda, ya que la misma está sometida al régimen de protección oficial. A tal efecto señala la parte recurrente que en la certificación expedida por el Secretario Provincial de la Delegación Provincial de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha en Albacete consta el precio máximo de venta de la vivienda propiedad de los litigantes, a saber, 5.642.788 pesetas, por tratarse de una vivienda acogida a los beneficios de las Viviendas de Protección Oficial. Obviamente, tales viviendas tienen una limitación en cuanto a la autonomía de voluntad para la fijación del precio de la misma, de tal suerte que las partes no pueden libremente fijar un precio superior al legalmente establecido, por tratarse las normas reguladoras de tal condición de normas de carácter imperativo. Así se expresa la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1991. Las sentencias recurridas, lejos de dar al Certificado la validez que realmente tiene como documento público que es, que despliega la totalidad de sus efectos al no haber sido impugnado de contrario, se limitan a prescindir de éste sin justificación alguna y remitiéndose a la fase de ejecución de sentencia para determinar el valor a asignar a la vivienda. Respecto a esta cuestión, señala el Tribunal Supremo que *no es posible apreciar en la sentencia recurrida error de derecho en relación con el artículo 1218 del Código Civil, puesto que en la de instancia, confirmada por aquella, se acogió el contenido de la Certificación de la Delegación Provincial de la Consejería de Política Territorial de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha y se fijó con arreglo a la misma el precio de la vivienda, 5.642.788 pesetas, el cual, se corresponde con “el precio máximo de venta en la actualidad”, lo que significa que ese precio puede sufrir variaciones en el futuro, por ello, en la parte dispositiva de la sentencia se estableció que el valor de la vivienda*

será “lo que determine la Consejería de Política Territorial de la Junta de Comunidades cuando se pida la ejecución de la resolución que fuere firme, como precio máximo de venta”, por lo que no existió infracción alguna en torno al artículo 1218 del Código Civil.

La tesis sostenida por el Tribunal Supremo en materia de valoración de la vivienda a efectos de la liquidación de la sociedad de gananciales ha estado sujeta al principio de congruencia, y no supone ninguna contradicción con otras sentencias de nuestro más

alto tribunal que sostenían que la valoración debería de haberse efectuado de acuerdo con el precio de mercado. En efecto, en el presente caso la cuestión que se debate entre las partes no es si la vivienda debe valorarse conforme a la normativa oficial o de acuerdo con el valor de mercado, sino que lo que discutían las partes, admitido por ambas la sujeción a las normas oficiales de este tipo de viviendas, es si debía estarse a la valoración efectuada en la instancia o a la que resultase en el momento en el que se pida la ejecución de la resolución.

3.2. Liquidación parcial de la sociedad de gananciales.

Tribunal Supremo. Sala 1.ª, Sentencia de 23 de diciembre de 1998. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

Ante la omisión voluntaria o involuntaria de inclusión bienes o deudas en la liquidación de la sociedad de gananciales, la solución que procede es su complemento y adición y no la impugnación de las operaciones particionales.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 15 de septiembre de 1986 se dictó sentencia de separación aprobando el Convenio Regulador suscrito por los cónyuges D.ª Leopoldina y D. José Luis, en el cual liquidaron la sociedad ganancial, procediendo a la distribución, reparto y adjudicación de los bienes y derechos que integraban la misma. Dicho Convenio no contempló la totalidad del haber común, pues no tuvo en cuenta parte del activo y la totalidad del pasivo, por lo que se interesó la formación del correspondiente inventario en fase de ejecución del pleito matrimonial, para su distribución. Ambas partes mostraron su conformidad al importe del activo, cuantificado en 1.948.162 pts. y 3.842.921 pts. la totalidad del pasivo, por lo que realizadas las correspondientes operaciones contables, le corresponde a la esposa que demanda 1.603.380 pesetas.

- D.^a Leopoldina presentó demanda de menor cuantía contra D. José Luis solicitando que condenase al demandado al abono de 1.603.380 pts. en concepto de liquidación de la sociedad de gananciales, más 2.221.037 pts. en concepto de pensiones impagadas, más intereses y gastos.
- D. José Luis se opuso a dichas pretensiones respecto a las pensiones por ser los hijos mayores de edad y en cuanto a la liquidación solicitó que “se disponga la partición entre ambas partes del conjunto de los bienes de su sociedad ganancial valorando todos ellos y adjudicando idéntica suma (tanto de activo como de pasivo de gananciales) a cada cónyuge”.
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 2 de Bilbao dictó sentencia el día 29 de marzo de 1993, estimando parcialmente la demanda y condenando al demandado al pago de 1.603.380 pts. y los intereses desde la presentación de la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 4.^a de la Audiencia Provincial de Bilbao dictó sentencia el 22 de abril de 1994 desestimando el recurso.
- D. José Luis interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los cónyuges pactaron en el convenio regulador la liquidación de la sociedad de gananciales, si bien no se incluyeron algunos bienes en el activo ni tampoco la totalidad de las deudas en el pasivo. El recurrente no combate la posible ineficacia del Convenio Regulador, ni tampoco dedujo pretensión de su modificación, que autoriza el artículo 90 del Código Civil, sino que lo margina, al prescindir por completo del mismo y con ello de la sanción judicial que lo estableció como válido, así como de su eficacia vinculante para las partes, toda vez que opera como una efectiva transacción, en la que no cabe más causas de ineficacia que las enumeradas en el artículo 1817 en relación al 1816 del Código Civil (Sentencia de 8-3-1995). En resumen, la tesis del recurrente es que el Convenio Regulador debe entenderse como un proyecto de liquidación futura, marcando las pautas y bases de la misma, que se ha de practicar.

La realidad de las cosas pone de manifiesto que se produjo efectiva disolución de la sociedad de gananciales y su sustitución por el régimen de separación de bienes, instaurándose una comunidad postganancial entre los litigantes (Sentencia de 25-9-1995) y el artículo 400 del Código Civil autoriza a pedir su división y disolución, llevándose a cabo las adjudicaciones resultantes en situación de participaciones igualitarias.

El hecho de que en el Convenio se haya omitido todo el pasivo no le quita eficacia y se mantiene subsistente, pues lo que procede es que se complete y adicione con lo olvidado (Sentencia de 20-11-1993), conforme autoriza el artículo 1079 del Código Civil, al que remite expresamente el 1410 (“favor partitionis”), que es lo que aquí ha sucedido.

Como señala el Tribunal Supremo, *la tesis del recurrente es insostenible, pues combate la eficacia del Convenio Regulador sin*

ningún apoyo legal. Negar por las buenas, bien porque no le interesa al recurrente o no le satisface “a posteriori” la liquidación definitiva que se contiene en el mismo, acordada por los consortes y resultado de su libre y autónoma voluntad de decidir, no es de recibo casacional. En dicho documento se hace distribución patrimonial del acervo ganancial, con los requisitos necesarios y suficientes para obligar y sujetar a los interesados, al haber alcanzado homologación judicial que se mantiene subsistente, y aunque se diga que no se lleva a cabo efectiva denuncia del Convenio Regulador, lo que se pretende es despojarlo de su eficacia, para desconocer sus consecuencias liquidadoras y de distribución de los bienes gananciales entre sus titulares que no son otros que los ex-esposos enfrentados.

Las operaciones divisorias gananciales no están sometidas a reglas encorsetadas y rígidas, ya que impera una amplia libertad formal, reconocida por la doctrina jurisprudencial, que opera con plena eficacia cuando se actúa dentro del cauce de la legalidad, como es el caso que nos ocupa. La impugnación planteada viene a contradecir los propios actos del recurrente, constitutivos de estados fáctico-jurídicos, toda vez que contribuyó a la elaboración del Convenio y lo aceptó en todas sus consecuencias, al no haber hecho reserva expresa alguna.

El referido Convenio representa un efectivo negocio, pero de naturaleza mixta, al intervenir en su perfección y consolidación la autoridad judicial, que no desplaza su naturaleza contractual, como parcela de privatización en el Derecho de Familia y no está sujeto a formalidades rigurosas, bastando que contenga los mínimos, que enumera el artículo 90 del Código Civil, siendo predominante la voluntad concorde de los cónyuges, con lo que lo acordado alcanza situación de irrevocabilidad, salvo que se produzca su modificación judicial, cuando legalmente proceda, por lo que, en conse-

cuencia, una vez homologado el Convenio —en otro caso carecería de eficacia procesal—, los aspectos patrimoniales no contemplados en el mismo y que sean compatibles, pueden ser objeto de convenios posteriores, que no precisan aprobación judicial, lo que aquí concurre, al haber fijado de conformidad el pasivo pendiente de liquidación, y ningún precepto impide reclamarlo al otro ex-cónyuge que resulte deudor del mismo.

Como ya se dijo, ante la omisión voluntaria o involuntaria de bienes o valores la solución que procede es su complemento y adición, como correctamente lo han entendido las dos sentencias de la instancia, y con mayor razón cuando las deudas omitidas no se ha acreditado en este caso que hubieran causado perjuicio alguno para los acreedores (Sentencia de 20-11-1993), tratándose de deudas de cargo por igual del marido y de la mujer.

Por otro lado, sostiene el recurrente que la partición que se contenía en el convenio regulador infringió lo establecido en el art. 1061 del CC, es decir que en la partición se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie. A tal efecto, señala el Tribunal Supremo que este motivo también ha de rechazarse, pues no ha de dejarse en el olvido que la elaboración del Convenio Regulador del pleito correspondió a los litigantes y fueron ellos los que hicieron el reparto del haber ganancial, estableciendo los lotes que se adjudicaron, por lo que lógicamente debieron de tomar las precauciones para procurar la mayor igualdad y equilibrio del reparto y practicar la mejor compensación, ya que para nada se ha alegado que concurriera consentimiento viciado o hubiera mediado engaño o cualquier otra actuación dolosa o fraudulenta en la generación de este negocio matrimonial.

3.3. *Derecho de atribución preferente en la liquidación de la sociedad de gananciales.*

**Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 30 de diciembre de 1998.
Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.**

El ejercicio del derecho de atribución preferente del art. 1406 del CC se excluye para supuestos de ocupaciones accidentales o profesionales, aunque se pretenda por propio interés convertirlas en definitivas y consolidarlas por medio de su atribución patrimonial.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. José Ignacio planteó juicio declarativo de menor cuantía contra D.^a María José solicitando que se dicte sentencia por la que se declare que los bienes incluidos bajo los núms. 13 y 14 (plantas 5.^a y 6.^a del inmueble sito en c/Cantón Pequeño) del Inventario del Cuaderno Particional del Contador-Partidor Dirimente, deben serles adjudicados y consiguientemente se declare modificado el Cuaderno Particional efectuado por el Contador-Partidor Dirimente, don Antonio, adjudicándose a la demandada el bien núm. 15 del Inventario consistente en la finca y casa ubicada en Alvedro; ordenándose lo necesario para que tales modificaciones sean efectuadas por el mencionado Contador-Partidor Dirimente, o, en su caso, por quien corresponda.
- La demandada doña María José se personó en el pleito y contestó a la demanda, oponiéndose a la misma solicitando que se dicte sentencia por la que se le adjudique a ella los bienes objeto de la presente liquidación en la forma en que fue acordada en el acta de la Junta celebrada ante ese Juzgado el día 8 de febrero de 1990 principalmente en lo referente a la adjudicación a su favor del piso de Cantón Pequeño de esta ciudad.
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 3 de A Coruña dictó sentencia el 20 de noviembre de 1992 estimando la demanda y declarando que la partida incluida bajo el número 14 del Inventario del Cuaderno Particional del Contador Partidor Dirimente debe ser adjudicada al actor, debiendo realizarse las oportunas operaciones de reajuste en los lotes asignados.
- En grado de apelación, la Sec. 5.^a de la Audiencia Provincial de A Coruña dictó sentencia el día 18 de mayo de 1994 estimando el recurso de apelación y con revocación parcial de la sentencia declara que las partidas incluidas bajo los números trece y catorce del Inventario del Cuaderno Particional del Contador Partidor Dirimente deben ser adjudicadas al actor, y la partida

número quince a la demandada, debiendo realizarse las oportunas operaciones de reajuste en los lotes asignados, sin hacer expresa condena en costas en ninguna de las dos instancias.

- D.^a María José interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo en el sentido en el que se pronunció la sentencia de 1.^a Instancia, es decir, adjudicar al esposo únicamente el piso sexto del inmueble (ático).

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Efectuada la liquidación de la sociedad de gananciales, el esposo impugnó la adjudicación de bienes que se contenía en el cuaderno particional de contador dirimente solicitando que se le adjudicasen unos determinados bienes, ya que en dichas dependencias ejerce su actividad de abogado colegiado. Aunque la sentencia de instancia sólo atribuyó al actor el piso 6.^º —ático—, en base a que en el mismo era donde se ubicaba el despacho de Letrado en ejercicio, lo que no ocurría con el piso 5.^º, destinado a vivienda familiar, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial amplió la adjudicación al piso 5.^º al declarar probado que “actualmente el despacho está instalado en dicho piso quinto, pero con anterioridad a la separación de los litigantes lo estaba en el piso sexto —que se dedicaba exclusivamente a oficina de abogacía—, siendo la causa del traslado un incendio que afectó a dicho ático”.

La esposa recurre la sentencia, por entender que lo acordado en la misma infringe lo establecido en el art. 1061 del CC —“en la partición se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie”— y también que se ha aplicado indebidamente el derecho de atribución preferente que se contiene en el art. 1406 del CC —“Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance: 3.^º, el local donde hubiese venido ejerciendo su profesión”—.

A tal efecto, señala el Tribunal Supremo que el Tribunal de Instancia respecto a este siniestro hace la observación de que si bien en la demanda que creó el pleito se reputa fortuito, dicha opinión no es «compartida por la Comisaría de Policía», no habiéndose precisado las causas que lo motivaron. A su vez la sentencia sienta que desde el año 1983 el matrimonio trasladó su residencia familiar a la localidad de Alvedro y el piso 5.^º quedó vacío, es decir que no se dedicó a despacho profesional, lo que le sirve al Tribunal de Instancia para aventurar la opinión —no se trata de efectiva presunción y menos decisión—, de que «estaba indefectiblemente determinado su ulterior destino a despacho profesional o ampliación o desahogo suyo, lo que se ultimó a raíz del incendio».

En base a lo dicho y a que también los juzgadores de instancia estimaron más conveniente que no se produjese la coexistencia vivencial de ambos ex-cónyuges en el mismo edificio, que califican de imposible, y dejando de lado que se trata de departamentos independientes, fincas a distinto plano y registralmente diferenciadas, se decidieron por unir, como lo más acertado, la «separación espacial a la jurídica».

Los razonamientos que contiene la sentencia recurrida —según manifiesta el Tribunal Supremo— no son satisfactorios y carecen de adecuado sustento probatorio. No se efectúa correcta interpretación del número tercero del referido artículo 1406. Este precepto contiene una efectiva adjudicación preferencial a fin de satisfacer y proteger

intereses personales y profesionales y preservar los consecuentes económicos, que podían resultar gravemente afectados, si por consecuencia de la partición ganancial se priva a los cónyuges de continuar en el ejercicio de la actuación profesional desarrollada en el espacio físico construido en que se venía practicando.

Para que la atribución preferente opere ha de referirse al local donde se hubiera venido ejerciendo la profesión, que en este supuesto ha quedado suficientemente claro y precisado era el piso sexto-ático, al que le corresponde la nota de habitualidad profesional, independientemente de su idoneidad que no se discute y es de carácter subjetivo, así como la condición de no servir de sede permanente familiar anterior a la separación matrimonial, la que se desarrollaba en el piso 5.^o

El ejercicio del derecho de preferencia se excluye para supuestos de ocupaciones accidentales o profesionales, aunque se pretenda por propio interés convertirlas en definitivas y consolidarlas por medio de su atribución patrimonial y es lo que sucede en la cuestión que nos ocupa.

Efectivamente el incendio del ático justificó el desplazamiento del despacho profesional al piso quinto, pero en forma alguna blinda y afianza que dicha instalación tenga que ser definitiva y con base a tal situación fáctica pedir posteriormente su adjudicación preferencial, pues con este actuar se incurre en conductas alejadas de la buena fe (artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y próximas al abuso del derecho, ya que se aprovecha el incendio para que un traslado que se presenta necesario, pero transitorio, se pretenda imponerlo como consolidado y subsistente al tiempo de la separación.

Tampoco el actor probó, como le correspondía, que el referido ático estuviese impedido de arreglo y acondicionamiento, o no resultase viable su uso, para poder restaurarlo a las condiciones que mantenía antes del siniestro, y operar como apto para continuar su actividad profesional.

El artículo 1406.3.^o no autoriza sustitución alguna y menos con carácter final y terminante en supuestos como el de autos, por lo que el motivo procede y con ello se decreta correcta la sentencia del Juzgado, que ha de ser confirmada.

3.4. *Validez del documento privado otorgado con posterioridad a la aprobación del convenio regulador.*

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 21 de diciembre de 1998.

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

La aprobación judicial del convenio regulador es sólo un requisito de eficacia, pero no de validez. Los pactos suscritos por los cónyuges en documento privado en materia económica o patrimonial tienen plena validez aunque no tengan fuerza ejecutiva.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Elena formuló demanda de menor cuantía contra D. José Javier solicitando que se condene al esposo a estar y pasar por lo realmente convenido/

pactado en el documento privado de liquidación de la sociedad de gananciales, debiendo en consecuencia pagar a la esposa unas determinadas sumas de dinero, más sus correspondientes intereses, a entregarse una serie de bienes y a que se le condene al pago de una indemnización por daños y perjuicios. Subsidiariamente, y para el supuesto de que, impugnándose por el esposo-demandado (yendo contra sus propios actos) el montante del pasivo integrante del caudal ganancial, accediere el juzgador a la consideración de tal pretensión en lugar de estarse por el cumplimiento de lo realmente convenido, entre los esposos, en tal caso se proceda asimismo a la valoración del activo integrante del caudal ganancial, declarando haber lugar a la rescisión de la partición del caudal ganancial realizada en los acuerdos liquidatorios convenidos por los cónyuges, pasando la totalidad de los bienes integrantes del caudal de la extinta sociedad de gananciales a la copropiedad de ambos esposos, pudiendo procederse a la oportuna liquidación y adjudicación a instancia de cualquiera de ellos.

- D. José Javier contestó a la demanda y solicitó que se dictase sentencia por la que se desestime la demanda por incompatibilidad de las acciones ejercitadas y caso de que se mantengan vigentes los apartados primero y segundo del suplico se desestime por ser nulos e ineficaces los documentos en que ampara la solicitud porque los objetos y mobiliario han sido recibidos por la esposa, y por no existir daño y perjuicio alguno.
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 5 de Vitoria dictó sentencia el 11 de diciembre de 1996 estimando parcialmente la demanda y condenando a D. José Javier a que abone a la demandante la suma de 13.250.000 pts., más los intereses legales moratorios de esta cantidad devengados desde el 16 de noviembre de 1994, en cumplimiento de los acuerdos liquidatorios de la sociedad de gananciales habida entre los litigantes; y asimismo, a que abone a la actora la suma de 4.232.000 pts. en concepto de los restantes pedimentos de la demandante. No se hace expresa condena en las costas del proceso.
- En grado de apelación, la Sec. 1.^a de la Audiencia Provincial de Vitoria dictó sentencia el 7 de abril de 1997, desestimando los recursos de apelación principal y por adhesión.
- D. José Javier interpuso recurso de casación que fue estimado parcialmente por el Tribunal Supremo, dejando sin efecto el pronunciamiento relativo a la condena por daños y perjuicios.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Tres son las cuestiones que básicamente alega el recurrente para que se estime el recurso, en primer lugar niega que el docu-

mento privado suscrito por los cónyuges tenga eficacia al no haber sido aprobado judicialmente. En segundo lugar, combate el

pronunciamiento relativo a la condena al pago de una cantidad en concepto de daños y perjuicios. Por último, pretende una compensación de la deuda con una cantidad que se apropió la esposa, a pesar de pertenecer al marido.

1. Validez del documento privado pactado por los cónyuges.

En el primer motivo del recurso alega el recurrente que se ha infringido el artículo 90 del Código Civil en relación con la disposición adicional sexta, apartados 2 y 4, de la Ley de 7 de julio de 1981, ya que los documentos privados de fecha 9 de junio y 28 de junio de 1994, en que se apoya la demanda, al no haber sido aportados al procedimiento de separación y no haber sido aprobados judicialmente, carecen de eficacia y no les es aplicable el artículo 1255 del Código Civil. Para desestimar dicho motivo, el Tribunal Supremo analiza el aspecto procesal y sustantivo del mismo.

a) Aspecto procesal.

Señala el Tribunal Supremo que *es inquestionable que la disposición adicional sexta de la Ley de 7 de julio de 1981 es una norma de carácter procesal, reguladora de un determinado tipo procesal para la tramitación de determinadas causas de separación y divorcio, sin que de ella surjan derechos y deberes de naturaleza civil, por lo que tal norma es inhábil para fundar sobre ella un recurso de casación al amparo del ordinal 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento, es decir, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la Jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate; igual reproche cabe hacer respecto a la invocación del artículo 90, párrafo 2.º, del Código Civil, que no obstante su inclusión en este cuerpo legal sustantivo, presenta naturaleza procesal en cuanto va dirigido al*

juzgador indicándole los criterios que ha de tener en cuenta para aprobar o no la propuesta de convenio que le ha sido sometida a homologación así como la forma que ha de adoptar la resolución denegatoria de la aprobación.

b) Aspecto sustantivo.

Prescindiendo de ello, el motivo no puede prosperar. 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 de 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 simultánea, 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 rela-

ciones derivadas de su separación matrimonial, y no concurriendo 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».

Dentro de este mismo contexto, alega el recurrente la infracción de los artículos 118 de la Constitución Española y los artículos 17.2 y 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; tales preceptos, como señala el Tribunal Supremo, establecen un deber general que se impone a los particulares y a los poderes públicos de colaboración con los órganos jurisdiccionales para el cumplimiento y efectividad de las resoluciones judiciales, que en consecuencia no contienen normas que sean aplicables para resolver la cuestión litigiosa, la validez y fuerza vinculante de los acuerdos tomados por los esposos litigantes en los documentos en que se funda la pretensión actora ni tales acuerdos impiden ni han impedido la ejecución de la sentencia que puso término al proceso de separación de los litigantes.

2. Indemnización de daños y perjuicios.

En otro orden de cosas alega el recurrente que la sentencia dictada ha infringido el 1108 del Código Civil —“Si la indemnización consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal”— ya que la sentencia olvida que no existe pacto alguno de indemnización de daños y perjuicios, ra-

zón por la que es plenamente aplicables el citado precepto.

La sentencia del Juzgado, cuyos fundamentos jurídicos son sustancialmente aceptados por la recurrida en casación, establece en su quinto fundamento que «consecuentemente, el demandado es responsable de la indemnización de los perjuicios económicos ocasionados a la actora, por incurrir en morosidad en el cumplimiento de sus obligaciones», lo que se reitera en el siguiente de los fundamentos de derecho al afirmar que «la fecha de cumplimiento de este negocio jurídico no aparece como elemento esencial del contrato» y que es «evidente la concurrencia de una actitud contractual morosa»; calificada así de morosa la conducta incumplidora del demandado, las consecuencias indemnizatorias son las establecidas en el artículo 1108 del Código Civil, según el cual la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio en el interés legal, y así lo ha establecido desde antiguo la doctrina de esta Sala entre cuyas resoluciones mas modernas pueden citarse: Sentencia de 23 de enero de 1985, «en supuesto como el que nos ocupa (reclamación de cantidad de dinero, se aclara ahora) y por aplicación del mandato del artículo 1108 del Código Civil, la indemnización de daños y perjuicios se transforma en el abono de los intereses legales»; Sentencia de 12 de febrero de 1986, «el interés legal del dinero que, como indemnización de daños y perjuicios contempla el artículo 1108 del Código Civil a cargo del deudor, está condicionada según la propia norma y en el mismo sentido del artículo 1101 del Código Civil a que el obligado haya incurrido en mora, esto es, en un retraso o incumplimiento culpable, cuya existencia y prueba es cuestión de hecho y como tal de apreciación en la instancia»; Sentencia de 15 de noviembre de 1989, «es claro que incurrió en mora en el cumplimiento de esa principal obligación contractual lo que hace surgir, a su cargo, la obligación de indemnizar los daños y per-

juicios causados por su incumplimiento, indemnización consistente en el abono de los intereses pactados»; Sentencia de 12 de marzo de 1991, «los intereses moratorios cumplen una finalidad indemnizatoria de los perjuicios derivados del incumplimiento contractual»; en igual sentido, Sentencia de 13 de abril de 1992. Se configuran así los intereses moratorios, a falta de pacto en contrario y para el supuesto de reclamación de cumplimiento de obligaciones dinerarias, de acuerdo con los términos del artículo 1108, como una indemnización de carácter tasado que si libera al deudor de la prueba de la cuantía del daño, impide, por otra parte, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial citada y el sentir de la doctrina civilística mayoritaria, exigir y probar la existencia de un daño mayor.

Aplicada esta doctrina al caso en litigio, ha de acogerse en este sentido el motivo examinado y limitar la indemnización de daños y perjuicios que ha de satisfacer el demandado a la actora a los intereses moratorios de la cantidad de 13.250.000 pts., no siendo procedente la condena a otros perjuicios que se dicen nacidos del incumplimiento moroso de la obligación asumida.

En el motivo se hace igualmente mención a la liquidez de la deuda que impide la declaración de mora del deudor; interpretando el principio «in illiquidis non fit mora», la más moderna doctrina jurisprudencial (Sentencia de 22 de octubre de 1997 y las en ella citadas) entiende que no es aplicable cuando la obligación dineraria es to-

talmente líquida y determinada, sin perjuicio de que al apreciarse ciertos hechos se haya practicado una deducción determinada o determinable, la cual no excluye la compensación por la devaluación monetaria que la duración del proceso en todas las instancias corresponde establecer, por medio de los intereses, a favor del demandante acreedor, y a cargo de la parte demandada deudora. En el caso, la cantidad reclamada era líquida y determinada, sin perjuicio de que se hayan realizado en la misma ciertas deducciones por razón de haberse percibido por la actora una determinada cantidad previamente a la demanda y otra como consecuencia de la ejecución por la vía de apremio de la sentencia de separación habida entre ellos.

3. Compensación de deudas.

Por último, alega el recurrente la infracción de los artículos 1195 y 1202 del Código Civil al no haberse tenido en cuenta, para compensar la deuda, la cantidad de 630.000 pesetas de que la actora dispuso perteneciendo al marido. Con relación a este tema señala el Tribunal Supremo que, como reconoce el recurrente, interpuso querrela contra su esposa por razón de la disposición de esa cantidad; no constando que el procedimiento penal así iniciado haya concluido, es claro que los órganos del orden jurisdiccional civil no pueden entrar a conocer de tal cuestión, por lo que procede la desestimación del motivo.

4. NULIDAD DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES

4.1. *Nulidad de capitulaciones matrimoniales y de donación por fraude de acreedores.*

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 25 de febrero de 1999.

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

Procede declarar la nulidad de la escritura de capitulaciones otorgada por los cónyuges cuando la misma tenía un ánimo defraudatorio, siendo indiferente que la escritura se otorgase con anterioridad a la compraventa de mercaderías. Igualmente, y por el mismo motivo, procede declarar la nulidad de la donación efectuada por el padre a favor de los dos hijos menores de edad.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. José Manuel fue condenado en causa penal por delito de estafa, ya que adquirió mercaderías (pulpa granulada) con pacto de pago al contado, para su reventa, valiéndose de la sociedad insolvente «Alpirasa», que utilizó como pantalla y mecanismo defraudatorio, a fin de ocultar su personalidad, ya que la realidad comercial pone de manifiesto que era quien la manejaba, y en la que su esposa María Cruz A.C. era socia mayoritaria. Al efectuar el pedido de las mercaderías no le asistía voluntad de proceder a su pago, generando tal conducta la deuda por la que fue condenado penalmente, respondiendo toda su actuación maquinadora al fin decidido de causar perjuicio económico a los proveedores, lo que efectivamente logró y consumó.
- En la ejecutoria penal se embargaron, entre otros, los inmuebles que en la escritura de capitulaciones matrimoniales se adjudicaron a la esposa.
- D. José Manuel y D.^a María Cruz presentaron demanda de tercería de dominio contra D.^a Leopolda solicitando que se declare que los bienes embargados en el procedimiento penal son propiedad, en pleno dominio, de D. José Manuel y D.^a María Cruz, ordenando se alce el embargo trabado sobre los mismos. La demandada se personó en el pleito y contestó con oposición a la demanda, al tiempo que formuló reconvencción, solicitando se dicte senten-

cia desestimando la demanda y estimando la reconversión, declarando la nulidad absoluta, por simulación y/o ilicitud de causa, de la escritura de donación en favor de los demandantes-reconvenidos otorgada el 2 de febrero de 1984, decretando la cancelación de las inscripciones registrales practicadas en virtud de la misma.

- D.^a María Cruz presentó una nueva demanda de tercería de dominio basada en los mismos hechos y solicitando que se dicte sentencia declarando que los bienes embargados son de su propiedad y en pleno dominio. La demandada, D.^a Leopolda, también se opuso a la demanda y formuló reconversión solicitando que se declare nula y sin valor alguno, por simulación y/o ilicitud de causa, la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada por D. José Manuel y D.^a María Cruz el 30 de enero de 1984.
- Por Auto de 4 de julio de 1990 se decretó la acumulación de ambos procesos.
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 4 de Gijón dictó sentencia el 12 de noviembre de 1993 desestimando las tercerías de dominio y estimando las demandas reconventionales, declarando la nulidad de las donaciones y de la escritura de capitulaciones matrimoniales.
- En grado de apelación, la Sec. 1.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo dictó sentencia el día 5 de julio de 1994 desestimando el recurso interpuesto por los demandados.
- D.^a María Cruz y sus hijos interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dos son las cuestiones que se abordan en la sentencia recurrida, en primer lugar la validez de las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los cónyuges, y en segundo lugar la validez de la donación efectuada por los cónyuges a favor de los hijos.

1. Validez de las capitulaciones matrimoniales.

La sentencia recurrida declaró la nulidad de dicha escritura por ilicitud negocial de la causa y si bien por el artículo 1325 del Código Civil se autoriza a los cónyuges a modificar o sustituir el régimen económico matrimonial por el que se venían rigiendo, ello ha

de verificarse de acuerdo con la legalidad, pues el artículo 1328 sanciona con nulidad las estipulaciones contrarias a las leyes, que es lo que acontece en el caso que nos ocupa.

Los recurrentes sostienen que el pedido de los géneros tuvo lugar en el mes de noviembre de 1984, y por tanto fue posterior al otorgamiento de la escritura de 30 de enero de dicho año. Sin embargo, señala el Tribunal Supremo que “no es de recibo casacional ni actúa para justificar la insolvencia patrimonial que promovió e instauró don José Manuel, cuando integran hechos probados, con efectividad en este extraordinario recurso, que el otorgamiento de la referida escritura correspondía «al conjunto de actos con-

figuradores del “iter criminis” integrantes de la defraudación, de los que el suministro de la pulpa granulada constituye la última fase o culminación del proceso previo», que encuentra apoyo en la base fáctica de la sentencia penal pronunciada. De esta manera la argumentación de los recurrentes hace supuesto de la cuestión, al resultar evidente y así se declara la relación intensa de la escritura de capitulaciones matrimoniales con la estafa perpetrada, correspondiendo todo ello a una operación defraudatoria integrada por actividades preparatorias perfectamente planificadas. La nulidad de las relaciones jurídicas también procede cuando se proyecta sobre actuaciones futuras, que se idean para perjudicar los legítimos derechos de los terceros, como aquí sucede, con respecto al título de la tercerista, que no se reputa apto para levantar el embargo de lo trabado y excluirlo de la vía del apremio penal, lo que hace decaer el motivo, pues ha de protegerse a los terceros que no han causado la nulidad, pero que resultan directamente afectados por la misma y en los que repercute negativamente, toda vez que han resultado insatisfechos económicamente.

No se puede alegar y sostener que existe causa verdadera y lícita en la escritura de capitulaciones con solo el argumento de que el crédito mercantil contraído fue posterior a dicha escritura, por lo que se reproduce el alegato ya estudiado en el motivo primero. La causa existe, pero se presenta ilícita atendiendo al fin perseguido. Resulta de destacar que en la adjudicación de bienes que los esposos llevaron a cabo en el documento notarial de 30 de enero de 1984 se atribuyó a la esposa tercerista la totalidad de los inmuebles e incluso bienes privativos del marido y a éste dos camiones y una furgoneta antiguos, acreditando un desequilibrio económico tan notorio que hay que reputarlo programado, buscado y querido por dichos interesados con fines defraudatorios de futuro, como efectivamente se produjo, al darse la realidad constatada que dio lugar al proceso penal hecho referencia.

En contra de lo sostenido por los recurrentes, con visión parcial e interpretación interesada del material probatorio, ha de concluirse que procede mantener la decisión de los juzgadores de la instancia, en cuanto que la causa de la distribución de los bienes matrimoniales no resulta real, cierta y efectiva como declaró la Sentencia de 16-9-1988, por lo que la relación contractual creada carece de causa verdadera, suficiente, lícita y exigible, lo que determina su nulidad absoluta (Sentencia de 10 de diciembre de 1996, y opera en el sentido de que, al faltar el requisito esencial de acreditación del efectivo dominio de los bienes que fueron embargados, hace improspereables las tercerías planteadas. Tiene declarado esta Sala (SS. de 22-11-1991, 17-2-1992, 4-2-1994, entre otras) que la apreciación, tanto de la existencia de causa válida, como de causa falsa, es cuestión de hecho, de la competencia del Tribunal «a quo», previo examen y valoración del material probatorio, y su labor ha de ser respetada en casación en tanto, como en este caso sucede, no se demuestre la equivocación de dicha apreciación o la concurrencia de otra causa verdadera y suficiente.

2. Validez de la donación efectuada por los cónyuges a favor de los hijos.

Con fecha 2 de febrero de 1984, D. José Manuel donó la propiedad de una finca a sus dos hijos menores de edad reservándose el usufructo vitalicio a su favor. La sentencia recurrida declaró la nulidad de dicha donación por concurrir causa ilícita, al estar integrada en el conjunto defraudatorio conformado por varias etapas de actuaciones jurídicas con unidad de dolo, que queda explicado.

La impugnación que se hace en el motivo es para que se declare eficaz la donación, que no lo impide el hecho de que los destinatarios fueran los hijos menores, así como que el donante se hubiera reservado el usufructo, con lo que se aparta de la cuestión

resuelta. A tal efecto señala el Tribunal Supremo que *la ilicitud ha de referirse más bien a los motivos, pues lo que se pretendió fue el fin ilícito de perjudicar a terceros, con ausencia de «animus donandi».* No toda donación a favor de los hijos menores de edad, como cuando el donante se mantiene en la posesión de los bienes cedidos, ha de reputarse siempre nula. Sí resulta plenamente ineficaz cuando se da ausencia de motivación lícita en el donante, como aquí sucede, ya que lo que realmente pretendió era ponerse en situación de insolvencia y continuar sus actividades comerciales, aunque ocultándose en la sociedad «Alpirasa». La donación es un acto traslativo del derecho sobre un bien —acto dispositivo—, de con-

dición gratuita y que exige que al donante le asista la intención de instaurar efectivo acto de liberalidad (artículo 618 del Código Civil), que actúa como causa de la disposición (artículo 1274 del Código Civil), lo que completa con la necesaria aceptación por el donatario, y de esta manera, para que exista real y efectivo acto de donación, lo que juega es la voluntad no sólo manifestada, sino bien decidida de desprenderse de lo que es de uno para entregarlo a otro, con lo que el «animus» se desplaza a desprendimiento voluntario y no procede, al cobijo de tal acto, llevar a cabo actividades que tienen un objetivo suficientemente probado de causar perjuicio a terceros.

III. PATRIA POTESTAD

1. FIJACIÓN DE RÉGIMEN DE VISITAS

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 10 de febrero de 1999.

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

No es procedente decretar el total y permanente aislamiento de comunicación entre el padre y la menor, sin perjuicio de las limitaciones y cautelas que, dependiendo de cada supuesto, sea necesario establecer.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. José Alberto y D.^a M.^a Teresa estuvieron conviviendo durante cuatro años, aproximadamente, naciendo de dicha unión una hija llamada Lorena, que fue debidamente reconocida por el padre.
- Doña María Teresa convive actualmente con otra persona y desde marzo de 1991 no tiene lugar la relación paterno filial entre el padre y la menor.
- D. José Alberto interpuso demanda de menor cuantía contra D.^a María Teresa solicitando que se dictase sentencia en la que se fijen los derechos de comunicación y visitas de la hija con el padre. La demandada fue declarada en rebeldía.

- El Juzgado de Primera Instancia Número Veintitrés de Madrid dictó sentencia el 27 de noviembre de 1992 estimando la demanda y acordando: I. La atribución de la guarda y custodia de la hija menor de edad a doña Teresa pero ejerciendo conjuntamente ambos padres la patria potestad sobre aquélla. II. Como régimen de visitas en favor de don José Alberto éste podrá estar en la compañía de su hija menor de edad en la forma que concierte con la demandada y, en la coyuntura de desacuerdo, la tendrá consigo una tarde a la semana de 17 a 20 horas. Este régimen de visitas será supervisado por la Asistente Social adscrita al Juzgado por un período de seis meses, pudiendo incrementarse el mismo si la evolución es favorable para la hija menor.
- En grado de apelación, la Sec. 22.^a de la AP de Madrid dictó sentencia desestimando el recurso.
- D.^a María Teresa interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La madre recurre en casación porque considera infringidos, por indebida aplicación, los artículos 94 y 106 del Código Civil, relativos a la efectividad, determinación, suspensión y ejercicio o no de las relaciones paterno-filiales, solicitándose de la Sala que, en lugar de las visitas semanales, establezca una limitación de carácter temporal, en tanto dure la situación de enfermedad del padre o pase a una situación de normalidad, suspendiéndolas temporalmente durante el tiempo que dure la enfermedad y reanudándolas en el caso de que se curara o se aliviara de la dolencia padecida, una vez al mes desde las 17 a las 20 horas, el primer domingo, manteniendo el sistema de supervisión de la Asistente Social para el caso de que llegara a producirse.

El Tribunal Supremo vuelve a reiterar la imposibilidad de revisar en casación la valoración efectuada acerca de los informes periciales en cuanto que los mismos son apreciables según las reglas de la sana crítica y no obligan a los Juzgados y Tribunales a sujetarse a su contenido, artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, máxime, cuando el

emitido en el caso de autos no permite apreciar en él concurrencia alguna de error de Derecho, y cuando no se desprende de él situación alguna de riesgo o peligro para la menor del establecimiento de un régimen de visitas por su padre.

Aun reconociendo que las medidas de que se trata deben ser adoptadas en beneficio de los hijos, no cabe pretender que las concretas establecidas sean susceptibles de provocar ningún desequilibrio, ni siquiera, potencialmente, para la menor al ser imposible pretender su aislamiento total y permanente respecto a su comunicación con el padre y, al respecto, es encomiable las limitaciones con que se ha fijado el régimen de visitas, y esto así, es de concluir, sin necesidad de mayores razonamientos y sin perder de vista la discrecionalidad del juzgador en esta materia, y lo dispuesto en el artículo 160 del Texto Legal sustantivo, que el Tribunal «a quo» no incurrió en infracción alguna en torno a los artículos 94 y 106 del Código Civil, lo que conduce, en definitiva, a entender inviable el recurso formalizado por la madre.

1. *Privación de la patria potestad.*

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 23 de febrero de 1999.

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

Procede privar al padre de la patria potestad, cuando ha quedado constatado el desinterés del mismo respecto de la hija que, debido a la grave enfermedad de la madre —cuyo fallecimiento se produjo posteriormente— tuvo que integrarse en el ámbito convivencial y familiar de sus tíos maternos.

ANÁLISIS DEL CASO

- Estando la madre todavía en gestación de la menor los cónyuges y progenitores se separaron de común acuerdo. El padre, D. José, se desentendió de su futura prole, sin que se fijara régimen de visitas, ni pensión alimenticia. No asistió ni al nacimiento, ni al bautizo de la hija. Tampoco ya nacida intentó el cumplimiento de sus deberes paterno-filiales. Fallecida la madre que padecía una grave enfermedad, la menor continuó conviviendo con sus tíos (D. Juan Luis y D.^a Genoveva) que se hicieron cargo de ella y de las atenciones y cuidados requeridos por ésta. Al poco del fallecimiento el padre recabó el ejercicio de sus derechos, sobre su hija, cumplidos ya los dos años.
- D. Juan Luis y D.^a Genoveva interpusieron demanda de juicio de menor cuantía contra D. José solicitando que se privase al demandado de la patria potestad.
- El demandado se personó en autos y solicitó que se desestimase la demanda y se le confiriera plenamente el ejercicio de la patria potestad con respecto a su hija Mireia, disponiendo la urgente y efectiva restitución de la menor al domicilio paterno.
- El Juzgado de Primera Instancia número seis de Lérida dictó sentencia el 16 de marzo de 1994 estimando la demanda y acordado privar al demandado de la patria potestad de su hija, quedando la misma entre tanto al cuidado de los actores en la situación de guarda de hecho que ahora ostentan y sin perjuicio de que a la vista de la presente resolución insten lo que a su derecho convenga a los efectos de convertir en definitiva la misma.
- En grado de apelación, la Sec. 1.^a de la Audiencia Provincial de Lérida dictó sentencia el 13 de julio de 1994 estimando el recurso y absolviendo al demandado de los pedimentos de la demanda.

- D. Juan Luis y D.^a Genoveva interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que confirmó la sentencia dictada por el juzgado de 1.^a Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Lo tíos maternos y guardadores de la menor entienden que existe causa suficiente para privar al padre de la patria potestad, ya que el mismo aceptó de hecho apartarse totalmente de la vida de su hija.

La Audiencia entendió que no procedía privar al padre de la patria potestad, ya que debe tenerse en cuenta que las conductas atribuidas al demandado y en las que pretende fundarse la petición de privación de la patria potestad se produjeron en circunstancias personales y familiares radicalmente distintas a las actuales. El demandado —dice— aceptó de hecho apartarse totalmente de la vida de su hija a partir de la circunstancia nada despreciable de que ésta quedaba a cargo, no de sus suegros o de sus cuñados, sino de su madre. Añade, en otros extremos, que cuando se produjo el fallecimiento de su cónyuge, no dejó pasar el demandado sino cuatro meses, no ya para solicitar verbalmente la entrega de su hija para hacerse cargo de su custodia, sino para acudir a los Tribunales solicitando ser restablecido en dicho negado derecho. Por ello en ningún caso podría considerarse «abandonado» un derecho a la patria potestad que no tiene, además, un contenido patrimonial o económico que permita su libre disposición por vía del abandono o del no ejercicio.

Sin embargo, no puede soslayarse que durante dos años, en situación en que la gravedad conocida de la enfermedad que padecía la madre, hacía más patente el desinterés del padre, éste «de facto» hizo abandono de sus deberes paterno-filiales, que, como tales, jurídicamente son irrenunciables, mientras la menor se integraba en su propio beneficio en el ámbito convivencial y familiar de sus tíos maternos. En este último sentido ca-

be ponderar, en discrepancia con la sentencia recurrida, y conforme con los argumentos de la sentencia de primera instancia, que el incumplimiento de los deberes del progenitor, fue causa de la integración de la niña en la familia de su madre a través de ésta y de su hermana y marido (los actores). En definitiva, tal hecho ha determinado que hoy en día la niña sólo conozca como padres a éstos y no a otros, resultando del informe de los servicios del «SAOS» la integración de la menor en el núcleo familiar de los actores en el que satisfacen todas sus necesidades tanto físicas y materiales como afectivas. En consecuencia aquel incumplimiento de deberes debe calificarse como grave, pues no se puede olvidar que la «separación de los cónyuges» «no exime a los padres de las obligaciones para con los hijos» (artículo 92 del Código Civil), de manera que el incumplimiento de estos deberes puede dar lugar a la privación de la patria potestad y por ello se acoge el motivo, lo que exime del examen del segundo, por inútil.

El Tribunal Supremo considera plenamente acertada la fundamentación de la sentencia de primera instancia que, al efecto, reproduce como suya, en cuanto concluye, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal y con todas las pruebas practicadas, que la menor debe continuar en la situación que ahora tiene. Por tanto considera que debe decidir el caso, en los términos que el fallo de la misma contiene, tomando en consideración que la amplitud del contenido del precepto (incumplimiento de los deberes de la patria potestad) y la variabilidad de las circunstancias que han de ser tenidas en cuenta para juzgar los actos de los padres exigen conceder al Juez

una amplia facultad discrecional de apreciación que, como tal, tiene igualmente difícil acceso a la casación, pero en modo alguno puede prescindirse de que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor, informante tanto de la privación de dicha patria potestad como de su mantenimiento (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1998). Es constante la jurisprudencia de la Sala que concier-

be la institución de la patria potestad «en beneficio de los hijos» (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1996). Consecuentemente, si como resulta de la prueba practicada el interés de la menor se satisface de mejor modo en su actual ámbito familiar, debe prevalecer este interés sobre un ejercicio «a fortiori» de la patria potestad, dándose, como se dan, los incumplimientos graves de los deberes inherentes a la misma.

IV. SUCESIONES

1. *Existencia de simulación en las donaciones efectuadas por el padre a favor de los hijos.*

**Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 21 de septiembre de 1998.
Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.**

Procede declarar la nulidad de las escrituras de donación otorgadas por los padres a favor de los hijos, cuando la finalidad de las mismas fue constituirse en una situación de insolvencia frente a terceros acreedores que reclamaban sus créditos.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Rufino fue condenado por el Juzgado de Instrucción número 1 de Talavera de la Reina en sentencia de 21 de noviembre de 1983 por haber cometido un delito de estafa con perjuicio de don Florentino, la cual fue confirmada por la Audiencia Provincial de Toledo el 12 de abril de 1984, por lo que, en concepto de responsabilidad civil, se trabó embargo en 29 de julio de 1985 sobre el usufructo de diversas fincas del deudor, no obstante, con fechas de 9, 19 y 30 de agosto de 1985, el condenado y su esposa vendieron y donaron determinados bienes a sus hijos e imposibilitaron la práctica de la anotación preventiva del embargo en el Registro de la Propiedad.

- Con causa en la realización de los anteriores negocios, D. Rufino y su esposa fueron condenados por sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 2 de noviembre de 1988, como responsables en concepto de autores de un delito de alzamiento de bienes.
- D. Florentino interpuso juicio declarativo de menor cuantía contra el matrimonio formado por D. Florentino y D.^a Josefina y contra Vicente, don Juan Pedro, doña María y don David y don Martín sobre nulidad de escrituras públicas de compraventa y donación y cancelación de inscripciones registrales, solicitando en el suplico: a) Se decrete la nulidad de las escrituras públicas de compraventa y donación de fechas 9, 19 y 30 de agosto de 1985, y cuyas demás circunstancias identificadoras se contienen en el cuerpo de esta demanda por tratarse de negocios jurídicos simulados y de exclusiva finalidad ilícita en perjuicio del acreedor demandante. b) Se ordene, asimismo, la cancelación en el Registro de la Propiedad de Puente del Arzobispo (Toledo) de las inscripciones y anotaciones producidas por las referidas escrituras públicas. c) Y, por último, se condene a los demandados al pago de las costas causadas en esta litis, si temerariamente se opusieren a lo pedido.
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 4 de Talavera de la Reina, con fecha 28 de octubre de 1993, dictó sentencia estimando la demanda y declarando la nulidad de las escrituras públicas de compraventa de fecha 30 de agosto de 1985 por las que D. Rufino y D.^a Josefina venden a D. Martín el usufructo vitalicio de una finca rústica; de las escrituras públicas de donación de fecha 19 de agosto de 1985 por las que D. Rufino dona a su hijo D. Vicente el pleno dominio de diversas fincas rústicas, y de la escritura pública de donación de 9 de agosto de 1985 por la que don Rufino y doña Josefina donan a sus hijos Juan Pedro, Vicente, María y David el usufructo vitalicio de la otra finca, ordenando la cancelación en el Registro de la Propiedad de Puente del Arzobispo (Toledo) de las inscripciones y anotaciones producidas por las referidas escrituras públicas, y con expresa imposición de costas a los demandados a excepción de don Martín que sólo abonará las causadas a su instancia.
- En grado de apelación, la Sec. 2.^a de la Audiencia Provincial de Toledo, con fecha 13 de mayo de 1994, desestimó el recurso confirmando la sentencia de instancia.
- D. Vicente, D. Juan Pedro, D.^a María, y D.^a Josefina interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los recurrentes impugnan la sentencia de la Audiencia, por entender que las donaciones efectuadas son perfectamente válidas de acuerdo con lo establecido en el art. 1274 del CC, ya que concurre causa bastante. La sentencia de apelación, según los recurrentes, no ha tenido en cuenta que los negocios jurídicos impugnados por la actora, uno de compraventa y dos de donación de usufructo, son de distinta naturaleza, y, por ende, tienen distinta regulación legal, de manera que la respuesta judicial ofrecida, en lo que se refiere a las donaciones, y singularmente a la falta de causa, no es ajustada a derecho.

Por consiguiente la cuestión a decidir es si en las donaciones efectuadas por el matrimonio a favor de los hijos tienen causa suficiente o, por el contrario, estamos en presencia de contratos simulados, cuya regulación se encuentra en el art. 1.276 del CC al tratar de la causa falsa.

A tal efecto señala el Tribunal Supremo que la ciencia jurídica afirma mayoritariamente que la figura de la simulación está basada en la presencia de una causa falsa y que la simulación absoluta se produce cuando se crea la apariencia de un contrato, pero, en verdad, no se desea que nazca y tenga vida jurídica; sostiene, también, que el contrato con simulación absoluta está afectado de nulidad total, tanto por la tajante declaración del artículo 1276, como por lo dispuesto en los artículos 1275 y 1261.3, en relación con el 6.3, todos del Código Civil.

La doctrina jurisprudencial ha declarado que es facultad peculiar del Juzgador de instancia la estimación de los elementos de hecho sobre los que ha de basarse la declaración de existencia de la causa o de su falsedad o ilicitud (SSTS de 20 de octubre de 1966, 11 de mayo de 1970 y 11 de octubre de 1985); igualmente, que la simulación es una cuestión de hecho sometida a la libre apreciación del juzgador de instancia (SSTS de 3 de junio de 1953, 23 de junio de 1962, 20 de enero de 1966, 3 de junio de 1968, 17

de noviembre de 1983, 14 de febrero de 1985, 5 de marzo de 1987, 16 de septiembre y 1 de julio de 1988, 12 de diciembre de 1991, 29 de julio de 1993 y 19 de junio de 1997); que la simulación se revela por pruebas indiciarias que llevan al Juzgador a la apreciación de su realidad (SSTS de 24 de abril de 1984 y 13 de octubre de 1987); que la “simulatio nuda” es una mera apariencia engañosa (“substantia vero nullam”) carente de causa y urdida con determinada finalidad ajena al negocio que se finge (STS de 19 de julio de 1984); que el contrato simulado se produce cuando no existe la causa que nominalmente se expresa, por responder a otra finalidad jurídica (STS de 1 de julio de 1988); que la simulación implica un vicio en la causa negocial (STS de 18 de julio de 1989); que en ningún sitio consta dicho por esta Sala que la simulación no se puede declarar si no se prueba una finalidad defraudatoria (STS de 15 de marzo de 1995); que el negocio con falta de causa es inexistente (STS de 23 de mayo de 1980); que la falsedad de la causa equivale a su no existencia y, por consiguiente, produce también la nulidad del negocio, en tanto no se pruebe la existencia de otra verdadera y lícita (STS de 21 de marzo de 1956); que una de las formas utilizadas en la simulación absoluta es la disminución ficticia del patrimonio, con la sustracción de bienes a la inminente ejecución de los acreedores, pero conservando el falso enajenante el dominio (SSTS de 21 de abril y 4 de noviembre de 1964 y 2 de julio de 1982); que la simulación absoluta da lugar a un negocio jurídico que carece de causa y este es el caso de la compraventa en que no ha habido precio (SSTS de 24 de febrero de 1986 y 16 de abril de 1986, 5 de marzo y 4 de mayo de 1987, 29 de septiembre de 1988, 29 de noviembre de 1989, 1 de octubre de 1990, 1 de octubre de 1991, 24 de octubre de 1992, 7 de febrero de 1994, 24 de mayo de 1995 y 26 de marzo de 1997); que hay inexistencia de contrato de compraventa por falta de causa al ser simulado el pre-

cio, con la finalidad de sustraer un bien patrimonial a la perseguibilidad de los acreedores de los vendedores (STS de 29 de septiembre de 1988).

La decisión de la Audiencia, que ha sido fiel a las pautas doctrinales y jurisprudenciales expuestas, no ha conculcado el precepto antes indicado, toda vez que, como se

deriva de los hechos declarados probados, las partes han pretendido crear, para sus exclusivos objetivos, una apariencia comercial encubridora de una situación real de verdadera simulación absoluta, puesto que se ha fingido vender o donar para no aparecer como dueño, de manera que los negocios realizados se fundan en una causa falsa, que provoca la nulidad de los contratos celebrados.

2. *Donación encubierta bajo contrato de compraventa.*

Tribunal Supremo. Sala 1.ª, Sentencia de 30 de diciembre de 1998.
Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

No cabe impugnar en vida de los donantes la validez de la donación porque pueda perjudicar la legítima. Habiéndose otorgado escritura pública de compraventa en la que se contenía la donación encubierta se cumple el requisito establecido en el art. 633 del CC.

ANÁLISIS DEL CASO

- El día 15 de febrero de 1990, los esposos D.ª Dolores y D. Juan formalizaron contrato de compraventa de un inmueble con su hija D.ª María y el esposo de esta D. Hilario.
- D. Ángel (hijo de los vendedores) instó demanda de juicio de menor cuantía contra su hermana D.ª María solicitando que se declarase: a) La inexistencia o nulidad radical del contrato de compra-venta. b) La nulidad de donación disimulada o encubierta bajo la referida supuesta compra-venta. c) La nulidad de los asientos de inscripción de dominio y d) Que el inmueble se incorporase al caudal relicto de los causantes D.ª Dolores y D. Juan.
- D.ª María contestó a la demanda alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia desestimando la demanda y se declarase la validez de la compra-venta, y asimismo se declarase la no procedencia de la cancelación de la inscripción de dominio causada en el Registro de la propiedad; se declarase igualmente que el caudal relicto de los causantes D.ª Dolores y D. Juan está integrado por el crédito que sus herederos ostentan frente a los demandados, como consecuencia de tal enajenación. Subsidiariamente, y sólo para el caso de apreciar la simulación, sea declarada la validez de la donación por cumplir los requisitos legalmente exigidos, con expresa imposición de costas al actor.

- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 2 de Torrejón de Ardoz dictó sentencia el día 8 de septiembre de 1992 estimando íntegramente la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 8.^a de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia el día 6 de julio de 1994, estimando el recurso de apelación y en consecuencia, desestimando la demanda y absolviendo a los demandados.
- D. Ángel interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurrente pretende impugnar el contrato de compraventa en base a la infracción del art. 1.276 del CC —“La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita”—, ya que considera que la causa del negocio de donación encubierta es ilícita puesto que “no puede considerarse lícita la causa cuando lo que se pretende es favorecer a uno de los hijos, perjudicando los derechos de los legitimarios”, por lo que la escritura responde “a una motivación fraudulenta, cual es evitar la aplicación de los artículos 806 y siguientes y 1035 y siguientes del Código civil”.

Respecto a esta cuestión señala el Tribunal Supremo que tales afirmaciones carecen del significado jurídico que se dice, ya que el donante no actúa ilícitamente, cuando favorece a algunos de sus hijos, tanto más cuanto que por vía de herencia puede hacerlo, incluso frente a los legitimarios dentro de ciertos límites, máxime si se tienen en cuenta las prevenciones legales sobre la “inoficiosidad” de las donaciones (artículo 636 en relación con el artículo 1035 del Código civil). Lo que no cabe es anticipar durante la vida de los futuros causantes aquellos efectos, puesto que los hijos en cuestión, supuestamente perjudicados, no son herederos testamentarios, ni forzosos, en tanto no fallezcan aquellos en atención a que “los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte” (artículo 657 del Código civil) y es, en este

momento, cuando se puede determinar quiénes son los herederos.

Por otro lado sostiene el recurrente que se ha infringido lo establecido en el art. 633 del CC —“Para que sea válida la donación de cosa inmueble, ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario”—, al aceptar que se ha cubierto la exigencia imperativa de la escritura pública para la validez de la donación, aplicando la que el notario autorizó como contrato de compraventa entre las partes. A tal efecto señala el Tribunal Supremo que la validez de las donaciones encubiertas, bajo la forma de compraventa (como reconoce la sentencia de esta Sala de 23 de septiembre de 1989) “ha dado lugar a soluciones divergentes no sólo en la doctrina científica sino también en la jurisprudencia y así mientras numerosas sentencias reconocen la validez de la donación de inmuebles encubierta bajo la forma de escritura pública de compraventa —sentencias de 19 de enero de 1950 (31 de enero de 1955, 2 de junio de 1956, 16 de octubre de 1965, 31 de mayo de 1982 y 19 de noviembre de 1987—, otras resoluciones —sentencias de 29 de enero de 1945, 15 de enero de 1959, 13 de mayo de 1965, 6 de octubre de 1977— han negado validez para la donación en escritura de venta; por ello, para resolver este problema jurídico han de tenerse en cuenta en primer lugar las circunstancias de hecho concurrentes en cada

caso”. En el caso, la cuantía del precio, que, aunque notablemente inferior al real de los bienes, no puede calificarse de simbólico, y la naturaleza, así mismo, remuneratoria de la donación, que compensa servicios prestados por la hija y su marido, encargados de atender a sus padres, los donantes, en la última enfermedad; el previo arriendo de los donatarios de la finca vendida y la previa existencia de una opción de compra, en favor de los mismos, duradera hasta el año 1999, que, obviamente, se extinguió en virtud del contrato litigioso, junto con las dificultades interpretativas que comporta el artículo 622 del Código civil, determinan, de acuerdo asimismo con la expresada sentencia que se consideren concurrentes todos los requisitos necesarios para la eficacia de la expresada donación, pues, como sostiene la sentencia de 9 de mayo de 1988, “si bajo el negocio simulado, existe el negocio disimulado, la forma de éste será la propia del simulado y si es la exigida por la ley para el tipo de negocio al que pertenece cumple con el requisito formal correspondiente; yerra

por tanto el recurrente, al estimar que la exigencia de la escritura pública para la donación no se cumple aplicando lo que el notario autorizó como contrato de compraventa, puesto que en verdad el notario estaba autorizando un contrato de donación”, doctrina que, como razona la primera sentencia citada, conduce a la desestimación del motivo examinado ya que aparecen cumplidas las exigencias formales del artículo 633 invocado como infringido, al haberse hecho las donaciones en escritura pública con expresión individualizada de los bienes objeto de las mismas y constar en la misma forma la aceptación de los donatarios, presuntos compradores, que comparecieron personalmente al otorgamiento de las escrituras; todo ello sin perjuicio de la posible inoficiosidad de las referidas donaciones por aplicación del artículo 636 del Código civil y la obligación de colacionar los bienes por los donatarios que resulten ser herederos forzosos del donante de acuerdo con los artículos 1035 y siguientes del mismo Código.

3. *Nulidad de donación por haberse otorgado en fraude de acreedores.*

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 31 de diciembre de 1998. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala Trillo-Figueroa.

Procede declarar la nulidad de las donaciones otorgadas por los padres a favor de los hijos, ya que las mismas tenían por objeto impedir el cobro de las deudas que éstos habían contraído. Aunque la acción pauliana del art. 1111 del CC tiene carácter subsidiario para el supuesto de que el deudor carezca ya de patrimonio, es suficiente la existencia de una notable disminución patrimonial que impida al acreedor percibir su crédito o que el reintegro del mismo le sea sumamente dificultoso.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Manuel y D.^a Pilar suscribieron en fecha 28 de agosto de 1990 una póliza de Crédito con la entidad Caja Z. por importe de 7.000.000 de pesetas.

Igualmente suscribieron con el “Banco B., S.A.”, en fechas 21 de febrero y 27 de abril de 1989 y 15 de febrero de 1990, tres pólizas de préstamo por un importe de 6.000.000 pesetas, 4.500.000 pesetas y 8.000.000 pesetas, respectivamente, y amortizaron tales préstamos con normalidad sólo hasta el mes de noviembre de 1990.

- El día 16 de noviembre de 1990, D. Manuel y D.^a Pilar donaron a sus hijos, mediante escrituras públicas, la nuda propiedad de dos fincas sitas en Balaguer y otras dos sitas en Lérida, conservando en su poder únicamente una finca que constituía la explotación agrícola-ganadera familiar, que se hallaba gravada con una hipoteca a favor del “Banco Z.” en garantía de 28.000.000 pesetas de capital, crédito este hipotecario que fue reclamado a través del procedimiento sumario hipotecario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en el que la finca fue valorada en 49.000.000 de pesetas y el precio que se ofreció por la misma fue de 20.000.000 pesetas.
- En fecha 30 de enero de 1991 se presentó en los Juzgados de Balaguer solicitud de quita y espera por el matrimonio de D. Manuel y D.^a Pilar, cuyo procedimiento se archivó al no aprobarse por los acreedores la proposición de los deudores.
- Entablado por la entidad actora en 24 de abril de 1991 juicio ejecutivo en ejecución de la póliza de crédito, ante el Juzgado de Primera Instancia número Siete de Zaragoza, no se pudo trabar embargo sobre los bienes de los deudores, dado que la única finca que se hallaba en su poder y dominio era la de número 4.243 que estaba gravada, como ya se ha dicho.
- La Caja Z. interpuso demanda de menor cuantía contra los cónyuges D. Manuel y D.^a Pilar y contra los hijos de estos D. Daniel, D. Miguel y D.^a Ana María solicitando la rescisión, por haberse celebrado en fraude de acreedores, de los contratos de donación. Subsidiariamente y como alternativa a los dos pedimentos anteriores, se declare la responsabilidad solidaria de los donatarios D. Daniel, D. Miguel y D.^a Ana María en orden a satisfacer las indemnizaciones por daños y perjuicios provocados por la enajenación que se rescinde, en caso de que les fuere imposible devolver las fincas, conforme a lo dispuesto en el artículo 1298 del Código Civil.
- Los demandados, bajo una representación conjunta, se opusieron a la demanda solicitando su desestimación.
- El Juzgado de Primera Instancia número Dos de Balaguer dictó sentencia el día 14 de febrero de 1994, estimando la demanda y declarando la rescisión, por haberse celebrado en fraude de acreedores de los contratos de donación, ordenando la cancelación de las inscripciones.
- En grado de apelación, la Sec. 2.^a de la AP de Lérida dictó sentencia el día 31 de mayo de 1994 desestimando el recurso y confirmando la sentencia de instancia.

- D. Manuel, D.^a Pilar, D. Daniel, D. Miguel y D.^a Ana María interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La entidad acreedora ejerció la acción revocatoria o pauliana por donación en fraude de acreedores, pretensión que fue estimada íntegramente tanto por la sentencia de 1.^a Instancia como por la dictada por la Audiencia Provincial. En cambio, los demandados estiman que ambas sentencias infringen lo dispuesto en los artículos 1111 y 1294, ambos del Código Civil, ya que el artículo 1111 —“Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuándose los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho”— tiene un carácter totalmente subsidiario, siendo necesario que previamente los acreedores persigan todos los bienes que estén en posesión del deudor para realizar cuanto se les debe. A la misma conclusión se llega en el art. 1294 del CC —“La acción de rescisión es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio”—.

En el caso que nos ocupa —sostienen los recurrentes—, independientemente de que no se da el presupuesto o requisito para ser de aplicación el artículo 1297 del Código Civil, en su relación con el artículo 340 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, cual es, entre otros, la existencia del “*animus nocendi*” en su relación con el “*consilium fraudis*”, tampoco se da el otro requisito de necesaria existencia consistente en que el deudor no tenga otros bienes con los cuales el acreedor pueda realizar su crédito. Por tanto, cuando resulte de las actuaciones que el acreedor haya embargado bienes que de por sí y en principio pudieran ser suficientes

para hacer efectivo el crédito, deberá antes de ejercitar la acción rescisoria intentar la realización de tales bienes. Pudiera ser que iniciada la vía de apremio sobre los bienes embargados, y a la vista de las valoraciones que de los mismos se hagan a efectos de sacarlos a pública subasta, se desprendiera que tales bienes son de por sí insuficientes para poder satisfacer el crédito, en tal caso entendemos que no habría de esperarse forzosamente a la subasta de dichos bienes, para llegar a la conclusión de que con la subasta de tales bienes no podrá realizarse el crédito que se ostente, por lo que quedaría expedita la vía, para deducir la correspondiente acción rescisoria, de ahí que la jurisprudencia de este Alto Tribunal haya establecido que no es preciso para acreditar una situación de insolvencia que haya de llegarse forzosamente a la subasta de los bienes embargados.

La entidad acreedora embargó, además de los bienes inmuebles, una serie de bienes muebles y maquinaria, que en su conjunto y según las valoraciones que se efectuaron en el procedimiento de Quita y Espera, ascienden a un total de 43.518.329 pesetas, debiendo señalar que en tal valoración no se halla incluido el ganado, es decir las ciento veinte vacas que también resultaron embargadas, pues no existía en el momento de procederse el embargo el reseñado número de cabezas, lo que se desprende de las actuaciones del mentado procedimiento ejecutivo. La mayoría de tales bienes aún se hallan en poder de los recurrentes, otros en cambio, en virtud de procedimientos posteriores al mentado Ejecutivo, han sido embargados y subastados. Resulta, como se desprende de las actuaciones de dicho procedimiento ejecutivo, que Caja Z. no inició tras obtener a su favor la sentencia de remate la vía de

apremio, a pesar de ser el primer acreedor que embargara tales bienes. En resumen, la Caja Z. tenía y tiene aún verdaderas posibilidades de lograr el cobro de su crédito, mediante la realización de los bienes que embargó y que se hallaban en posesión de los recurrentes.

Señala el Tribunal Supremo que de la apreciación conjunta de los artículos 1111, 1291.3 y 1294 del Código Civil se desprende que la nota más característica de la acción conocida como “pauliana” es su subsidiariedad, entendida cual remedio para el acreedor cuando se carezca de otro cauce para obtener la satisfacción de su crédito, lo que denota, como presupuesto fáctico necesario, la concurrencia de una situación de insolvencia en el deudor, la que, atendiendo a la consolidada doctrina jurisprudencial al respecto, no tiene por qué ser absoluta, sino que es suficiente la existencia de una notable disminución patrimonial que impide al acreedor percibir su crédito o que el reintegro del mismo le sea sumamente dificultoso. Junto a semejante presupuesto, coexiste otro correlativo, el referente a que la desaparición o minoración patrimonial es el consecuente resultado de una operación transmisiva de bienes por el deudor a favor de terceros, presupuesto este al que se enlaza, por último, un determinado propósito que viene a configurar el llamado “*consilium fraudis*”, entendido, de manera amplia, como “conciencia” en el deudor del perjuicio que el empobrecimiento real o fingido causa al acreedor, e interpretado, por la sentencia de 6 de abril de 1992, como actividad intencionada y directamente dolosa o bien como simple conciencia de causarlo, llegando a alcanzar cotas de cuasi-objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación.

Siendo meras cuestiones de hecho las de la existencia del fraude, así como las de existencia o no de bienes suficientes en el patrimonio del deudor, es evidente que que-

dan sometidas a la exclusiva competencia de la Sala de instancia, lo que lleva, por consiguiente, a la remisión del resultado probatorio, cuyos hechos que le configuran son inatacables en casación, según ya se comentó. Pues bien, la relación pormenorizada de los hechos acreditados en el caso de autos, tal y como fueron recogidos en el primer fundamento de la presente, permite corroborar: que en fechas próximas a la suscripción de una póliza de crédito entre “Caja Z.” y el matrimonio de D. Manuel y D.^a Pilar, dicho matrimonio, a través de escrituras públicas, hicieron donación a sus hijos de la nuda propiedad de la casi totalidad de las fincas que poseían; que el matrimonio, únicamente se reservó una finca (constitutiva de la explotación agrícola-ganadera familiar); que era nula la posibilidad de que disponía la entidad acreedora de ser reintegrada de su crédito con cargo a esa finca, en cuanto que la misma se hallaba gravada con una hipoteca a favor del Banco Z., ascendente a 28.000.000 de pesetas, cuyo capital no pudo realizarse en el pertinente procedimiento sumario hipotecario, al ser valorada la finca en 49.000.000 pesetas y ser el precio ofrecido para ella el de 20.000.000 pesetas, y que en el juicio ejecutivo entablado por la acreedora Caja Z. con anterioridad al hipotecario, no se pudo trabar embargo sobre los bienes del matrimonio deudor, pues la única finca que se hallaba en su poder era la indicada.

Los presupuestos fácticos nuevamente relacionados en sus aspectos esenciales, autorizan a entender y calificar como fraudulentas las donaciones del caso de autos, sin necesidad de mayores razonamientos, alcanzándoles plenamente la presunción establecida en el artículo 1297 del Código Civil, con lo cual es de concluir que el Tribunal “*a quo*” no infringió, en concepto alguno, los artículos 1111 y 1294 del Código Civil, originándose así la claudicación del único motivo del recurso de casación.

V. ERROR JUDICIAL

1. *Inexistencia de error judicial.*

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 9 de febrero de 1999.

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

No procede condenar al juez por responsabilidad civil por la circunstancia de que, solicitada por la parte, no dictase el auto de medidas provisionales al entender éste que se mantenían vigentes las adoptadas como medidas provisionalísimas o previas.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Carlos, como titular de un juzgado de 1.^a Instancia e Instrucción, dictó auto de medidas provisionalísimas o previas de separación el día 31 de mayo de 1993 respecto del matrimonio formado por D.^a María Belén y D. José Luis.
- El día 29 de junio de 1993, D.^a María Belén presentó demanda de separación. Emplazado el demandado y personado en autos, éste solicitó por medio de otrosí la formación de pieza separada de medidas provisionales, a lo que se accedió por proveído de 27 de julio de 1993, quedando formada la pieza y teniendo por promovida la misma.
- Tramitada la pieza de medidas provisionales, con fecha de 22 de septiembre de 1993, se dictó auto acordando «no haber lugar a dictar medidas provisionales, quedando éstas pendientes de la resolución del procedimiento principal». Contra el referido auto D. José Luis, al amparo del artículo 1900 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, formuló con fecha 28 de septiembre escrito de oposición para que se sustanciase pieza separada por los trámites y con los recursos de los incidentes, el cual no fue admitido a trámite por improcedente en auto de 30 de septiembre.
- Dicha resolución fue recurrida en reposición por la parte afectada, al que no contestó la contraparte, pero sí el Ministerio Fiscal, quien interesó la estimación del recurso, pese a lo cual el propio juzgador por Auto de 14 octubre acordó desestimarlos con imposición de costas al recurrente, quien seguidamente interpone contra el mismo recurso de apelación ante la Audiencia Provincial.

- Con fecha 15 octubre se dictó sentencia en los autos principales de separación matrimonial, la cual fue recurrida en apelación por el demandante, disconforme con el régimen de visitas concedido y pensión alimenticia fijada en la misma.
- Para la vista de ambos recursos se señaló el día 21 de diciembre del propio año 1993, y con fecha 24 diciembre, por la misma Sala, se dicta, por un lado, sentencia en la que se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación jurídica de D. José Luis contra la sentencia precedentemente aludida de 15 octubre, revocando en lo necesario la apelada y concediendo un régimen de visitas más amplio y reduciendo de 40.000 a 25.000 pts. la cuantía de la pensión alimenticia. Por otro lado se dicta auto en el que la Sala resuelve: «no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por la representación de don José Luis contra el Auto de 14 octubre, al incidir sobre medidas resueltas en la sentencia de separación de cuya causa dimana la presente pieza separada; y cuide el juzgador de instancia en lo sucesivo, de no incurrir en las anomalías procedimentales advertidas».
- D. José Luis formuló demanda de juicio de mayor cuantía contra D. Carlos en su calidad de titular de un Juzgado de 1.^a Instancia e Instrucción sobre responsabilidad civil de Jueces y Magistrados en la que suplicaba que se dictase sentencia declarando que el demandado se encuentra incurso en las causas de responsabilidad civil de Jueces y Magistrados, por haber infringido en el desempeño de sus funciones, por negligencia o ignorancia inexcusable, las normas denunciadas en la demanda, y se le condenara a abonar al actor, en concepto de indemnización de daños y perjuicios ocasionados, la cantidad de un millón de pesetas con la expresa condena en costas.
- Admitida a trámite la demanda y emplazado el demandado se personó en autos oponiéndose a la misma y solicitando su desestimación.
- La Audiencia Provincial de Salamanca dictó sentencia el 20 de junio de 1994 estimando la demanda y declarando, por negligencia inexcusable en el desempeño de sus funciones, la responsabilidad civil del demandado, fijando en 250.000 pts. el importe de la indemnización.
- D. Carlos interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Habiendo solicitado el demandado la adopción de medidas provisionales de separación, y después de formada la pieza correspondiente, el Juez resuelve acordando “no haber lugar a dictar medidas provisiona-

les, quedando estas pendientes de la resolución del procedimiento principal”. Esta falta de resolución ante una petición de parte fue censurada por la Audiencia Provincial en la sentencia que resolvía el recurso:

“Considera la Sala de Instancia que el juzgador carecía de disposición, con arreglo a lo establecido en los artículos 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 359, 361, 371 y 1899 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para negarse a resolver sobre las medidas provisionales instadas por una parte legítima con base en los artículos 1896 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y amparo en el artículo 103 del Código Civil, cual hace en el Auto de 22 de septiembre de 1993. A tal supuesta infracción procesal se refiere la Sala que dictó el Auto 125/1993, de 24 de diciembre, cuando hace notar el torpe actuar del Juez «a quo», quien tras tramitar la pieza de medidas provisionales resolvió en el «auto», que puso fin a la misma, no haber lugar a dictar aquéllas. Pudo reproducir —dice— las adoptadas como medidas provisionalísimas por el cauce de los artículos 1844, 1885 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, una vez que en los razonamientos jurídicos motivara las causas y razones que le conducían a ello a tenor de las alegaciones y pruebas practicadas en dicha pieza, pero en absoluto declarar no haber lugar a pronunciarse sobre las suplicadas, entre ellas la regulación del derecho de visita solicitado por el Ministerio Fiscal, dejándolas pendientes de resolución para el procedimiento principal. Lo primero —sigue diciendo— porque la ley obliga imperativamente, caso por caso, y pretensión por pretensión, a resolver específicamente cuantas se le formulen, fueran razonables o irracionales, sin poder ampararse en carecer de razón de ser por entender erróneamente vigente, al amparo del artículo 106 del Código Civil, las medidas provisionalísimas acordadas en su día, dado que éstas quedan sin efecto tan pronto como, admitida la demanda, el Juez adopte, con audiencia de las partes, las medidas impetradas con base en el artículo 103 del Código Civil, según reza éste y regulariza el artículo 1886 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a medio de un procedimiento distinto, de breve duración y en absoluto comparable al que permitió al juzgador adoptar las medidas provisionalísi-

mas. Lo segundo, porque las medidas acordadas al amparo del artículo 104 del Código Civil son inmediatamente ejecutivas, gozando de igual naturaleza las adoptadas de primera vez o sustituyendo a las precedentes con base en el artículo 103 del propio Texto Legal, en tanto las acogidas en la sentencia no lo son hasta que la misma adquiere la calidad de firme por no haberse contra ellas recurso alguno —artículos 369, 385.3 y 1900 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— lo que, obviamente, implica que el favorecido en la sentencia por una medida diversa a la concedida en la pieza no puede impetrarla ni hacerla efectiva hasta tanto aquélla devenga firme, lo que necesariamente puede quedar deferido al transcurso de varios meses. No es por tanto el acuerdo denegatorio del régimen de visitas adoptado en la Resolución de 31 de mayo de 1993 —pese a evidentes irregularidades observadas en la fijación de la comparecencia y citación a la misma del Ministerio Fiscal, quien por consiguiente no pudo hacer petición alguna sobre la necesaria regulación del derecho de comunicación— lo que se ataca —por tratarse de una decisión flexible—, sino la ilegal subsistencia de dicha resolución, sin expresa confirmación y ratificación de las medidas de urgencia adoptadas, hasta que seis meses después fue dictada sentencia firme y definitiva en los autos principales por la Audiencia Provincial. Sin que baste para obviarlo el no haberse interpuesto contra aquel recurso de reposición por la parte o por el Ministerio Fiscal, porque aun admitiendo que dicha resolución se halle sujeta a las reglas generales de los recursos —materia sobre la que no se ha puesto de acuerdo la doctrina— su formulación en la práctica deviene ineficaz por el legal perecimiento de las mismas en el plazo de treinta días de no presentarse demanda o por su sustitución a petición de cualquiera de las partes una vez interpuesta ésta.

La Audiencia sigue razonando que «tal denegación del derecho a obtener una resolución jurídicamente fundamentada, fuere o

no favorable a las pretensiones del actor, cuando no existe causa legal alguna que ampare su inadmisión, queda de manifiesto por mano del propio demandado en el Auto de 30 de septiembre denegando la admisión a trámite del procedimiento incidental de oposición formulado contra el Auto de 22 del propio mes y año, al afirmar en él que el procedimiento pretendido está concebido para oponerse a las concretas medidas provisionales que se hayan concedido, pero no para impugnar una declaración, cual la contemplada, de no haber lugar a dictar medidas provisionales. Al tiempo se incide en una flagrante infracción del ordenamiento procesal, en tanto el artículo 1900 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, concede a la parte, a toda parte, que se crea perjudicada en su derecho, y el juzgador no es quien para analizar previamente tal cuestión, poder formular oposición ante el propio Juez, sin que en ningún caso pueda paralizarse la ejecución ni la Ley defiera la cuestión al procedimiento principal, al ordenarse su sustanciación en pieza separada, por los trámites y recursos de los incidentes. Al no cumplirse u observarse tales mandatos imperativos y prescripciones explicitadas en el ordenamiento jurídico, que no es un conjunto de trámites rituales, sino un ajustado sistema de garantías, se impidió a la parte el ejercicio de un derecho reconocido, infringiendo con ello el principio de tutela efectiva de Jueces y Tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos postulados en el artículo 24 de la Constitución Española, causante de inequívoca indefensión».

Entiende, asimismo, la Sala de instancia que «cuando se le ofrece al juzgador la oportunidad de rectificar su forma de actuación a medio del recurso de reposición formulado contra la mencionada resolución, el demandado, sin atender ni combatir las razones expuestas por el recurrente, ni la pretensión del Ministerio Fiscal, que entendía debía estimarse el recurso y corregir la privación impuesta al padre de un derecho personalísimo —derivado de la patria potestad— cual la comunicación con su hijo, por

Auto de 14 octubre lo desestima con costas, no sin atreverse a advertir al Ministerio Fiscal, y al recurrente que deberían saber que es en el procedimiento principal, que se hallaba prácticamente concluso para sentencia, donde debían debatirse las cuestiones planteadas y resolverse sobre el régimen de visitas precedente, lo cual, por sí no bastara con lo dicho, califica por sí misma la actuación del demandado».

Sostiene el Juez recurrente que no concurren en el caso los requisitos exigidos para que pueda prosperar la acción de responsabilidad que es objeto de la demanda, ya que el recurrente no dictó ninguna resolución manifiestamente contraria a la ley. Hace notar que —con independencia del mayor o menor acierto de su decisión— nunca se llegó a resolver sobre las provisionales instadas, ya que en el Auto de 22 de septiembre de 1993 razonó que «no había lugar a dictar medidas provisionales quedando éstas pendientes de la resolución del procedimiento principal», manteniendo (con sujeción a un criterio interpretativo) que «habían de mantenerse vigentes las medidas provisionales» «a fin de evitar una duplicidad tan innecesaria como contraproducente».

Resulta acreditado, sostiene en la propia sentencia, que el Magistrado-Juez de 1.^a Instancia resolvió la cuestión que se le planteaba, no obstante pueda decirse que lo resuelto no era conforme al criterio mantenido por la Sala de la Audiencia Provincial, o incluso, que tal resolución no era conforme a derecho; encontrándonos entonces no «ante una manifiesta infracción procesal» sino ante la aplicación de un criterio erróneo.

Señala el Tribunal Supremo que *el origen del tema litigioso (responsabilidad civil del Juez recurrente) se halla en las posibles hermenéuticas que suscitan los artículos 104 y 106 del vigente Código Civil, a los efectos de determinar si la conducta del demandado comportó grave culpa o negligencia engendradora de la responsabilidad en cuestión, o si, por el contrario, los criterios interpretativos que empleó, aunque fueran desacertados, no permiten la expresada ca-*

lificación. Debe tomarse, en consideración, en primer término, que la regulación legislativa de las medidas provisionales a adoptar en supuestos de procesos matrimoniales han experimentado notables variaciones tanto en lo que se refiere a las normas que se ubican en el Código Civil, como a las que tienen su sede en la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley de 24 de abril de 1958, Ley 14/1975, de 2 de mayo, y Ley 30/1981, de 7 de julio). El conjunto normativo resultante no es todo lo coherente que debiera, de modo que su aplicación ha dado lugar a diversas interpretaciones y dudas doctrinales, pues mientras algunos han mantenido la persistencia de unas «medidas provisionales», diferenciadas de las «medidas provisionales», otros entienden que prevalece sólo un tipo de medidas —las provisionales— que se pueden adoptar en momentos temporales distintos, ya sea con carácter previo a la interposición de la demanda, ya sea, con posterioridad a la misma. En lo que concierne al tema que nos ocupa el criterio del Juez se ha basado en la consideración de que habiendo resuelto, en fase previa, conforme al artículo 104 del Código Civil, no procedía resolver de nuevo, en el fondo, sobre las medidas provisionales solicitadas, en la contestación a la demanda, ya que las pedidas «carecen de razón de ser toda vez que se deben entender vigentes, al amparo del artículo 106 del Código Civil las medidas provisionales acordadas en su día, por Auto de fecha 31 de mayo, y demás, con el fin de evitar una duplicidad tan innecesaria como contraproducente, máxime cuando no han variado en lo sustancial, las circunstancias que motivaron aquéllas». Desde esta perspectiva, no puede tacharse de incoherente la decisión adoptada al razonar sobre la inadmisión a trámite del procedimiento incidental de oposición que se plantea: «el procedimiento incidental que pretende la oponente, al amparo del artículo 1900 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, está concebido en buena lógica jurídica, para oponerse a aquellas medidas provisionales concretas concedidas; por el contrario, el

auto que se pretende impugnar, lo que contempla, precisamente, es no haber lugar a dictar dichas medidas provisionales al existir unas medidas provisionales anteriores, en vigor, al amparo de lo dispuesto en el artículo 106 del Código Civil. A mayor abundamiento de lo anterior, el loable celo de la oponente, al pretender abrir un nuevo procedimiento incidental en defensa de sus intereses, y en la premura de su aplicación, choca frontalmente con la existencia del procedimiento principal de separación abierto, en fase avanzada de tramitación, y en cuya resolución deben solventarse y establecerse las medidas definitivas, para regir la nueva situación de las partes, es de suponer, con mayor prontitud que en el procedimiento incidental pretendido».

El discurso del Juez, en el caso litigioso, que nos ocupa, responde a la idea de que sólo hay unas medidas, llámense «provisionales» o «provisionales», según se soliciten con anterioridad o coetáneamente a la interposición de la demanda o con posterioridad a la misma, en este tipo de procedimiento. No son, por tanto, medidas potestativamente sucesivas (al menos sobre las materias ya resueltas) sino que las primeras, si se adoptan, excluyen las segundas. Por ello tiene lógica, con este pensamiento, que rechace, una vez consideradas subsistentes las medidas adoptadas, con carácter previo, el incidente de oposición del artículo 1900 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, situado en la ordenación o regulación de las antiguas «medidas provisionales», que, en su opinión ya no cabe adoptar porque están adoptadas con anterioridad. En este orden de ideas, la «inutilidad» (puesta de relieve por un sector de la doctrina) de este «incidente» (incidente de otro incidente) hace explicable que el Juez tome en consideración que está a punto de concluir el asunto principal donde se resuelve, definitivamente, sobre las medidas.

Por supuesto que una interpretación menos radical que la adoptada por el Juez demandado hubiera conducido a tomar en

consideración el principio «pro actione», y, con ello, posiblemente, a la aceptación del incidente. También es cierto que «la responsabilidad civil de Jueces y Magistrados —mal llamada recurso—, que establece la Ley Procesal Civil (artículos 903 y siguientes) y la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículos 16.1 y 411 a 413) por consecuencia del ejercicio de sus funciones cuando hubieran incurrido en dolo o culpa y asimismo por negligencia o ignorancia inexcusable, no es un derecho abstracto, inalcanzable para los ciudadanos. Al contrario, es del todo conveniente su exigencia y ha de potenciarse, pero dentro de los estrictos presupuestos legales y con acatamiento a las condiciones de procedibilidad que la normativa legal establece, a fin de evitar abusos, lo que sería efecto contrario tan discordante con la Justicia, como su indebido y desviado ejercicio» (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1994). Pero para que proceda tal responsabilidad la infracción «ha de ser calificable como manifiesta para que sea cohonestable con la

“voluntad negligente o la ignorancia inexcusable”, a que alude el artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues de otra suerte solamente podría conceptuarse como simple “error judicial” o “deficiente o anormal funcionamiento de la Administración de Justicia” como lo designan los artículos 121 de la Constitución Española, 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y el artículo 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuyo caso es el Estado y no el Juez o Magistrado personalmente el que asume la responsabilidad inherente» (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1994). En el caso, desde luego, no se dan estos caracteres pues el Juez no ha cometido ninguna infracción. Simplemente ha adoptado un criterio interpretativo discutible, incluso erróneo, que no configura la concreción de dicha responsabilidad. Por ello, procede acoger el motivo, sin que sea necesario examinar otras consideraciones jurídicas del motivo.

VI. PENAL

1. Abandono de familia.

**Tribunal Supremo. Sala 2.^a, Sentencia de 15 de diciembre de 1998.
Ponente: Excmo. Sr. D. Roberto García-Calvo y Montiel.**

Procede condenar al padre por un delito de abandono de familia cuando deja al menor —de ocho años— sólo en la vivienda o en un parque público durante largos períodos de tiempo.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Joaquín contrajo matrimonio con Virginia, de cuya unión nació un hijo llamado Manuel. Tras la separación judicial, se atribuyó la guarda y custodia del menor a la madre y se fijó un régimen de visitas a favor del padre.

- En el ejercicio del régimen de visitas su padre, con objeto de que no le estorbara en el desenvolvimiento de su vida ordinaria, lo dejaba solo en su domicilio durante largos períodos de tiempo a lo largo del día, con independencia de la hora en que debiera efectuar sus comidas ordinarias, o bien lo dejaba solo en un parque cercano, donde lo recogía cuando volvía a su casa, lo que en ocasiones se producía de madrugada, circunstancia que llegó hasta el extremo de que durante la noche del día 29 a 30 de agosto (cuando el menor contaba con ocho años de edad), no fue a recogerlo, teniendo que hacerse cargo de él, a eso de las tres de la madrugada, miembros de la policía local que fueron requeridos con tal objeto por un grupo de jóvenes, quienes alarmados por verlo solo se encontraban en compañía de Manuel. Los miembros de la Policía acompañaron al menor a su domicilio constando la ausencia de su padre, por lo que intentaron llevarlo al domicilio de su madre, a quien no encontraron, por lo que optaron por dejarlo en compañía de unos tíos suyos, tras lo cual trataron sin éxito de localizar nuevamente a su padre en su domicilio. Finalmente la policía devolvió el menor a su padre a eso de las 13 horas 50 minutos del día 30 de agosto, quien con objeto de que no se volvieran a producir estos hechos optó por entregarle una llave del domicilio a su hijo.
- El Juzgado de Instrucción n.º 2 de Valencia, incoó Procedimiento Abreviado n.º 5/96 contra D. Joaquín por un delito de abandono de familia y, una vez concluso, lo remitió a la Sec. 1.ª de la Audiencia Provincial de Valencia que con fecha 6 de junio de 1997 dictó sentencia condenando a D. Joaquín como criminalmente responsable en concepto de autor de un delito de abandono de familia, imponiéndole la pena de arresto de 15 fines de semana, e inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad sobre su hijo Manuel por tiempo de cinco años.
- D. Joaquín interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

D. Joaquín intenta combatir el pronunciamiento de la Audiencia Provincial en base a la naturaleza esporádica del anómalo comportamiento paterno enjuiciado y a justificaciones basadas en supuestas ocupaciones laborales.

El Tribunal Supremo señala que el recurso está ausente de sustento tanto en lo que se refiere a la estructura fáctica de obligada

referencia en razón del cauce elegido para su formulación como en lo que respecta al contenido impugnativo dadas las carencias probatorias de que adolece, sin que tales orfandades esenciales puedan suplirse —por la nula operatividad casacional de los términos en que aparece formulado— con la reseña del mencionado principio “in dubio pro reo”.

La conducta descrita en la tesis histórica de la combatida ilustra más que cualquier otra consideración a la hora de decidir la homologación de la calificación jurídica efectuada por el Tribunal Provincial cuando accedió a la postulación acusatoria del M.^º Público.

La consciencia y voluntad decidida de comportamiento tan irresponsable que evidencia el precedente relato es palmaria constatación del elemento subjetivo del tipo, en tanto que las incidencias antecedentes, concomitantes y consecuentes a la acción nuclear de abandono de los más elementales deberes de la patria potestad para

con el hijo menor, evocan sin fisuras una situación de desamparo del niño que, como derivada de tan descuidada y reprochable conducta paterna, conforma el elemento objetivo del delito de abandono de familia que, afectante a la libertad y seguridad, comporta una dinámica omisiva-comisiva con efectos permanentes cuya integración normativa de referencia —dada su naturaleza de tipo penal en blanco— la constituyen los artículos del CC reguladores de los deberes inherentes a la patria potestad de cuyo núcleo central irradian con especial intensidad los de sostenimiento, guarda y custodia y educación del sujeto pasivo.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

I. UNIONES DE HECHO

1. *No concesión de pensión de viudedad a conviviente supérstite de una unión de hecho.*

TSJ Madrid, Sentencia de 26 de enero de 1999.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Concepción Ureste García.

El art. 160 LGSS establece, como condición para ser titular de la pensión de viudedad, que el beneficiario de la misma hubiera contraído matrimonio. Aunque la desaparición de uno de los dos miembros de la pareja de homosexuales que hubiese convivido habitualmente produce el mismo efecto, en cuanto a la pérdida de ingresos que la muerte de alguno de los cónyuges provoca, sin embargo, la exigencia del vínculo determina consecuencias distintas en orden a la pensión, pues cuando el causante es el cónyuge se tiene derecho y cuando no lo es no tiene derecho a la pensión de viudedad.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Fernando y D. Antonio constituían una unión de hecho, compartiendo vivienda, cuentas corrientes bancarias, coche y gastos domésticos comunes ocasionados por la convivencia. D. Fernando falleció el 13 de junio de 1997.
- D. Antonio solicitó pensión de viudedad, que le fue denegada por resolución de 24-09-97, por no tener la condición de cónyuge superviviente, al no acreditar matrimonio con el fallecido, según lo dispuesto en el art. 174.1 de

la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/94, de 20 de junio).

- El demandante abonó los gastos de sepelio de D. Fernando. Solicitado por el demandante D. Antonio el auxilio de defunción, fue aprobado por resolución de 10-11-97, del Director Provincial del INSS.
- D. Antonio presentó demanda contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social sobre viudedad y en su día se celebró el acto de la vista, dictándose por el Juzgado de referencia sentencia de fecha veintidós de abril de mil novecientos noventa y ocho en la que se desestima la demanda formulada.
- D. Antonio presentó recurso de suplicación que fue desestimado por el TSJ de Madrid.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Alega el recurrente la vulneración por interpretación errónea de los artículos 14 y 41 CE en relación con el art. 174 LGSS, DA 10.2 de la Ley 30/81 y 4 y 1116 del Código Civil. Por otro lado entiende el recurrente que la doctrina del Tribunal Constitucional perfilada en torno a uniones de hecho heterosexuales no es trasladable al supuesto enjuiciado, en el que no concurre la causa justificativa de la diferencia de trato “dado que no puede hablarse de ejercicio de la libertad de no contraer matrimonio en virtud de impedimento legal y jurídico existente”, poniendo de relieve seguidamente que la voluntad del demandante y del fallecido era la de celebrar matrimonio si legalmente hubiera sido posible, amén de no ser de aplicación a la situación fáctica examinada en este pleito la regla del art. 14 CE atinente a la prohibición de discriminación por la circunstancia personal del sexo y sí la relativa a “la prohibición de discriminación por razón de circunstancia personal o condición social, por entender que la homosexualidad es una circunstancia que está incorporada a la cláusula abierta del art. 14 referida a la prohibición de discriminación por circunstancia personal o condición social”, en conexión con el derecho al libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 del propio texto constitucional, expre-

sando a continuación el escrito de suplicación que la finalidad de la pensión de viudedad de conformidad con el art. 41 CE es la de compensar daños económicos por pérdida de rentas en una unidad de convivencia, de manera que este objeto implica que “la misma no está asociada ni vinculada al matrimonio legalmente regulado y existente y a que se refiere el art. 32.2 de la Constitución y en consecuencia no puede constituir una causa jurídica suficientemente justificativa del trato distinto entre matrimonios heterosexuales y uniones de hecho homosexuales imposibilitadas de contraer matrimonio la propia ausencia de este matrimonio” (...), y que la resolución de la Seguridad Social establece una condición de cumplimiento imposible sancionado por el art. 116 del Código Civil, concluyendo que la interpretación del art. 174 de la LGSS deberá hacerse de conformidad con la protección de los derechos fundamentales y de la doctrina del Tribunal Constitucional, aplicando análogicamente la regla contenida en la Disposición Adicional 10.2 de la Ley 30/81, o en su defecto, se plantee cuestión de inconstitucionalidad de aquel precepto y sus concordantes.

El repetido art. 174.1 TRLGSS configura como presupuesto para la concesión de la pensión de viudedad demandada el de que el solicitante ostentase la condición de “cónyuge” superviviente del causante, de manera que (recogiendo el contenido del anterior art. 160) reconoce únicamente la condición de beneficiario al que detente el estado civil de viudo o viuda por el fallecimiento del cónyuge premuerto, con lo que el matrimonio previo se convierte en “conditio iuris” para causar derecho a la prestación instada; así lo expresaba la S. de fecha 25-2-93 dictada por esta Sala de Social (Sección 3.ª) que desestimó la demanda formulada sobre derecho a percibir pensión de viudedad e indemnización a tanto alzado por el fallecimiento en accidente “in itinere” del conviviente homosexual, argumentando en su fundamentación jurídica que la situación análoga matrimonial invocada no tiene virtualidad jurídica a los efectos pretendidos en el escrito rector del proceso, ni a los de este recurso, ni tampoco puede enervar esta conclusión el hecho de la prohibición legal de contraer matrimonio dos personas homosexuales, toda vez que es la norma suprema del ordenamiento jurídico, en su art. 32.1, la que limita el derecho a contraer matrimonio en plena igualdad jurídica, al hombre y mujer como institución de contenido típico, es decir, definidora de un estado civil, el de casado, y demás consecuencias jurídicas comúnmente aceptadas por la sociedad constituyente, sin que ello suponga demérito para el principio de igualdad ante la ley, proclamado por el art. 14 de la Constitución dado que es la misma norma suprema la que configura los elementos personales intervinientes en la situación matrimonial, y de esta imposibilidad jurídica de contraer matrimonio no deriva discriminación alguna porque en el art. 160 (hoy 174) sólo se reconoce la pensión de viudedad al cónyuge superviviente y lo que debe hacerse es aplicar la ley en la función de juzgar con observancia del principio de legalidad garantizado por el art. 9.3 CE.

Contra el referido pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Madrid la parte actora formalizó recurso de amparo, dando lugar al Auto de fecha 11-7-1994 del Tribunal Constitucional en el que tras recordar reiterados pronunciamientos de dicho Tribunal atinentes a que la exigencia del vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del sistema de Seguridad Social no pugna con el art. 14 CE, ni tampoco las medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convencionales, esgrime como razón esencial para ello el que “al igual que la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1) que genera “ope legis” una pluralidad de derechos y deberes (STC 184/1990), admitiendo así “la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal como prevé nuestro Código Civil”; y siendo una de las ventajas atribuidas a dicho vínculo la posibilidad de acceder a las pensiones de viudedad, concluye con claridad en su fundamentación lo siguiente:

“El art. 160 LGSS establece, como condición para ser titular de la pensión de viudedad, que el beneficiario de la misma hubiera contraído matrimonio. Aunque la desaparición de uno de los dos miembros de la pareja de homosexuales que hubiese convivido habitualmente produce el mismo efecto, en cuanto a la pérdida de ingresos que la muerte de alguno de los cónyuges provoca, sin embargo, la exigencia del vínculo determina consecuencias distintas en orden a la pensión, pues cuando el causante es el cónyuge se tiene derecho y cuando es un homosexual no (...). En su mano tiene el legislador la po-

sibilidad de extender los beneficios de la pensión de viudedad a las uniones de hecho estables sean o no heterosexuales pero todavía no se ha considerado oportuno y ello —como se dice en la STC 66/1984—, no puede considerarse inconstitucional”. Dicho auto acordó la inadmisión del recurso de amparo en atención a la manifiesta ausencia de contenido constitucional de la pretensión.

Esta línea de argumentación es la seguida así mismo en S. de fecha 25-3-98 (Sala de lo Social del TSJ de Madrid, Sección 5.^a) desestimatoria de la solicitud de licencia de 15 días retribuidos (prevista en el Convenio Colectivo de la empresa demandada, por causa de matrimonio) que formuló uno de los miembros de una pareja homosexual inscrita en el Registro de Uniones de Hecho de la CAM, excluyendo en tales supuestos la concurrencia de discriminación y descartando el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, y la recogida en S. de 29-6-1992 de la Sala Cuarta del TS dictada en recurso de casación para unificación de doctrina (si bien esta vez en reclamación de pensión de viudedad verificada por conviviente heterosexual); de esta última resolución se extrae una respuesta negativa a la solicitud de aplicación analógica demandada por el recurrente, al perfilar el ámbito de aplicación de la Ley 30/1981, en lo que afecta a la pensión de viudedad de que tratamos, diciendo que la norma “no incluye todos los supuestos de convivencia extramatrimonial sino solo aquellas uniones estables que tuvieran su causa en la imposibilidad de contraer matrimonio como consecuencia de la legalidad anterior a la Ley 30/1981, en la que el divorcio era inexistente y que, por tanto, no pudieron transformarse en vínculo conyugal, y a quienes hubieren fallecido con posterioridad a la vigencia de la nueva ley sin llegar a contraer matrimonio, siempre que conste que la materialización del matrimonio y la adquisición del estado civil no hubieran podido llevarse a cabo por circunstancias ajenas a la voluntad de los convivientes”. De otro modo, la Disposición adicional décima, 2, de la

Ley 30/1981 eximió del requisito cuestionado, solo de forma excepcional en las condiciones señaladas en la misma, no siendo trasladable al supuesto hoy enjuiciado.

Por otra parte, y en cuanto al contraste propuesto con el art. 10 de la Constitución Española, la sentencia de fecha 15-11-1990 (184/1990) del T. Constitucional señalaba que “el libre desarrollo de la personalidad no resulta impedido ni coartado porque al supérstite de una unión de hecho la ley no le reconozca una pensión de viudedad (...), es evidente que el art. 10.1 de la Constitución no puede servir en modo alguno de fundamento, por sí solo y aisladamente considerado, del derecho a percibir pensión de viudedad en favor de uno de los que convivían extramatrimonialmente cuando el otro fallece”. Otros pasajes de esta última resolución del T. Constitucional merecen ser destacados, así la exclusión del contraste aislado con el art. 39.1 CE en cuanto este punto “no establece ni postula por sí solo una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y no matrimoniales”, no siendo necesariamente incompatibles con el mismo “las medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales”; o la reafirmación de la doctrina contenida en anteriores pronunciamientos (AATC 788/1987, 1021/1988 y 1022/1988) respecto de las pensiones de viudedad, precisando a este propósito que su regulación no vulnera lo preceptuado en el invocado art. 14 CE, “ni contiene discriminación alguna en función de una “circunstancia social” que trate de excluir socialmente a las parejas que no hayan contraído matrimonio”; o sentando, en definitiva, la falta de equivalencia entre las realizadas objeto de comparación —el matrimonio y la convivencia extramatrimonial— que se infiere de la propia CE, cuyo art. 32 establece el derecho constitucional del hombre y de la mujer a contraer matrimonio, residenciando en la ley su régimen jurídico, para decir que “nada

de ello ocurre con la unión de hecho «more uxorio», que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento (...). Tales diferencias constitucionales entre matrimonio y unión de hecho pueden ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia”. De esta manera, no podrá calificarse de arbitraria ni discriminatoria la exigencia de un previo vínculo matrimonial para tener derecho a una pensión de supervivencia como requiere actualmente el legislador en el cuestionado art. 174, ni tampoco cabría tal reproche si la opción fuera distinta, ya que la primera, sigue exponiendo el Alto Tribunal, “no es la única constitucionalmente posible”, mas “el hecho de que en la actualidad no lo haya hecho así no lesiona en sí mismo el art. 14 de la Constitución ni tampoco en su conexión con el art. 39.1 del propio texto constitucional”, habida cuenta de la amplia libertad de decisión y configuración del sistema público de Seguridad Social que tiene el legislador —ese carácter público enerva a su vez la invocación de la normativa contractual realizada en el escrito de suplicación y cuya naturaleza es sustancialmente diferente—.

Aquel pronunciamiento, declarando que el art. 160 de la LGSS y la Disposición Adicional 10.2, de la Ley 30/1981, de 7 de julio, no se oponen a lo dispuesto en los arts. 10, 14 y 39 de la CE, y los razonamientos que lo avalan, se manifiesta “sustancialmente similar” a la normativa y resoluciones internacionales, citando al respecto el convenio núm. 102 de la OIT referente a la Norma mínima de la Seguridad Social, al que se refiere el art. 12.2 de la Carta Social Europea o el núm. 128. Del mismo modo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al resolver la cuestión prejudicial esgrimida sobre la interpretación del art. 119 del Tratado de la Comunidad Europea y de la Directiva 75/117/CEE en S. de fecha 17-2-1998 —resolución recogida en la fundamentación ju-

rídica de instancia, en un supuesto en el que una normativa empresarial contemplaba una disminución del precio del transporte en favor del cónyuge del trabajador o de la persona, del otro sexo, con la que convivía maritalmente—, concluye que la misma no constituye una discriminación prohibida por aquellos preceptos, ni se trata de discriminación basada en el sexo, en razón a que resulta plenamente trasladable a trabajadores de uno u otro sexo —no olvidemos que en su estado actual el derecho comunitario no se aplica a una discriminación basada en la orientación sexual (punto núm. 47)—, y deja igualmente en manos del legislador la adopción de medidas que pueden afectar a dicha situación, para reseñar que si bien el Parlamento Europeo ha declarado que deploraba toda discriminación basada en la tendencia sexual de un individuo, no se han adoptado todavía normas que establezcan la equiparación, aunque ya el Tratado de Amsterdam, firmado el 2-10-1997, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y actos conexos, ha previsto un primer paso al contemplar la adición al Tratado de un artículo 6 A que, tras la entrada en vigor, “permitirá” al Consejo adoptar, en determinadas circunstancias (voto por unanimidad a propuesta de la Comisión y previa consulta del Parlamento Europeo) las medidas necesarias para la supresión de diferentes formas de discriminación, entre otras la basada en la orientación sexual.

Atendida, por último, la configuración actual de la pensión de viudedad, no estrictamente condicionada en el régimen retributivo a la existencia de una situación de necesidad o dependencia económica —aun cuando el régimen público de Seguridad Social hubiere de atender en su conjunto a tal cobertura (art. 41 CE, STC 184/1990)— y cuya finalidad es “más bien compensar frente a un daño, cual es la falta o minoración de unos ingresos de los que participaba el cónyuge supérstite” no resta sino con-

firmar la S. de instancia, ajustada a derecho y a la interpretación y aplicación que el Tribunal Constitucional y la doctrina unificadora dictada por la Sala 4.^a del TS propugnan de la normativa invocada —criterio a su vez seguido por esta Sala de lo Social—, sin que alcance virtualidad alguna el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad del mencionado art. 174 LGSS en razón a la existencia de repetidos pronunciamientos del T. Constitucional acerca de la constitucionalidad del precedente art. 160 y

de los que más arriba ya se ha hecho mención, residenciándose en definitiva en sede legislativa —así lo disponen los arts. 66.2, 87.1 y 117 CE— la configuración de un marco normativo diferente en el que se pueda dar cobertura a los derechos e intereses de todo individuo en línea con las declaraciones verificadas por el Parlamento Europeo y con la pauta y bases recogidas en el también mencionado Tratado de Amsterdam. Correlativamente se desestima el recurso de suplicación interpuesto.

II. INDEMNIZACIÓN DEL ARTÍCULO 41 DEL CÓDIGO DE FAMILIA DE CATALUÑA

1. *Compensación económica por razón de trabajo.*

TSJ Cataluña, Sentencia de 31 de octubre de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis María Díaz Valcárcel.

Compatibilidad entre la pensión compensatoria y la indemnización del art. 41 del Código de Familia, aunque dicha compatibilidad no supone la aplicación simultánea e independiente de ambas. El orden lógico exige, en primer lugar, examinar si se dan los supuestos de hecho del art. 41 y, si es así, calcular el importe de la compensación económica. En un segundo momento, y teniendo en cuenta, en su caso, la compensación acordada, hay que determinar si procede la pensión compensatoria y calcular su cuantía.

ANÁLISIS DEL CASO

- El juzgado de 1.^a Instancia n.º 45 Barcelona dictó con fecha 27 de septiembre de 1996 sentencia desestimando la demanda de divorcio formulada por D. Juan contra D.^a María y estimando en parte la demanda reconvenional de separación formulada de contrario, acordando la separación matrimonial y entre otros los siguientes pronunciamientos: “En concepto de pensión

compensatoria, el padre abonará a la madre la suma de 150.000 ptas. mensuales, en doce mensualidades al año y dentro de los cinco primeros días de cada mes, pensión que se actualizará en los mismos términos que la pensión alimenticia establecida para los hijos”, “Se desestima la pretensión de la demandada de compensación económica al amparo del artículo 23 de la Compilación de Derecho Civil de Catalunya”.

- En grado de apelación, la Sec. 12.^a de la AP de Barcelona dictó sentencia el 3 de diciembre de 1997 desestimando el recurso de apelación, si bien se rectifica la sentencia de instancia en el sentido de declarar expresamente que no ha lugar a hacer expreso pronunciamiento sobre la indemnización de que por enriquecimiento injusto haya podido ser beneficiaria la esposa-demandada.
- El Magistrado de la Sección 12.^a de la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, D. Pascual Ortuño Muñoz, formuló voto particular que, tras una extensa fundamentación, concluye que la demandada-reconviniente tenía derecho a percibir la prestación del art. 23 de la Compilación catalana, indemnización compatible con la pensión compensatoria fijada al amparo del art. 97 del Código civil.
- Contra la Sentencia dictada en grado de apelación, el Ministerio Fiscal interpuso recurso de Casación en interés de Ley alegando como motivo único infracción del art. 23 de la Compilació del Dret Civil de Catalunya, aún vigente en la actualidad no obstante la reforma operada por Llei de 30 de junio de 1998, y después de hacer una serie de consideraciones y citas legales sobre el particular, terminó suplicando que se dicte sentencia en que se declare la compatibilidad, ahora expresamente ya reconocida por la reforma operada, de las prestaciones reconocidas en los artículos 97 del CC y pronto anterior 23 de la CDCC.
- El TSJ de Cataluña estimó el recurso de casación declarando compatibles entre sí el art. 97 del CC y el art. 23 de la Compilación de Derecho Civil.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Con carácter previo hay que indicar que la cuestión objeto de este recurso ha sido ya resuelta por el legislador con la entrada en vigor del Código de familia aprobado por Ley del Parlamento catalán 9/1996, de 15 de julio. No obstante el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal no queda reducido a una mera cuestión académica —en cuyo caso hubiera debido inadmitirse, pues los Tribunales no están para dirimir

controversias doctrinales—, pues a virtud de las normas de derecho intertemporal es previsible que durante un cierto tiempo puedan reproducirse ante los órganos de instancia cuestiones como la aquí planteada.

El art. 23 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña disponía que el cónyuge que, sin retribución o con una retribución insuficiente, se haya dedicado a la casa, o haya

trabajado para el otro cónyuge, tendrá derecho a recibir de éste, cuando se extingue el régimen de separación de bienes por separación conyugal, divorcio o nulidad del matrimonio, una compensación económica, si por razón de dicho defecto retributivo se ha generado una situación de desigualdad entre su patrimonio y el del otro cónyuge. A falta de acuerdo esta compensación se fijará judicialmente atendiendo a la incidencia familiar del cónyuge que la reclame, la cuantía de la desigualdad patrimonial producida y las demás circunstancias del caso. La compensación se podrá satisfacer en dinero o en bienes del patrimonio del cónyuge que haya de pagarla como él desee y en plazo que no exceda los tres años a su vez, el art. 97 del Código civil, texto vigente según Ley 30/1981 de 7 de julio, de aplicación en Cataluña hasta la entrada en vigor del Código de la familia dispone que el cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las ocho circunstancias que enumera. En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.

La Sentencia dictada por la Sección decimosegunda de la Audiencia de Barcelona sostenía que procede mantener la compensación equilibradora impuesta en la instancia procedimental “ex” art. 97 del Código Civil en su integridad, lo que excluye la aplicabilidad del art. 23 de la Compilación, postulada por la demandada, además de aquélla.

La finalidad del art. 97 del Código civil se infiere de su propio texto al establecer una pensión en favor del cónyuge que a raíz de la separación o del divorcio sufra un desequilibrio “que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio”. A continuación el precepto hace una enumeración ejemplificativa de las circunstancias que habrán de tenerse en cuenta, entre otras la cali-

ficación profesional y las posibilidades de acceso a un empleo, la dedicación pasada y futura a la familia y la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge. Por su parte el derogado art. 23 de la Compilación tenía de común con el 97 del Código Civil —como pone de relieve el Fiscal— que ambos se refieren a prestaciones de carácter económico, tienden a corregir desequilibrios que pueden surgir cuando el matrimonio entra en crisis, y hacen referencia al empleo, dedicación a la familia y contribución a las actividades de su pareja. No obstante, la diferencia esencial entre ambos preceptos —sigue diciendo el recurso glosando la Sentencia de la Audiencia de Tarragona de 2 de marzo de 1996— reside en que uno y otro dan respuesta a situaciones distintas. La pensión compensatoria del art. 97 del Código Civil tiende a eliminar desequilibrios futuros mientras que el art. 23 de la Compilación compensa desequilibrios pasados, corrige una situación de desigualdad patrimonial generada durante el matrimonio por mor de la dedicación de uno de los cónyuges a la casa o al trabajo del otro cónyuge sin retribución o con retribución insuficiente; el art. 97 del Código Civil pretende atenuar el descenso económico que puede sufrir uno de los esposos comparando su situación constante matrimonio y aquélla en que quedará después de la reparación o el divorcio. El art. 23 de la Compilación compara los patrimonios de ambos cónyuges y pretende corregir el enriquecimiento injustificado de uno de ellos como consecuencia del trabajo no compensado del otro. Conviene añadir, para evitar malos entendidos, que la tesis de la compatibilidad defendida por el Fiscal y aceptada por la Sala no supone la aplicación simultánea e independiente de ambos principios. El orden lógico exige, en primer lugar, examinar si se dan los supuestos de hecho del art. 23 y, si es así, calcular el importe de la compensación económica. En un segundo momento, y teniendo en cuenta, en su caso, la compensación acordada, hay que determi-

nar si procede la pensión compensatoria y calcular su cuantía.

El vigente Código de familia catalán llega a la misma solución cuando explícitamente establece la compatibilidad entre el art. 41 que bajo la rúbrica “compensación económica por razón de trabajo” equivale al antiguo 23 de la Compilación, al decir en su párrafo 3.º que el derecho a esta compensación “es compatible con los demás derechos de carácter económico que corresponden al cónyuge beneficiado, y debe ser tenido en cuenta para la fijación de estos otros derechos”. Precepto que concuerda con el art. 84 del mismo Código, que regula la pensión compensatoria, en cuyo párrafo 2.º leemos: “para fijar la pensión compensatoria, la autoridad judicial debe tener en cuenta... d) en su caso, la compensación económica regulada en el art. 41”. La solución adoptada y su fundamento en la doctrina del enriquecimiento sin causa tiene precedentes en el Derecho comparado, algunos tan antiguos como la Sentencia dictada en Francia por el Tribunal del Sena el 27 de mayo de 1937 o la del Tribunal de Casación de 10 de julio de 1979. Recientemente el Código Civil de Quebec, que entró en vigor el 1 de enero de 1994, establece una pensión compensatoria —cualquiera que haya sido el régimen económico matrimonial— si la aportación de un cónyuge en bienes o servicios ha contribuido al enriquecimiento del otro, compensación que, en de-

terminados casos, incluso puede ser exigida constante el matrimonio (art. 427.2).

De lo dicho se deduce que esta Sala disiente de la Sentencia impugnada en cuanto confirma la del Juzgado que en el extremo quinto de la parte dispositiva desestima la pretensión de la demandada de compensación económica al amparo del art. 23 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña. La argumentación de la Audiencia, expuesta con claridad en el fundamento jurídico tercero b), parte del “enorme paralelismo” entre las prestaciones económicas de los dos preceptos tantas veces repetidos. Estima que el art. 97 del Código Civil es de contenido más amplio y que los cónyuges sujetos al régimen catalán de separación de bienes pueden optar entre la aplicación de este artículo o la del 23 de la Compilación y “pretender una duplicidad de compensaciones por desdoblamiento de concepto equivaldría jurídicamente a producir un agravio injustificado en el deudor y un enriquecimiento injusto en el acreedor, si bien ello no empece para peticionarias de forma subsidiaria. El meritorio y ponderado voto particular del registrador D. Pascual parte también del indudable paralelismo de ambos preceptos y tras una detallada labor hermenéutica concluye que los dos artículos guardan una relación que en términos geométricos puede calificarse de secante y en términos jurídicos determina su compatibilidad y complementariedad.

III. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

1. *Calificación de bienes.*

TSJ ARAGÓN, Sentencia de 25 de noviembre de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Benjamín Blasco Segura.

La indemnización por despido laboral percibida por un cónyuge después de disuelta la sociedad de gananciales tiene carácter privativo. Presunción de gananciales de los muebles existentes en el domicilio familiar. Responsabilidad por deudas de juego.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Jesús formuló demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre liquidación del régimen económico-matrimonial contra D.^a Paloma solicitando se dictase sentencia por la que, estimando íntegramente la demanda, se declarase: a) que como consecuencia de la disolución del régimen económico-matrimonial de gananciales, entre los cónyuges litigantes, debía procederse a la liquidación de la sociedad conyugal conforme al inventario de bienes y valoración de los mismos expuesto en el cuerpo del escrito; liquidado el patrimonio ganancial, se procediera a su división y adjudicación por mitad a Don Jesús y D.^a Paloma.
- D.^a Paloma compareció en los autos oponiéndose a la demanda y formulando reconvencción solicitó que se dictase sentencia en la que se ordenara incluir en el activo de la sociedad la cantidad actualizada de 35.000.000 de pesetas.
- El juzgado de 1.^a Instancia n.º 6 de Zaragoza dictó sentencia el 3 de septiembre de 1996 estimando en parte la demanda y la reconvencción, declarando haber lugar a ambas, en cuanto que se establece por esta sentencia que el activo y pasivo del consorcio conyugal de los litigantes está formado por los bienes, derechos y obligaciones que se reseñan en los fundamentos de derecho, debiendo atenderse el partidor en ejecución de sentencia a las normas e instrucciones que obran en ellos, a fin de valorar y actualizar los bienes y derechos, y realizar la partición de los lotes.

- En grado de apelación, la Sec. 4.ª de la AP de Zaragoza dictó sentencia el 24 de septiembre de 1997 estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Jesús señalando que los bienes muebles existentes en el domicilio conyugal de los litigantes, que han de computarse en el activo del patrimonio consorcial, son los que se especifican en el fundamento jurídico segundo de esta resolución; que asimismo se computará como común la cantidad de un millón seiscientos cincuenta y una mil quinientas diecisiete pesetas (1.651.517 ptas.) correspondiente a parte de la inversión en el Fondo D.A.M.M. que existió a nombre de la esposa; se excluye del activo el saldo existente en la cuenta corriente núm. ... de “Banca Catalana”, de la que son titulares el apelante y una hermana suya, así como las disposiciones efectuadas por aquél de cuentas a nombre de ambos cónyuges y mediante tarjetas de crédito a que se refiere el fundamento jurídico séptimo de esta sentencia; no se imputan a cargas de la Comunidad el importe de las obras de mejoras en la vivienda conyugal, propiedad de los padres de la esposa, llevadas a cabo por éstos y se declara el carácter consorcial en su integridad de la indemnización en cuantía de 2.077.825 ptas., percibida por la esposa por rescisión de su contrato laboral durante la vigencia del matrimonio, confirmándose la sentencia de instancia en cuanto a sus demás pronunciamientos.
- D.ª Paloma interpuso recurso de casación que fue estimado por el TSJ de Aragón.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Indemnización por despido laboral de uno de los cónyuges.

Entiende la recurrente que la sentencia de la Audiencia Provincial «ha incurrido en incongruencia “extra petitum” ya que el fallo comprende un pronunciamiento —declara el carácter consorcial en su integridad de la indemnización en cuantía de 2.077.825 pts., percibida por la esposa por rescisión de su contrato laboral durante la vigencia del matrimonio— que no fue oportunamente deducido por las partes. Ninguno de los litigantes solicitó la inclusión en el activo consorcial de la citada indemnización, ni en su integridad, ni aun parcialmente, a pesar de conocerse perfectamente por ambos a la fecha del inicio del proceso de la existencia de dicha indemnización laboral, percibida en 1989»,

vulnerándose los principios dispositivo y de audiencia o contradicción, generándole indefensión (art. 24.1 de la Carta Magna).

A este respecto entiende el TSJ de Aragón que es cierto que en el suplico de demanda se interesó que se dictase sentencia por la que se declarase: a) que como consecuencia de la disolución del régimen económico-matrimonial de gananciales... debía procederse a la liquidación de la sociedad conyugal conforme al inventario de bienes y valoración de los mismos, expuestos en el cuerpo del escrito de demanda en el que, en verdad, no se aludía a tal partida y, b) se liquidase el patrimonio, procediéndose a su división y adjudicación por mitad a ambos. Pero no es menos cierto —contando con el aditamento de una demanda reconvenio-

nal— que estamos en presencia del genérico ejercicio de una acción de disolución, liquidación y adjudicación de una comunidad de bienes, a la que además se une la plena admisión por la propia censurante de la incidencia de tal partida en el patrimonio a dividir, al aceptar literalmente —escrito de 2 de septiembre de 1996— que «ha quedado acreditado que recibió... 2.077.825 pts., indemnización laboral que ha de tener carácter ganancial, pero de la que ha de deducirse —como bien privativo— la parte proporcional de tiempo trabajado antes de la vigencia de la sociedad de gananciales...». No puede, pues, pretender ahora que se ha visto indefensa y objeto de condena sin haber tenido oportunidad de alegar cuanto a su derecho interesase. Ha admitido el hecho fundamental y su particular posición sobre sus consecuencias en el conflicto, posición aceptada por la sentencia de primera instancia, aunque luego revocada.

En lo que se refiere al fondo del asunto, es decir analizar si la indemnización por despido tiene o no carácter ganancial, señala el TSJ que unas reflexiones complementarias abonan el mantenimiento del criterio sustentado al respecto por la Audiencia Provincial, basado en el hecho de aquel montante indemnizatorio por la resolución contractual laboral de la hoy recurrente, que debe ser considerado como bien común, art. 37 núm. 2 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, los bienes que los cónyuges obtienen de su trabajo o actividad. Hipotéticamente podría suscitarse la cuestión —cuyo punto de vista acoge el juzgador de instancia en su sentencia— de distribuir el «quantum» indemnizatorio en dos períodos: el correspondiente al tiempo en que la recurrente estuvo soltera y el lapso temporal en que permaneció casada, para distribuir aquella indemnización proporcionalmente a uno y otro período, considerando privativo el primero y común el segundo. La adopción de tal sistema tendría su apoyatura en la consideración —como así aconteció en la jurisprudencia inicial del Tribunal Supremo de

mediados de siglo— de que aquella indemnización eran «salarios diferidos». Hoy no acontece así. La indemnización por declaración jurisdiccional de despido improcedente es una indemnización tasada, sin margen alguno discrecional (desde el Estatuto de los Trabajadores Ley de 10 de marzo de 1980, art. 56) contra los precedentes (Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976) para que el Juez estime la cuantía de los daños y perjuicios que se presumen «ex lege» causados por el despido o derivados, sin más, de éste, indemnizándose así por la mera ruptura del contrato y no por los perjuicios que éste causa, que pueden incluso no existir, aunque normalmente existan. El Tribunal Constitucional insiste en el carácter «ex lege» de esta indemnización que —como recoge en su Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de enero de 1984— no guarda una relación de identidad con los perjuicios que pueda sufrir el trabajador como consecuencia de despido improcedente. En resumen: aquella más que un salario diferido constituye un resarcimiento por la pérdida del empleo. Y compensado económicamente «constante matrimonio», justo es que su importe acreciente los bienes comunes pues frutos son del trabajo o la actividad, actualizados en momento idóneo.

2. Bienes muebles existentes en el domicilio familiar.

Otro motivo de impugnación alegado por la recurrente tiene su fundamento en la infracción, por aplicación indebida, de los arts. 1361 y 1249 del Código Civil, en relación con el art. 1214 del mismo Código y considerarse, en relación al último citado, invertida la carga de la prueba por el Tribunal sentenciador. Sostiene la recurrente que no pueden considerarse bienes comunes los muebles existentes en el domicilio que tuvieron los cónyuges, arropados por la presunción de ganancialidad, sustentada en los preceptos cuya infracción se denuncia porque existe prueba bastante directa —aun siendo dos testigos— demostrativa de la per-

tenencia de los bienes discutidos a una tercera persona —el padre de la demandada en los autos, hoy censurante— propietario no sólo de la vivienda que ocupaba el matrimonio, sino del mobiliario existente en ésta, antes de establecerse allí los litigantes.

Señala el TSJ de Aragón que tanto el art. 40.1.º de la Compilación Aragonesa: «Se presumen comunes todos aquellos bienes cuyo carácter privativo... no pueda justificarse», cuanto el artículo 1361 del Código Civil: «Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer», sientan una presunción de comunidad que no puede ser destruida sino por prueba en contrario suficiente, satisfactoria y convincente respecto al desplazamiento a la situación de privacidad (Sentencias de la Sala de 23 de marzo de 1993 y del TS de 18 de julio de 1994), presunción «iuris tantum» que sólo puede ser desvirtuada mediante una prueba plena concluyente, y fehaciente del carácter privativo de los bienes, sin que baste para ello con el reconocimiento por el otro cónyuge del expresado carácter (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1995), argumento suficiente para considerar ineficaz, en la ocasión presente, el testimonio de dos personas avalador de la invocada privacidad de los discutidos bienes muebles, pues, al margen de que el legislador mira con prevención tal medio de prueba, la apreciación de la testifical es discrecional para el juzgador, no impugnabile en casación (Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1988 y 20 de julio de 1989), sin que tenga acceso a ella la valoración de la eficacia de esta prueba (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1993).

Cierto es, y en ello lleva razón la parte recurrente, que la presunción de comunidad sólo actúa una vez conste que los bienes son propiedad de los cónyuges, no cuando aparezca su pertenencia a terceros; pero en este caso esa propiedad de los esposos resulta de la prueba practicada y de la posesión a títu-

lo de dueño que ostentaban sobre los muebles, sin que la prueba testifical llevada a cabo en el proceso tenga virtualidad para conducir a otra conclusión al haber sido dicha prueba valorada correctamente por el Tribunal de instancia, de forma irrevisable en casación. Por tanto, una vez comprobada la pertenencia a los cónyuges litigantes, la presunción de comunidad establecida en el art. 40.1.º de la Compilación era perfectamente aplicable al supuesto debatido, sin que la sentencia recurrida haya incurrido en el error denunciado.

No se olvide, en fin, que esta norma de presunción de comunidad de los bienes muebles del matrimonio aragonés es de antigua tradición, pues se halla recogida en la Observancia núm. 16, «de jure dotium», que contiene una regla de carácter residual existente en todos los regímenes de comunidad; siendo esta la norma, quien postula la excepción —el carácter privativo— debe probarla, presunción «iuris tantum» de consorcialidad recogido en las viejas Sentencias de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 27 de junio de 1860 y 8 de febrero de 1915. Y conforme a la regulación del art. 38 de la Compilación Aragonesa para poder atribuir a un bien carácter privativo será preciso que el mismo tenga vocación privativa, es decir, que, no siendo sitio, su adquisición obedezca a alguna de las razones atributivas enumeradas en los núms. 2.º a 7.º del citado art. 38, pues, salvo prueba en contrario, los bienes se tienen por comunes y corresponde al cónyuge que reclama un bien propio acreditar que tiene la calidad de tal.

3. Deudas de juego.

La recurrente denuncia la infracción por inaplicación de los artículos 1390 y 1391, así como los párrafos 2.º y 3.º del artículo 1397 y el artículo 1373 todos ellos del Código Civil en la primera frase, donde se establece que «cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias». También denuncia la infracción, por inaplicación, de los artículos 46 y 47 de la Compi-

lación de Derecho Civil de Aragón, al hacerse prevalecer en la sentencia recurrida el concepto indeterminado «pérdida moderada en el juego» del artículo 1371 del Código Civil sobre el concepto de «justa causa de reintegro» al que se refiere el artículo 47 de la Compilación de Aragón.

Estos motivos —señala el TSJ— merecen acogida favorable. Giran en torno al tema de la responsabilidad por las deudas del juego y quién debe soportarlas, si el patrimonio privativo del marido o el de la comunidad constituida, al fin de contabilizar su montante, en el primer caso, sobre el activo patrimonial que se tiene que dividir, que es lo que pretende la parte recurrente, criterio que siguió el juzgador de instancia y que revocó, en este particular, la Audiencia Provincial.

Cierto es que el derogado Apéndice al Código Civil de Derecho Foral Aragonés en su artículo 50, párrafo 3.º, hacía referencia a «las deudas contraídas por el marido en su propio provecho, con ocasión de vicios, afianzando a favor de otros...» exonerando de responsabilidad a la mujer en los bienes raíces o inmuebles peculiares de la misma y la mitad que pertenezca a ésta en los comunes de la misma clase; cierto también que las pérdidas de juego ni el Apéndice ni la Compilación las mencionan expresamente, pero no hay duda que quedan comprendidas en las contraídas por el marido con ocasión de vicios de que hablaba aquel art. 50.3.º del Apéndice —antecedente legislativo, según el art. 3 del Código Civil, a tener en cuenta— al menos, según razonable parecer, porque de vicio puede calificarse ordinariamente el gasto de cantidades considerables de dinero en tan breve lapso de tiempo; en todo caso, mal podrá decirse que redundan tales deudas en beneficio de la Comunidad (artículo 41.5.º de la Compilación, «a sensu contrario»). Por otro lado, al amparo del artículo 46, las deudas posteriores privativas gravan los bienes del cónyuge deudor, con subsidiaria atribución al patrimonio común, a salvo siempre el valor que en él corresponde al otro cónyuge, con reintegro entre sí, en rela-

ción a los patrimonios de los cónyuges y el común, de aquellos valores que cada uno hubiese lucrado sin causa a costa de los otros —artículo 47 del referido texto legal—.

Lo hasta ahora razonado avala el éxito de este motivo del recurso de casación. Añádase a ello que los gastos causados en el juego son, cuando menos, dañosos para la sociedad consorcial, por lo que será de aplicación cuanto previenen los artículos 1390 y 1391 del Código Civil —de indudable aplicación; por la ordenación jerárquica de fuentes que diseña el art. 1.º de la Compilación Aragonesa, ausente toda norma positiva compilada sobre el juego debe tenerse presente la costumbre y los principios de derecho aragonés— en cuyos mencionados preceptos latan los criterios generales del enriquecimiento injusto, en el caso de empobrecimiento de la propia sociedad conyugal; en aplicación del principio «ex bona fide» el cónyuge que dispone del dinero consorcial, responsabilidad por culpa o dolo y, en suma, el del deber de resarcir que tiene quien, consciente o culposamente, lleve a cabo un gasto que por su cuantía o repetición resulte reprochable socialmente o de cualquier modo cause un daño o empobrezca, en este caso, a la sociedad conyugal.

Y asimismo, tal como manda el artículo 1371 del Código Civil, lo perdido y pagado durante el matrimonio por alguno de los cónyuges en cualquier clase de juego no disminuirá su parte respectiva de los gananciales, siempre que el importe de aquella pérdida pudiera considerarse moderada con arreglo al uso y circunstancias de la familia, lo que, «a sensu contrario», si la pérdida no es moderada —cual el caso— generará aquella disminución. Conectando tal precepto con lo señalado en el art. 1373.1.º del Código Civil, «cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias», fuerza a llegar a la conclusión sentada en el art. 1397.3.º del Código Civil según el cual habrá de computarse en el activo —del inventario a formar del activo y pasivo, en la liquidación tras la disolución de la sociedad conyugal—

las cantidades pagadas por la sociedad que fueran de cargo sólo de un cónyuge. Se inaplicaron, pues, los preceptos que se denunciaban como infringidos, por lo que debe casarse la sentencia recurrida en este particular, confirmando la sentencia de primera instancia en lo relativo a dicho punto.

El acogimiento del motivo, con la consiguiente estimación parcial del recurso y casación de la sentencia dictada por la Audiencia, obliga a esta Sala a resolver lo pertinente dentro de los términos en que aparece planteado el debate, según el art. 1715.1.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que ha de hacerse en el sentido de confirmar el fallo de la sentencia de primera instancia en cuanto a

integrar en el activo las cantidades a que se refiere el Fundamento de Derecho 3.º, F) de dicha sentencia, cuando afirma: «Cantidades extraídas por el marido sin justificación. Las fechas de las extracciones coinciden con las de las asistencias a locales de juego, y sumadas arrojan un saldo de varios millones. Como dichas cantidades exceden de los gastos normales que en diversión pueden gastar los cónyuges, deben incluirse también en el consorcio. Se trata de reintegros con tarjeta “Visa” y “Telecompra” de las entidades “C.A.I.” y “Banca Catalana”, por el concepto “CZ”. En ejecución de sentencia se sumarán tales cantidades, y corresponderá a la esposa la mitad del total a la hora de partir».

IV. SUCESIONES

1. *Revocación de donación de vivienda familiar.*

TSJ DE NAVARRA, Sentencia de 29 de septiembre de 1998.

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

Efectuada una donación de vivienda familiar a favor de un hijo con la condición de que no surjan discordias o desavenencias, procede admitir la revocación efectuada por la donante al quedar acreditadas dichas desavenencias.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Josefa otorgó escritura de donación de bienes a favor de su hijo D. José Miguel casado con D.ª María Jesús, entre otros la nuda propiedad de una vivienda. La referida donación se efectuó con las siguientes condiciones: a) La donante se reserva el usufructo vitalicio y la administración de los bienes donados. b) El donatario no podrá enajenar, hipotecar ni gravar los bienes donados sin el consentimiento escrito de la donante. c) La donante, el dona-

tario y la esposa e hijos de éste vivirán juntos en la casa donada, y contribuirán a las cargas familiares en proporción a sus posibilidades, todo ello como lo han venido haciendo hasta hoy... f) Caso de ocurrir discordias o desavenencias y malos entendidos entre la donante y el donatario, éste con su esposa e hijos abandonarán la casa donada, y quedará resuelta de pleno derecho y sin efecto la donación efectuada, recuperando la donante la libre disposición de los bienes donados.

- Con fecha 5 de agosto de 1995 se produjo el fallecimiento de don José Miguel pasando su esposa doña María Jesús, según disposiciones acordadas en testamento de hermandad que los esposos tenían otorgado, a ser heredera de todos sus bienes y derechos.
- D.^a Josefa instó demanda de menor cuantía contra su nuera D.^a María Jesús, solicitando la revocación de la donación alegando que la demandada ha incumplido grave y reiteradamente las condiciones impuestas en la donación.
- El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 7 de Pamplona dictó sentencia el 7 de febrero de 1997 desestimando la demanda, argumentando que la cláusula citada no afecta a la esposa del donatario fallecido, que no fue parte en el contrato ni en consecuencia se comprometió a cumplirla, y sus derechos no provienen del contrato de donación sino de un testamento de hermandad.
- En grado de apelación, la Sec. 3.^a de la Audiencia Provincial de Navarra dictó sentencia el 13 de febrero de 1998 estimando el recurso interpuesto y declarando la revocación de la donación de fecha 27 de febrero de 1990 realizada por D.^a Josefa debiendo abandonar la demandada la vivienda. La Sala declaró probado el desafecto, y afirmó la vinculación de la demandada al cumplimiento de la condición impuesta.
- D.^a María Jesús interpone recurso de casación ante el TSJ de Navarra que es desestimado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Constituye el objeto central del recurso la interpretación de la cláusula de la escritura de donación en la que se estableció expresamente que «caso de ocurrir discordias o desavenencias y malos entendidos entre la donante y el donatario, éste con su esposa e hijos abandonarán la casa donada, y quedará resuelta de pleno derecho y sin efecto la donación efectuada, recuperando la donante la libre disposición de los bienes donados».

Alega la recurrente que el principio de irrevocabilidad de las donaciones exige para la revocación de la donación con cargas la prueba rigurosa del incumplimiento de las mismas por el donatario, habiéndose cumplido en este caso por el donatario tanto la obligación de pagar parte de un crédito hipotecario de su hermano Macario, como la dedicación y atención a la donante, además de

haber pagado la mayor parte de los gastos de la casa donada.

Señala la Sala que debe distinguirse entre la donación condicional y la donación modal, pues mientras que la condición es requisito de eficacia o subsistencia de efectos, el modo impone una obligación o carga (SSTS de 2 de enero de 1928, 17 de marzo de 1961 y 18 de diciembre de 1965); afirmándose expresamente por la jurisprudencia que en la donación modal, normalmente la carga de cuidar y alimentar al donante, la revocación exige que el incumplimiento sea imputable al donatario (SSTS de 3 de noviembre de 1931, 12 de noviembre de 1990 y 28 de julio de 1997), ser rigurosamente probado (STS de 31 de enero de 1995), y que en la carga modal la reversión se produce previo ejercicio de la acción revocatoria (STS de 11 de marzo de 1988).

En el presente caso nos encontramos no ante una carga modal, sino ante una auténtica y verdadera condición, aceptada en instrumento público y objetivamente contrastable, cuyo cumplimiento la Sala considera acreditado, sin que haya dato objetivo alguno, como pretende el recurrente, que permita presumir que el donatario asumió como carga o modo el pagar un crédito hipotecario de su hermano, o que hubiera cumplido la hipotética carga de cuidar y alimentar a la donante (que hubiese sido innecesario incorporar a la escritura puesto que ya lo imponen las Leyes: Ley 162 Fuero Nuevo, art. 648 Código Civil). Se trata en definitiva del estableci-

miento de una condición resolutoria por causa objetiva, que se ajusta a las causas de revocación establecidas por el legislador navarro, tanto en las donaciones ordinarias (Ley 162), como en las «propter nuptias» (Ley 118.1.^o).

Otra alegación que efectúa la recurrente se centra en que dada la ambigüedad de la cláusula y sus vagos e imprecisos términos, ha de ser interpretada restrictivamente, alegando que en todo caso la ambigüedad no puede favorecer a quien la causó. A ello responde la Sala que, aunque hay una reiterada jurisprudencia que establece que la condición en la donación ha de ser expresa (STS de 17 de julio de 1995), y de interpretación estricta (SSTS de 22 de marzo de 1993 y 20 de noviembre de 1997), es lo cierto que en este caso la condición es expresa y perfectamente contrastable, y ante el rigor en Navarra de la revocación de las donaciones por ingratitud, que se tiende a asimilar a las causas de desheredación (Lacarra y Alonso, con cita del Fuero General de Navarra, libro 2, título 4, capítulo 8), no parece que pueda considerarse superflua, ni contraria a la moral o al orden público, una cláusula de salvaguarda de una donante anciana que dona la casa que ha constituido su hogar familiar y en la que va a seguir viviendo con los donatarios después de la donación; principalmente por la dificultad de prueba directa de los malos tratos de obra y palabra, y del carácter injurioso de la acreditación de la ingratitud en unas relaciones directas y personalizadas como las presentes.

2. *Declaración de nulidad de la cláusula del testamento en la que el esposo desheredaba a la esposa.*

TSJ Baleares, Sentencia de 9 de diciembre de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Perea Mezquida.

Siendo imputable al esposo fallecido la causa por la que se produjo la separación de hecho de los cónyuges, no concurre causa de desheredación en la esposa.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^ª Rosa y D. Pedro contrajeron matrimonio el 20 de julio de 1991. De dicho matrimonio no nacieron hijos. En el año 1993 se le diagnosticó a D. Pedro la infección VIH, falleciendo el día 9 de abril de 1995. Tras su último ingreso hospitalario, ocurrido un mes y medio antes de su muerte, D. Pedro no se reintegró al domicilio conyugal, sino que pasó a residir con sus padres en Lluchmajor.
- En fecha 7 de marzo de 1995, D. Pedro había otorgado testamento abierto ante el Notario de Lluchmajor en el que, tras manifestar que se hallaba separado de hecho de su esposa, en su disposición primera, desheredó a D.^ª Rosa, por las causas señaladas en los núms. 1 y 3 del artículo 855 del Código Civil.
- La esposa D.^ª Rosa atendió y cuidó a su esposo durante el período de tiempo en que estuvo enfermo, compaginando el trabajo de peluquera con el cuidado que requería su esposo, y destinando los ingresos que obtenía con la explotación del negocio de peluquería a atender las necesidades y gastos familiares y médicos.
- D. Francisco y D.^ª María, padres del fallecido D. Pedro, comparecieron ante el Notario de Lluchmajor el día 31 de mayo de 1995, en calidad de herederos testamentarios de su hijo, al objeto de manifestar y aceptar su herencia. En dicho otorgamiento, a la vez que aceptaron pura y simplemente la herencia del causante y se adjudicaron los bienes relictos, manifestaron que lo hacían “sin perjuicio de la legítima que pudiera corresponder a la cónyuge del finado D.^ª Rosa”.
- D. Pedro y D.^ª María requirieron a D.^ª Rosa para que abandonara la vivienda, que constituyó el domicilio conyugal hasta el fallecimiento de su marido

- D.^ª Rosa interpuso demanda de menor cuantía contra D. Francisco y D.^ª María solicitando se dicte sentencia por la que: a) Se declare nula y sea tenida por no puesta la disposición primera del testamento de fecha 7 de marzo de 1995 otorgado por D. Pedro, en cuanto a la desheredación de la que fue objeto su esposa, D.^ª Rosa. b) Que, en consecuencia, D.^ª Rosa es legitimaria en la sucesión de su esposo, correspondiéndole, al concurrir con padres, el usufructo de dos tercios del haber hereditario, de acuerdo al art. 45 de la Compilación Civil Balear. c) Que mientras no se determine, bien por acuerdo extrajudicial entre las partes, o bien legalmente, en qué bienes y en qué forma habrá de ser determinado el usufructo, este recae sobre todos los de la herencia gozando, por tanto, la actora del derecho a seguir disfrutando de la vivienda que hasta la muerte del causante ha sido, y es, el hogar conyugal.
- El Juzgado de 1.^ª Instancia n.º 8 de Palma de Mallorca dictó sentencia el 31 de julio de 1996 desestimando íntegramente la demanda.
- En grado de apelación, la Sección 3.^ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca dictó sentencia el 1 de diciembre de 1997 estimando el recurso de apelación, y estimando la demanda íntegramente declaró nula la cláusula testamentaria de desheredación.
- D. Francisco y D.^ª María interpusieron recurso de casación ante el TSJ de Baleares que fue desestimado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Conforme a lo establecido en el art. 45 de la Compilación Balear, el cónyuge que al morir su consorte se hallare separado de hecho, salvo que lo estuviera por causa imputable al difunto, no tendrá derecho a legítima. Y en base a ello, sostienen los recurrentes que en el presente caso, por existir una separación de hecho de los cónyuges no imputable al marido, no tiene la esposa derecho a la legítima.

Ciertamente, el artículo 45 de la Compilación Balear, tras la reforma introducida por la Ley 8/1990 de 28 de julio —que dio lugar al Texto Refundido de 6 de septiembre de 1990— introdujo la “separación de hecho” como causa de pérdida del derecho a la legítima, reformando así el tenor literal del primitivo artículo 45 de la Compilación de 1961, que sólo estimaba como causa de pri-

vación de derechos legitimarios la separación legal; si bien con la salvedad, en ambos casos, de que si la separación (tanto la legal como la de hecho) fuera imputable al cónyuge difunto no enervarán el derecho del sobreviviente a la legítima.

En el presente caso, a la luz de tal doctrina, se trata de dilucidar si, a los efectos que nos ocupan, concurrió o no concurrió una separación de hecho entre los esposos, subsuible en la hipótesis prevista en el referido artículo 45, y, además, si tal separación, en el caso de existir, fue o no imputable al cónyuge difunto, es decir, al marido, ya que en caso afirmativo tal separación no privaría a la esposa de sus derechos legitimarios. Abordando la cuestión, y empezando por la segunda de las hipótesis planteadas, hay que resaltar que es patente que la ruptura de la

convivencia conyugal entre los consortes D. Pedro y D.^a Rosa fue ocasionada por voluntad y decisión del marido, quien, sin causa alguna achacable a la esposa, tras su último ingreso hospitalario, no se reintegró al hogar conyugal, sino que pasó a residir con sus padres en el domicilio de éstos en Lluçmajor.

Así fijado este hecho huelga adentrarse en el examen de lo que debe entenderse por “separación de hecho”, a estos efectos, ni en las circunstancias (p. ej. duración) que deben concurrir en tal situación para que revista entidad jurídica suficiente para determinar la privación del derecho a la legítima; ni, por tanto, concretamente, si en el caso que nos

ocupa, la situación creada con la instalación del marido en el domicilio de sus padres debe ser, o no, reputada jurídicamente como una separación de hecho, dadas las anómalas circunstancias en que se produjo. Y ello por cuanto, en el peor de los casos —es decir, en el supuesto de que efectivamente se calificase como “separación de hecho” la situación creada por D. Pedro al no reintegrarse al domicilio conyugal—, lo cierto e indudable es que a él (exclusivamente a él) sería —y es— imputable la situación creada, con lo que queda patente que tal “separación” en modo alguno puede privar a su esposa —hoy viuda— de sus derechos legitimarios.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

I. CAUSAS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

1. SEPARACIÓN

1.1. *Procede desestimar la demanda de separación por falta de pruebas.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 9 de marzo de 1999.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Carmen Val Suárez.

El Código Civil, en su artículo 82, recoge los motivos que constituyen causa de separación, y aun cuando la jurisprudencia las viene interpretando con flexibilidad, la parte que interesa la separación, si la otra se opone, debe probar la veracidad de la conducta que imputa a su cónyuge, aun cuando el Juez puede valorar si existe una quiebra del afecto conyugal y con ella un incumplimiento recíproco de los deberes conyugales.

La prueba practicada en la instancia se limita a la documental aportada junto con la demanda, poder, certificados de matrimonio, y de nacimiento de los hijos, y confe-

sión del demandado, sin que a este se le formulara posición alguna relativa a las causas alegadas en la demanda, refiriéndose en todo momento al incumplimiento por el esposo de lo dispuesto en el auto de medidas provisionales, dictado apenas un mes antes, coincidiendo con la salida del esposo del hogar familiar.

Por lo expuesto, la Sala entiende que no se ha probado, es más, no hay intento serio de demostrar, que existe causa de separación matrimonial, por lo que debe ser confirmada la sentencia de instancia; en su principal pronunciamiento.

2. DIVORCIO

2.1. *Habiéndose opuesto uno de los cónyuges, no procede decretar el divorcio en base a la causa 4.ª del art. 86 al haber quedado acreditado que los cónyuges adquirieron bienes en común y se efectuaron transferencias mutuas de dinero.*

AP SEGOVIA, Sentencia de 31 de marzo de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Brualla Santos-Funcia.

De los supuestos que permiten el divorcio previstos en el citado artículo 86 del Código Civil, el recogido en su causa 4.ª es el único que admite la disolución del matrimonio por el mero transcurso del tiempo, sin exigir la concurrencia de ninguna otra condición y está en coherencia con la filosofía de dicha Ley de 1981 que establecía la institución del divorcio por ruptura de la comunidad conyugal o por imposibilidad sobrevenida de alcanzar la función social del matrimonio, cualquiera que sea la causa que lo determine. Se trata, por tanto, de una cuestión de hecho que ha de ser probada por quien la afirma, cuando sucede, como en el caso de litis, que frente a las afirmaciones de la actora en su demanda que afirma el cese efectivo de la convivencia conyugal durante un espacio de tiempo superior a cinco años, esta cesación es negada por el demandado.

Al respecto de la valoración de las diligencias practicadas en autos, no pueden obviarse y han de ser tenidas en cuenta las especiales circunstancias de convivencia, por lo insólitas en el hecho social cotidiano, acreditadas y reconocidas, en que, desde su inicio, se han desarrollado las relaciones entre los cónyuges, que convinieron que cada uno de ellos tendría su respectivo domicilio en la provincia de Segovia y en la de Barcelona, por razón de que el esposo tenía y tie-

ne su centro de interés económico, dada su profesión de labrador, en esta provincia donde se encuentran las tierras que cultiva, mientras que la esposa tenía su interés en aquella de Barcelona donde primero seguía sus estudios de licenciatura y posteriormente ejerció su profesión, conviniendo sus encuentros en los períodos que sus ocupaciones laborales se los permitían. Es en esta tesitura y marco de las relaciones de la pareja en los que ha de probarse el cese efectivo de la convivencia conyugal durante un lapso de tiempo de cinco años, y a la vista de las actuaciones practicadas, frente a lo alegado por la parte actora y admitido por la resolución de instancia, ha de tenerse por probado que, a la fecha de la interposición de la demanda de disolución del matrimonio, e incluso al día de la fecha, no consta que se haya acreditado el cese de la convivencia durante el tiempo señalado en el texto legal para que se produzca la causa de divorcio argüida.

En efecto, no solo se ha aportado por la parte demandada eficaz prueba documental que acredita que durante el año 1995 los cónyuges han sostenido continuadas relaciones comunes de adquisición de bienes (escritura de 30 de junio de 1995) y transferencias mutuas de dinero demostrativas de que los mismos seguían desarrollando su

particular convivencia, sino también son especialmente significativas al respecto las puntuales declaraciones de los testigos propuestos por el demandado, no solo de aquellos que conocieron de la realización por este de trabajos para la madre de la actora con ocasión de su estancia en Barcelona en dicho año de 1995, sino también, muy especialmente por la declaración de un testigo, tío de la actora, en quien concurre la especial condición de su profesión religiosa, que reconoce la existencia de tal convivencia, “sui generis”, conyugal de los litigantes, ratificando su expresiva carta al respecto y manifestando que en el mes de agosto de 1995 estuvo en la localidad de residencia del marido pasando una estancia con ambos esposos, además de con la madre de la esposa y la hija de ambos, y que dichos cónyuges salían días después de viaje vacacional a Galicia, sin perjuicio de manifestar que “cree que ya tenían alguna desavenencia”,

expresión que a su vez ha de interpretarse, “a sensu contrario”, en el tenor de que no se había producido aún, a ese momento, el cese real o efectivo de la convivencia.

En consecuencia, valorando en su conjunto la totalidad de la prueba practicada, sin exclusión de la aportada o practicada a instancia de la parte actora que no ofrece elementos de prueba que desvirtúen la contraria y permitan tener por acreditadas sus manifestaciones, cabe concluir que no está probado el exigido cese de la convivencia durante el largo período de tiempo establecido por el legislador para paliar la previa ausencia de la separación judicial y obviar, así, las críticas que se han efectuado a esta forma de divorcio, conocida en la doctrina como “repudio conyugal”, por tratarse de una separación de hecho disensual, sin otros condicionamientos, en la que puede fundar su pretensión de divorcio el cónyuge, incluso, que la ha promovido.

3. NULIDAD

3.1. *No procede declarar la nulidad del matrimonio instada por el Ministerio Fiscal al no haberse acreditado la falta de convivencia posterior entre los cónyuges.*

AP VALLADOLID, Sec. 3.ª, Sentencia de 12 de marzo de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Jaime Sanz Cid.

Mediante providencia de 1 de diciembre de 1997 (folio 38) del Juzgado de Instancia se admitió como prueba documental la solicitada por el Ministerio Fiscal en su escrito de proposición de prueba (que, mediante oficio dirigido a la Policía se remita informe relativo a la documentación que obra en su poder en relación al posible requerimiento de los lugares de estancia de la demandada desde que contrajo matrimonio, con indica-

ción de sus fechas, a los fines de determinar si ha existido entre los demandados convivencia conyugal). Por providencia también de 1 de diciembre se admite la prueba documental solicitada por los demandados consistente en que se libre atento oficio al Grupo de Extranjeros de la Jefatura Superior de Policía de Valladolid, a fin de que personándose en el domicilio sito en la calle P., n.º ... piso B de Valladolid, recabe información

entre los vecinos del citado inmueble, dejando constancia lateral de las declaraciones de los mismos, así como de sus datos personales, en el sentido de confirmar si residen de forma habitual en el mismo, y así lo han hecho desde noviembre de 1993, exceptuando un período de más o menos un año, los cónyuges y D.^ª Felipa, y eventualmente, D. Miguel. A la primera prueba se contestó por la Jefatura Superior de Policía el 26 de diciembre de 1997 haciendo constar como domicilios de la esposa el 26 de noviembre de 1993 el de la calle P. n.º ... piso B; el 16 de mayo de 1994 la calle I., n.º ... piso A; y el 26 de junio de 1996, nuevamente el de la calle P.

El segundo de los oficios fue contestado por la Jefatura de Policía mediante la aportación de la declaración de los propios demandados y las de D.^ª Felipa y D. Miguel. Entendemos que este oficio fue cumplimentado de forma defectuosa por la Policía, toda vez que cuando se solicitaba en el oficio que se recabara información entre los vecinos del citado inmueble, se refería a los vecinos de las viviendas contiguas, es decir, a las personas que ocupaban otros pisos del inmueble, no a los que vivían en el piso B de la calle P. La Policía no lo entendió así y tomó declaración a los propios demandados así la de D.^ª Felipa y D. Miguel. A la hora de resolver el presente litigio, para nada pueden ser tenidas en cuenta estas declaracio-

nes vertidas ante la Policía, pues la forma adecuada de ser traídas las manifestaciones de estas partes al procedimiento será la confesión judicial y la testifical de D.^ª Felipa y D. Miguel, pues lo contrario supondría la vulneración de todo tipo de normas procesales y de la tutela judicial efectiva.

Solicitada por el Ministerio Fiscal la nulidad del matrimonio por falta de consentimiento de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio, entendiéndose que el mismo se celebró con la única finalidad de que la esposa consiguiera la nacionalidad española, las únicas pruebas de que disponemos son las manifestaciones de ambos demandados, así como la testifical prestada en el Juzgado de D.^ª Felipa, la testifical de D. Miguel acordada por esta Sala como diligencia para mejor proveer, y los informes policiales. Las manifestaciones vertidas en confesión y testifical han sido negativas a las pretensiones del actor, pues todas ellas vienen a coincidir en que los cónyuges han vivido juntos, y en la calle P., salvo en un pequeño período de tiempo, coincidiendo ello con lo que se contestó a la demanda. En iguales términos se expresa la certificación policial de 26 de diciembre de 1997. Por todo ello entendemos que la falta de consentimiento en el matrimonio celebrado el 11-11-93 no ha sido probada, por lo que no procede admitir la demanda.

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

1. PATRIA POTESTAD

1.1. *Discrepancia de los padres en cuanto al centro escolar al que debe de acudir el hijo menor de edad.*

AP VALENCIA, Sec. 3.ª, Auto de 21 de febrero de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Vera Llorens.

La cuestión de fondo debatida en este procedimiento derivada de la acción ejercitada está centrada en si debe atribuirse al padre o a la madre la facultad de decidir una circunstancia concreta producto de un desacuerdo asilado en el ejercicio conjunto de la patria potestad, cual es el centro escolar en el que la hija menor de ambos debe seguir cursando sus estudios. Respecto a dicho desacuerdo que dio lugar a un expediente de Jurisdicción Voluntaria promovido por el padre, procedimiento adecuado al efecto a tenor de la expresa remisión de la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/96, el Juzgado de primera instancia núm. 13 de Valencia, en fecha 12 de noviembre de 1998, dictó Auto en el que acordó atribuir al padre la facultad de decidir acerca del centro escolar en el que su hija deberá seguir cursando sus estudios. La citada resolución se fundamenta en la prueba practicada consistente: en la exploración de la menor, en cumplimiento de lo previsto en los artículos 154 y 156.2.º del Código Civil, en los artículos 2 y 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y en el informe emitido por el Equipo Psicosocial

de los Juzgados de Menores. Contenido de la resolución que coincide con las apreciaciones del informe evacuado por el Ministerio Fiscal y que se fundamenta también en el art. 6 de la LO 1/96 así como en los artículos 12 y 14 de la Convención de Derechos del Niño.

Esta Sala coincide con la resolución expuesta y apelada por la madre, pues del contenido de la prueba practicada no cabe deducir otra cosa que la preferencia y conveniencia de que la hija menor siga cursando sus estudios en el centro donde lo venía haciendo, sin que otros criterios de oportunidad de la madre puedan desvirtuar el contenido de las declaraciones de la hija y el informe psicosocial referido. No quiere con ello decirse que un cambio de centro escolar pueda producir en la menor perjuicios objetivos y/o subjetivos irreparables, sino que el juzgador al verse obligado a resolver una cuestión que sin duda resultaría mejor si los padres hubieran sido capaces de llegar a un acuerdo sobre el más adecuado interés de su hija, lo tiene que hacer con las pruebas que en derecho son pertinentes y teniendo en cuenta que debe prevalecer el interés de la niña so-

bre cualesquiera otros intereses en conflicto y en este sentido no cabe duda de cuáles son las preferencias de la menor así como la mayor conveniencia para la misma cual es continuar en su antiguo centro escolar sin necesidad de explorar otras novedades, toda vez

que las características del mismo como laico y bilingüe son desvirtuadas en el nuevo centro sin que por el contrario las apreciaciones de proximidad, precio, o asistencia de los hermanos en el nuevo centro sean sustanciales.

2. GUARDA Y CUSTODIA

2.1. *Atribución de la guarda y custodia a la madre en aplicación de la regla general de experiencia de que es más favorable para su educación en estos momentos la atención materna.*

AP HUELVA, Sec. 2.^a, Sentencia de 25 de febrero de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Martín Mazuelos.

Se reitera en el recurso que la menor se encuentra en un ambiente inadecuado para su educación. Pero las medidas adoptadas establecen que será el domicilio hasta entonces conyugal donde deben residir madre e hija, y aquélla denuncia al formular las repreguntas que quien se lo ha impedido es el marido y su familia, lo que lógicamente ha sido negado por la madre y hermana de éste. Estando la niña escolarizada, no es incompatible el trabajo con la custodia de la hija, y la madre del recurrente en su declaración testifical ha admitido que la madre de la menor también la recoge en el colegio, tal como ella ha alegado. El alcoholismo de la abuela materna, con quien también se queda

la niña, no se ha acreditado que sea actual, pues sólo consta que tiene antecedentes, sin concretar fechas, pero también los tiene el padre por drogodependencia anterior. En suma, lo que no se ha probado es que sea más beneficioso para la menor quedarse con el padre que con la madre; su corta edad ha motivado que no haya sido oída, a su vez justifica la regla general de experiencia de que es más favorable para su educación en estos momentos la atención materna —antes plasmada legislativamente— y en todo caso la medida es revisable si en definitiva no se cumpliera lo acordado en cuanto a la residencia o resultara desatención de la menor.

2.2. *No es procedente fijar la guarda y custodia compartida entre ambos progenitores.*

AP GRANADA, Sec. 3.^a, Sentencia de 11 de marzo de 1999.

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

Es criterio de esta Sala, salvo supuestos puntuales, que pudieran presentarse, que pudieran aconsejarla, la no concesión a los padres en situaciones de separación o divorcio, de la guarda y custodia compartida de los hijos, tal y como se acuerda en la resolución aquí impugnada, en la que se otorga alternativamente los años pares al padre, y los impares a la madre, criterio antedicho coincidente con el de la generalidad de las otras Audiencias Provinciales, cabiendo citar, a título de ejemplo, la Sentencia de la AP de Madrid de 31 de octubre de 1995, que considera: “Se plantea por la parte recurrente una solución de guarda compartida, medida que dentro del Derecho de Familia español podría calificarse de excepcional; tanto es así que el propio legislador, sin prohibirla expresamente, no ha contemplado tal posibilidad, y así el artículo 92 del Código Civil, concretamente en su párrafo tercero, alude a la decisión que tomará el Juez acerca de cuál de los progenitores tendrá a su cuidado los hijos menores, sin que esto sea óbice para que el ejercicio de la patria potestad sea compartido en orden a tomar decisiones de cierta trascendencia que, afectando a los hijos, puedan adoptarse de común acuerdo, sin que el progenitor que no convive con los hijos, se vea privado del conocimiento de aquellas, debiendo valorarse en igual medida sus opiniones que la de aquel que les tenga en su compañía.

Mas la guarda y custodia no tiene su contenido en la adopción de medidas de tanta trascendencia, sin que ello suponga restarle

valor a tan importante función, sino que la misma se desenvuelve en un quehacer más cotidiano y doméstico, que sin lugar a dudas también contribuiría a la formación integral del hijo y que difícilmente podrían compartirse por quienes no viven juntos, lo que supondría, de admitirse otra tesis, una invasión de la esfera privada de un progenitor en la del otro, o en otro caso un continuo peregrinaje de los hijos de un hogar al otro, siendo, entonces, más correcto denominarla, en este supuesto, custodia periódicamente alternativa”. Asimismo argumenta la misma Audiencia en Sentencia de 23 de abril de 1996 lo siguiente: “No encuentra, en consecuencia, esta Sala motivos de entidad jurídica suficiente que permitan amparar la pretensión revocatoria formulada, ni a declarar, en modo alguno, la vulneración, con el pronunciamiento impugnado, del artículo 14 de la Constitución Española, pues llevada la tesis del recurrente a sus últimas consecuencias la mayoría de las decisiones judiciales sobre guarda infringirían dicho principio constitucional, al ser inviables soluciones de guarda compartida ante la crisis convivencial de los progenitores, uno de los cuales, según se sostiene, siempre acabaría marginado, con independencia de su sexo; olvida, por ello, dicha parte que no es dicho precepto de la Constitución el que ha de prevalecer en la resolución de contiendas cual la que nos ocupa, sino el de protección de la prole que consagra el artículo 39 de dicho texto fundamental, en armonía con el citado artículo 92 del Código Civil, y 2.^o de la reciente

Ley de Protección Jurídica del Menor, derecho que ha de superponerse a cualquier otro interés, aún perfectamente legítimo subyacente en la litis”. Consideramos, a la vista del informe psico-social valorado en rela-

ción con la restante prueba practicada, debe otorgarse la guarda y custodia a la madre, estableciendo un amplio régimen de visitas para con el padre que consignaremos en la parte dispositiva de la presente.

3. RÉGIMEN DE VISITAS

3.1. *Cambio de guarda y custodia como consecuencia de la obstaculización del régimen de visitas.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Auto de 23 de febrero de 1999.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Carmen Val Suárez.

La sentencia de separación matrimonial de los cónyuges de 18-6-96 atribuía la custodia del hijo a la madre, si bien en su fundamento jurídico tercero se recogía de forma expresa que dicha medida quedaba supeditada al cumplimiento del régimen de visitas que venía siendo obstaculizado por la madre, habiendo producido con posterioridad a esa fecha nuevos incumplimientos imputables a la misma, que como se recoge en las distintas resoluciones dictadas por el Juzgado viene cumpliendo las obligaciones que el órgano judicial le ha impuesto según su particular interés.

A ambos progenitores, al menos de inicio, se les reconoce plena capacidad para ostentar la custodia de su hijo, y la estrecha relación existente entre la madre y el menor desde que se produjo la separación de hecho sirvió de base para que la guarda de aquel le fuera entregada, pero de la sentencia de separación no puede inferirse que el padre no tenga cualidades suficientes para desempeñar tan delicada función. El artículo 94 del CC previene que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores gozará del dere-

cho de visitarlos, derecho que la sentencia de 18-6-96 concreta en unos términos considerados como habituales en los Juzgados de Familia. Como cualquier otra medida que afecte a los menores debe adoptarse persiguiendo su primordial interés, en consecuencia, es dado decir que las comunicaciones de toda índole, entre los hijos y los padres, cuando no viven juntos se revelan como altamente beneficiosas para los descendientes, y sin duda son necesarias para su integral desarrollo y sólo si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen podrán suspenderse, correspondiendo a los Juzgados y Tribunales la adopción de tan excepcional medida, y no a quien detenta la custodia de los hijos en una errónea interpretación del contenido de la función de custodia que tiene encomendada. Aún más, en el caso de autos no consta la existencia de hecho de entidad suficiente para que unilateralmente y pese a haber sido advertida en repetidas ocasiones de las consecuencias de su conducta la madre haya privado al padre de estar con su hijo en aquellas fechas que por sentencia le correspondía, perjudicando

con esta postura no sólo los legítimos intereses del padre, sino lo que es más importante de los del hijo.

La necesidad de resolver con carácter de urgencia y por la vía contemplada en el artículo 158 del CC, constituye una facultad del Juzgador dado que el principio de inmedia-

ción le permite conocer y en consecuencia valorar qué es lo mejor para el menor en las circunstancias concretas que se someten a su consideración, por lo que encontrándose por la Sala, ajustado a derecho el auto apelado, en cuanto al fondo se refiere, viene a confirmarlo íntegramente.

III. VIVIENDA FAMILIAR

1. *La madre del esposo, propietaria de la vivienda familiar puede, sin obstáculo jurídico de ninguna clase, recuperar la plena disponibilidad de sus facultades dominicales, en los términos prevenidos en los artículos 348 y ss. del Código Civil, y ello tanto durante la convivencia de los cónyuges, como tras su quiebra.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 23 de febrero de 1999.

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

La asignación en la sentencia que pone fin al procedimiento de separación, divorcio o nulidad, del uso del domicilio familiar, en los términos prevenidos en el artículo 96 del Código Civil, no supone, en modo alguno, el surgimiento a la vida jurídica de un derecho antes inexistente, quedando, por el contrario, reducido el ámbito de proyección del citado precepto a la atribución exclusiva y excluyente a parte del grupo familiar del derecho que con anterioridad pudieran ostentar respecto del referido bien.

En definitiva el dicho derecho queda agotado en las relaciones internas entre las partes, sin perjuicio de que las mismas puedan ser hechas valer frente a terceros, en su nueva configuración de uso exclusivo, a través de la publicidad dimanante de su inscripción en el Registro de la Propiedad, se-

gún previene el párrafo 2.^o de la disposición adicional 9.^a de la Ley 30/1981, de 7 de julio.

Al respecto, y superando anteriores tesis, cual la sentada en sentencia de 2 de diciembre de 1992, proclama el Tribunal Supremo que, mediante la figura examinada, se trata únicamente de proteger el derecho que ya la familia tenía, de tal modo que quienes ocupan en precario la vivienda no pueden obtener una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares muy dignas de protección con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita ceder el uso de la vivienda (S. 31-12-94). Añade el Tribunal Supremo que, en otro caso, se correría el riesgo de perjudi-

car este tipo de conductas de colaboración al matrimonio proporcionando techo a sus seres queridos, ante el temor de que una crisis familiar privara en parte del poder de disposición que sobre la vivienda tiene el cedente del uso.

En el caso sometido a la consideración del Tribunal se parte de la ocupación por los cónyuges litigantes de una vivienda propiedad de la madre del esposo, sin que conste la existencia de vinculación jurídica alguna al respecto, salvo la derivada de la mera liberalidad, sin contraprestación alguna, de dicha titular dominical. En consecuencia la misma podía, sin obstáculo jurídico de ninguna clase, haber recuperado la plena disponibilidad de sus facultades dominicales, en los términos prevenidos en los artículos 348 y ss. del Código Civil, y ello tanto durante la convivencia de los cónyuges, como tras su quiebra, sin encontrarse vinculada por resoluciones judiciales dictadas en pleitos en los que no fue parte, y que, en consecuencia,

solo afectaban a los propios esposos, dentro de las limitadísimas facultades que a ellos correspondían, en cuanto dimanante de una situación de precario.

Sobre dichas bases debe concluirse que la medida establecida en la sentencia de divorcio, de fecha 11 de noviembre de 1992, en cuanto atribuía a la esposa el uso del domicilio familiar por término de 5 años, tenía un alcance meramente formal, sin trascendencia alguna respecto de la antedicha titular dominical, por lo que se revela ahora inviable o, en último término, carente de toda trascendencia jurídica, la prórroga pretendida, en cuanto en ningún caso obligaría, en los términos propugnados, a quien además no ha sido parte en la litis, y de cuya exclusiva voluntad seguiría dependiendo el que la madre y sus hijas puedan seguir ocupando, por su mera tolerancia, el referido inmueble en orden a la satisfacción de sus necesidades de alojamiento.

2. *La circunstancia de que un tercero conviva en el domicilio familiar con el progenitor custodio no implica que deba pagar un canon arrendaticio por tal ocupación.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 23 de febrero de 1999.

Ponente: Ilma Sra. D.^a Carmen Val Suárez.

No cabe en los llamados procedimientos de familia establecer, por el uso del domicilio conyugal atribuido en atención al artículo 96 del CC, un canon de carácter arrendaticio, en base a la supuesta utilización de dicho bien por un tercero en convivencia con el resto de la familia. No puede imponérsele a la madre que vive en la vivienda familiar por

mor de la custodia encomendada, la satisfacción de renta alguna por el supuesto uso consentido por un tercero que en cualquier caso no lo ocuparía, o al menos nada se dice, de forma onerosa, en cuyo caso quizá cabría hablar de una desnaturalización del derecho reconocido, cuyo objetivo es cubrir el alojamiento de las hijas, lo que no se ha probado.

3. *La tercera persona que habita la vivienda familiar en unión de los hijos y del cónyuge no está obligado a abonar ninguna cantidad por la utilización de la misma.*

AP ASTURIAS, Sec. 6.ª, Sentencia de 23 de abril de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Barral Díaz.

El actor, divorciado de su anterior matrimonio y cotitular junto con su ex esposa de la vivienda familiar, cuyo disfrute le fue otorgado a ésta por la anterior sentencia de separación en atención a los dos hijos habidos en dicha unión matrimonial, reclama del demandado una indemnización por el uso que desde el año 1991 viene haciendo de la referida vivienda, en la que convive junto con aquélla, de la que tiene descendencia propia y forma una nueva unidad familiar. La indemnización se solicita con fundamento en lo que el actor considera propio y exclusivo perjuicio, fijándola en su demanda en relación a una teórica renta mensual en razón a todo el tiempo que desde el citado año pueda durar la ocupación de la referida vivienda por el citado demandado.

Es cierto, como expone el demandado, que el actor se cuida mucho de citar precepto legal alguno que fundamente su acción, hasta el punto de ignorarse el origen contractual o extracontractual del perjuicio que dice se le causa, lo que desde un principio plantea el no fácil problema del posible plazo prescriptivo a aplicar, habida cuenta que la demanda se presentó en enero de 1998. Su fundamentación jurídica se limita a señalar que se trata de un derecho de uso o habitación sobre la vivienda familiar, que por ser limitado en exclusiva a las personas que componían la entonces unidad familiar, impide su disposición o cesión, total o parcial, a favor de un tercero, tal y como, en efecto, lo prohíbe el art. 525 del CC. No discute el derecho de su ex esposa a usar de la vivien-

da familiar, hasta el punto que, a la hora de cuantificar el perjuicio, lo hace sobre una hipotética renta o alquiler (60.000 ptas./mes), cuya mitad, en cuanto derecho propio, reclama al demandado por usar indebidamente de la misma.

El actor está confundiendo los efectos jurídicos que puedan derivarse del posible derecho del actor. En primer lugar, porque la existencia de un derecho de uso o habitación, muy discutible tanto a nivel doctrinal como incluso jurisprudencial (SSTS 2 y 11-12-92, 31-12-94, entre otras), sólo tiene lugar cuando la atribución de la vivienda familiar se hace a favor del progenitor no titular, al que se le otorga esencialmente por tener encomendada la custodia de la prole común, pues en caso contrario, es decir, cuando el usuario es titular en todo o en parte, como aquí ocurre, claro es que nunca podrá hablarse de un derecho de uso o de habitación, al exigir uno y otro, además inexcusablemente, que recaigan sobre “cosa ajena”, lo que por supuesto aquí no se da, al ser igualmente la ex esposa cotitular de la tan repetida vivienda.

Por otro lado, la prohibición de arrendar o traspasar por cualquier título, a que alude el citado art. 525 y que parece ser el fundamento de la petición del actor (aunque en el acto de la vista acuda implícitamente a los arts. 394 y 397 CC), tampoco es de aplicación en todo caso, cuando se trata de medida acordada en sentencia firme de nulidad, separación o divorcio. En efecto, es cierto que la referida prohibición se hace en sede de

tales derechos y los efectos derivados de su violación o incumplimiento por parte del titular del uso de la habitación no son otros que la extinción o resolución del derecho (lo que, por otro lado, obligaría a demandar al referido titular y no al tercero, cuando menos en sede de tales derechos); pero esta solución resolutoria no es de aplicación cuando dicha medida se concedió en atención a la guarda de los hijos comunes, ya que éstos y no el cónyuge, a pesar de la dicción literal del precepto (a los hijos “y” al cónyuge), son los verdaderos titulares del derecho a la vivienda familiar, en cuanto beneficiarios de la misma, como lo demuestra el propio precepto, al regular el supuesto de la atribu-

ción de aquélla cuando no hay hijos o los que existen no tienen tal derecho.

Es el interés preferente de los menores o mayores convivientes y carentes de ingresos propios (art. 93) el que impone que el acto de disposición prohibido sea nulo, es decir, no produzca efectos frente a los mismos, salvo que concurra alguno de los supuestos que contempla el último párrafo del citado precepto, por lo que dichos efectos extintivos, motivados por un acto realizado por quien (progenitor custodio) no es titular del derecho, no podrían aplicarse a quienes (los expresados hijos), siendo los verdaderos titulares, sin embargo no lo llevaron a cabo.

4. *Estando disuelta, pero no liquidada, la sociedad de gananciales, el Impuesto de Bienes Inmuebles sobre la vivienda debe hacerse efectivo al 50% entre ambos cónyuges, sin que sea obstáculo para ello que uno tenga atribuido el uso judicialmente.*

AP CÓRDOBA, Sec. 1.^a, Sentencia de 22 de marzo de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Magaña Calle.

El actor y hoy apelado reclama las cantidades abonadas en concepto de Impuesto sobre Bienes Inmuebles desde el año 1991, cuando ya la demandada y hoy recurrente tenía concedida por sentencia de separación de fecha 19 de febrero de 1990 la vivienda conyugal. En total y por este concepto se reclaman 258.901 pts. Afirma el recurrente que el impuesto grava la propiedad del inmueble, y por tanto sujeto pasivo del mismo es el titular del mismo, en el caso de autos, y puesto que la sociedad conyugal está disuelta pero no liquidada, es a la comunidad postganancial la que debe abonar el impuesto.

En relación con esta cuestión sometida a debate, dos son las consideraciones de las que se debe partir.

A) En primer lugar, de la naturaleza del derecho de ocupación que tiene la esposa sobre el inmueble; cuestión esta controvertida y sobre la cual tanto la doctrina como la jurisprudencia han tenido ocasión de reflexionar, a veces llegando a conclusiones ciertamente contradictorias. Como señala O’Callaghan Muñoz en su comunicación en el III simposium de Derecho Matrimonial y Familiar de la Universidad de Navarra “la

vivienda familiar”, entre los distintos supuestos de titularidad en que nos podemos encontrar, recoge, y es la aplicable al presente supuesto, aquella en que existe un derecho de propiedad con titularidad ganancial; sin embargo, este autor afirma que tal situación no podrá mantenerse desde el momento en que debido a una crisis matrimonial se disuelva la sociedad legal de gananciales, pasando, hasta la liquidación definitiva, a una situación de condominio.

En caso de cesión de la vivienda a uno de los cónyuges en este estadio, existen opiniones controvertidas sobre la naturaleza jurídica del derecho; en concreto, aquel autor lo considera como un derecho real limitado en cosa parcialmente ajena, como derecho autónomo y atípico, y otros (Rams Albesa) como un derecho de uso. Si por el contrario ya se ha producido la liquidación, uno de los cónyuges, al que se le concede el uso de la vivienda, tendrá el derecho de posesión exclusivo sobre la misma, y por ello el pleno dominio sobre la mitad indivisa y un derecho real atípico sobre la otra mitad.

Con lo anteriormente expuesto se quiere decir que esta Sala no comparte el criterio del Juzgador de instancia contenido en el último párrafo del Fundamento Jurídico Segundo, puesto que no nos encontramos ante la atribución del disfrute de un bien inmueble a persona distinta de su propietario, lo que conlleva asimilarlo al usufructo, sino que en el presente caso, siendo ambos titulares proindiviso de la finca, se le atribuye el uso a uno de ellos, lo que evidentemente no puede asimilarse a la figura del usufructo o de otro derecho real limitado. Es por ello por lo que, en definitiva, solo podremos avanzar en la solución del conflicto si entramos en el análisis del impuesto que se reclama.

B) En segundo lugar, de la naturaleza del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, y sobre el sujeto pasivo del mismo.

El Impuesto sobre Bienes Inmuebles aparece en nuestro derecho positivo en la Ley 39/88 de 28 de diciembre reguladora de las

Haciendas Locales. Se considera el IBI un tributo de carácter obligatorio, directo y de carácter real (art. 61), por lo que la doctrina coincide en declarar que es un verdadero impuesto sobre el patrimonio, puesto que la capacidad contributiva sometida a gravamen se define en función de la mera titularidad de determinados bienes y concesiones administrativas, considerados en sí mismo, y por tanto sin tener en cuenta los rendimientos que aquellos puedan producir.

En ese sentido no difiere, en cuanto a su naturaleza jurídica, de sus antecedentes, la Contribución Territorial Rústica o Urbana. Concluye la doctrina que en ambos casos el hecho imponible es la propiedad del inmueble, y el objeto o materia imponible, su renta; es decir, son impuestos nominales sobre la propiedad y efectivos sobre la renta de los inmuebles.

Así las cosas, el art. 61 de la Ley 39/88 reguladora de las Haciendas Locales declara que el Hecho imponible del IBI esta constituido “por la propiedad de los inmuebles de naturaleza rústica o urbana sitos en los respectivos términos municipales o por la titularidad de un derecho real de usufructo o de superficie o de la de una concesión administrativa sobre dichos bienes o sobre los servicios públicos a los que estén afectados y grava el valor de los referidos inmuebles”.

Por tanto constituye el aspecto material del hecho imponible del IBI: a) La propiedad de los bienes inmuebles. b) La titularidad de un derecho real de usufructo sobre esos mismos bienes. c) La titularidad de un derecho real de superficie. d) La titularidad de una concesión administrativa sobre bienes inmuebles. e) La titularidad de una concesión administrativa sobre servicios públicos a los que estén afectos bienes inmuebles.

Y obsérvese, puesto que es importante a la hora de cualquier interpretación, dos cuestiones que se desprenden de la anterior relación: 1. Queda excluido el derecho real de uso y habitación. 2. El hecho imponible determinante es la propiedad, y solo se determinan dos situaciones excluyentes,

la existencia de un derecho real de usufructo o de un derecho real de superficie.

Aun así, y pese a lo anteriormente señalado, no puede obviarse otro dato fundamental, y es que precisamente, del tenor literal del precepto que comentamos, se desprende que su naturaleza puede ser nominal sobre el patrimonio, pero efectiva sobre las rentas, puesto que no solo grava la propiedad sino las rentas.

Desde tales premisas, ya puede adelantarse que en este concreto punto procede la estimación, en parte, del recurso, y ello por las siguientes razones:

1. En primer lugar, y como más arriba se dijo, es evidente que la atribución del uso de la vivienda a un cónyuge, en procesos de separación, en modo alguno puede asimilarse a la figura del usufructo; siendo una situación que la doctrina coincide en señalar y calificar de atípica.

2. Por otra parte, y atendiendo a la naturaleza del impuesto, es evidente que primordialmente es un impuesto que grava el patrimonio, y por ello solo cabe una interpretación restrictiva respecto a sujetos pasi-

vos no titulares que tengan un derecho de disfrute.

3. Esta es precisamente la interpretación que debe dársele al art. 61 de la Ley 35/1988, reguladora de las Haciendas Locales, no debiéndose hacer extensiva a otras situaciones en las que, como la presente, el que disfruta de la vivienda es cotitular, y por otra parte el disfrute ha venido impuesto por resolución judicial, y no contractualmente. O dicho de otra forma, la situación de disfrute proviene o tiene una finalidad distinta al mero goce o disfrute derivado de una relación contractual, o por ministerio de la ley, como en el caso de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos.

Es por todo lo anteriormente expuesto por lo que, en definitiva, debe imponerse la carga del pago del impuesto a ambos titulares del inmueble, excepto que entre ellos se hubiera pactado lo contrario (lo mismo que ocurriría en el supuesto de pago de los gastos de comunidad de propietarios); y no siendo este el supuesto debe, en este punto, estimarse en parte la demanda, y condenar a la demandada y hoy recurrente al pago de la mitad de las cantidades abonadas por el apelado en tal concepto, es decir 129.450 pts.

5. *Cuando la vivienda es propiedad de ambos no cabe establecer ninguna temporalidad en la atribución del uso, sin que ello sea un hecho impeditivo para que cualquiera de los copropietarios pida la división de la cosa común.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Sentencia de 19 de enero de 1999.

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

Queda limitada la presente apelación al pronunciamiento sobre atribución de uso de la vivienda familiar, que en sentencia se ha-

ce a favor del esposo, con pretensión de que a la misma se impongan o ciertas limitaciones o condicionantes.

Cuantas directrices son fijadas en el art. 96 del CC sobre la atribución del uso de la vivienda familiar que es de copropiedad de los cónyuges, en defecto de expreso acuerdo entre ellos, parten de un incuestionable hecho de un mismo estado de necesidad que tengan ambos sobre su ocupación, y si a la vivienda no puede negársele el hecho de haber sido domicilio conyugal que no desapareció por el abandono de la esposa si el otro cónyuge permaneció ocupándola, con dicho abandono lo que acredita la propia apelante es una ausencia de necesidad de una vivienda con el arriendo de otra para constituir su domicilio, y posteriormente como se admitió en esta alzada pasar a convivir en vivienda propia de su nuevo compañero. Ante

tales hechos la única necesidad de ocupación de la misma solo la detenta aquel que no abandonándola siguió ocupándola y abando sus gastos y cargas que sobre la misma pesan, y cuya cotitularidad de ambos cónyuges no halla cauce para que su atribución de uso se haga con carácter temporal según prevé el propio art. 96 del CC, y que se extiende no solo a su uso sino al de aquellos objetos de uso ordinario en ella, sin que ello sea hecho impeditivo de que rigiéndose el matrimonio por el régimen económico de separación de bienes, cualquiera de los copropietarios pueda pedir la división de la cosa común de conformidad con lo previsto en los arts. 400 y 404 del CC, lo cual conduce a la desestimación del recurso de apelación.

IV. PENSIÓN ALIMENTICIA Y CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

1. *Si en el convenio regulador se fijó que la pensión alimenticia del hijo subsistiría hasta que éste alcanzase la mayoría de edad, para que éste pueda seguir recibiendo la pensión es necesario interponer un procedimiento de modificación de medidas o un procedimiento de alimentos.*

AP ZARAGOZA, Sec. 2.^a, Auto de 2 de marzo de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Acin Garos.

La cláusula quinta del convenio regulador, suscrito el 6 de julio de 1990 y aprobado el 27 de septiembre de 1990 por la sentencia que declaró la separación de los cónyuges, tras señalar la contribución del esposo a los alimentos del hijo menor, estipuló en su párrafo segundo que “dicha obligación subsistirá hasta que el hijo alcance la edad de 18 años”. Con cuyos antecedentes, cumplidos por este los 18 años el 2 de octubre de 1997, cesado su padre en el pago de la pensión hasta entonces satisfecha y dene-

gado por el Juzgado de instancia el requerimiento de pago que la madre solicitó se acordase, apela ésta, que reproduce los argumentos de su recurso de reposición y arguye que el pacto contenido en el párrafo segundo de la referida cláusula es nulo de pleno derecho y debe tenerse por no puesto, habida cuenta de que es contrario a la Ley y, en concreto, el artículo 93 del Código Civil.

Inspirado nuestro ordenamiento en el principio de irretroactividad de las Leyes

(artículo 2.2 del Código Civil), conforme al cual las relaciones jurídicas deben disciplinarse por las normas vigentes al tiempo de su creación, sin posible alteración por normas posteriores a menos que ofrezcan inequívoco carácter retroactivo, es claro que la reforma del Código Civil operada por Ley 11/1990, de 15 de octubre, que introdujo un segundo párrafo en el artículo 93 del Código Civil y dispuso en él 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 conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código”, pudo ser invocada por la aquí apelante a efectos distintos, pero no como presupuesto de la nulidad de una cláusula perfectamente adecuada a Derecho en su nacimiento.

En cualquier caso, mediante la reseñada estipulación, lo que ante la llegada de su hijo a la mayor edad debió hacer y no hizo la perceptora de la pensión fue instar en el incidente correspondiente la modificación de la medida que la sentencia de septiembre de

1996 había aprobado, o, ya llegado el hijo a la mayor edad, alegar y probar la concurrencia de los presupuestos que condicionaban la aplicación del artículo 93.2 del Código Civil —convivencia del hijo en el domicilio conyugal y carencia de ingresos propios— y reclamar del padre los alimentos del artículo 142 del Código Civil. Todo ello en procedimiento adecuado, con unas efectivas posibilidades de contradicción y prueba para la contraparte —las peticiones formuladas en primera instancia no dieron lugar a la apertura de fase probatoria alguna— y no mediante un simple escrito que no debió merecer al juzgador otro pronunciamiento que el de su rechazo por inadecuación del procedimiento elegido, pues lo que desde luego resultaba impensable es que con él, y con el auto que pudiese generar, pudiese la parte acceder a una nulidad de la cláusula que la sentencia de separación había aprobado.

El recurso, en definitiva, debe ser desestimado, siempre a salvo la posibilidad de que el hijo, concurriendo los presupuestos del artículo 142 y siguientes del CC, ejercite por sí su derecho a alimentos.

2. *Extinguida la pensión alimenticia del hijo mayor de edad, no puede volver a solicitarla dentro del procedimiento matrimonial.*

AP ALICANTE, Sec. 3.ª, Sentencia de 25 de febrero de 1999.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª José Román Román.

En cuanto a lo solicitado por la apelante de mantener la pensión de alimento a favor del hijo mayor de edad no puede prosperar dicha solicitud; según la prueba practicada, consta en autos que el hijo mayor desarrolla una actividad laboral, habiéndose extinguido por ello la obligación del padre de abonar la pensión de alimentos. Este tiene 30 años, como señala el apelado, y con independencia del mercado laboral ha percibido rentas y por ello ha estado ya independizado, sin que a lo

largo de toda su vida laboral pueda intermitentemente, como si fuera una prestación de desempleo, solicitar la reanudación de la pensión alimenticia a cargo del padre y como consecuencia de los procedimientos matrimoniales que se han seguido entre sus padres; en todo caso procedería, si tuviera gran necesidad, la solicitud como alimentista frente a los dos padres por el procedimiento declarativo correspondiente y en virtud del artículo 143 del Código Civil.

3. *La compra de libros de texto no tiene el carácter de gasto extraordinario, en cambio sí lo tiene la asistencia psicológica del menor.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Auto de 4 de marzo de 1999.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Carmen Val Suárez.

En cuanto a la atención de los gastos extraordinarios, la jurisprudencia menor viene sosteniendo el criterio de que esta obligación pueda ser impuesta en fase de ejecución, requiriendo para su exigencia de un pronunciamiento judicial que avale su procedencia, examinado el caso concreto. Y así, cabe decir que los libros de texto no pueden ser valorados como gasto extraordinario, pues es una necesidad ordinaria en

todo estudiante, aunque sólo se produzca con carácter anual, siendo fácil prever que se producirá periódicamente.

Respecto de la asistencia psicológica del menor, que sí pudiera entenderse dentro de los gastos extraordinarios, esta debe en cualquier caso ser aprobada por resolución judicial en atención a la necesidad acreditada del hijo, siempre que el otro progenitor no estuviera de acuerdo.

4. *No procede declarar extinguida la pensión alimenticia de la hija mayor de edad por la circunstancia de que haya estado trabajando durante tres meses, ya que la finalidad de dicho trabajo era contribuir a sus gastos de formación.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Sentencia de 18 de marzo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan M. Jiménez de Parga Gastón.

Alega la parte recurrente, como motivo de la pretensión impugnatoria deducida contra la sentencia dictada en la instancia procedimental, la procedencia de dejar sin efecto la contribución del mismo para atender las necesidades alimenticias de la hija del matrimonio al haber alcanzado la mayoría de edad y haber accedido al mercado laboral.

La valoración de la prueba practicada refleja la mayoría de edad de la hija del matrimonio, y la no culminación de sus estudios de formación profesional en el ramo de Hostelería y Turismo, especialidad de coci-

na, tal como infiere de la documental obrante en autos y de la propia manifestación vertida por el esposo en la práctica de la confesión judicial, al contestar la posición séptima, lo que conduce a entender la concurrencia de los presupuestos legales del art. 93.2 del CC, para el mantenimiento de la prestación alimenticia, sin que el hecho de haber trabajado durante unos tres meses al objeto de poder contribuir a los gastos de su formación deba entenderse dentro del concepto de la llevanza de vida económicamente independiente que exima al progenitor de atender sus necesidades alimenticias.

5. *Aunque no se hubiese decretado judicialmente la obligación alimenticia, aplicando la teoría del enriquecimiento injusto, procede condenar al padre a que abone a la madre la mitad del importe de los gastos de alimentación de los hijos desde que se disolvió la sociedad de gananciales hasta que fueron alcanzando independencia económica.*

AP ASTURIAS, Sec. 6.^a, Sentencia de 16 de abril de 1999.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a M.^a Elena Rodríguez-Vigil Rubio.

La madre ejercita acción de reclamación de la cantidad de 3.650.000 ptas. o la mayor que resulte de la prueba, importe de la mitad de los gastos sufragados en exclusiva por ella para hacer frente a las necesidades de alimentación de los siete hijos habidos entre las partes, desde la fecha de la disolución de su sociedad de gananciales —14 de julio de 1983— hasta la sucesiva de independencia de los citados hijos y ello con fundamento en la obligación establecida en los arts. 1318, 1319, 1438 y 1440, todos del Código Civil, así como en la doctrina del enriquecimiento injusto, pretensión a la que se opone el esposo en su contestación, a más de por reputar prescrita la acción de reintegro, por estimar inexistente el crédito, al no haberle sido exigido en su momento así como por reputar que, en todo caso, su carencia de ingresos en tal período le exoneraba de la obligación de contribuir a las necesidades de la familia, tesis esta que, una vez desestimada la excepción de prescripción, en pronunciamiento que ha devenido firme en esta alzada, es acogida en la recurrida, lo que determinó igualmente la desestimación de la demanda, frente a cuyo pronunciamiento se alza exclusivamente el recurso de la actora reproduciendo idéntica pretensión.

Respecto a la pretensión de reintegro basada la obligación de contribución a las cargas del matrimonio que imponen a los cónyuges los preceptos del C.Civil citados como infringidos en el primero de los motivos de impugnación, ha de llegarse a idéntica

conclusión desestimatoria a la consignada en la recurrida, aunque ello lo sea parcialmente por distintos fundamentos. En efecto ha de partirse, en contra de lo razonado en aquella, de reputar acreditado que el importe de los gastos de alimentación, en su más amplio sentido, satisfechos en exclusiva por la actora con bienes propios, desde la disolución de la sociedad legal de gananciales habida con el demandado hasta la independencia de los hijos comunes de ambos, ascendió a la cantidad alegada con carácter principal, esto es a 7.300.000 pts., dado que así expresamente lo reconoce como cierto el propio demandado al absolver la posición primera de contrario formulada. Cantidad la citada frente a la que no puede prevalecer, como ahora se pretende con carácter principal en el recurso, la superior a que llega el perito judicial en su informe no ya solo por estar esta última calculada sobre bases teóricas, sino muy especialmente porque se trata de gastos ya sufragados o pasados y no futuros de ahí que, en todo caso, no puede solo en base al citado informe pericial desconocerse la cantidad invocada por la parte que hizo frente a los mismos, al ser la mejor conocedora de su real extensión.

Ahora bien, de ello no puede sin más concluirse la obligación de reintegro por parte del demandado de la mitad de su importe ya que aunque pueda aceptarse igualmente que el esposo en la época en que se devengaron tales gastos de alimentación de los siete hijos comunes no carecía de ingre-

sos, pues cuando menos hubo de tener los suficientes para subvenir a sus propias necesidades y era propietario de una cuota abstracta sobre el patrimonio que había sido ganancial y que en la liquidación se materializó en un activo a su favor, al que ha de hacer frente la actora, por exceso de adjudicación, de 4.515.518 pts., ello no obstante al éxito de la acción de reembolso se opone la circunstancia de que en ningún momento anterior al presente hubiera sido exigido judicialmente el cumplimiento por el padre de la obligación de contribuir a las cargas del matrimonio, más propiamente a las necesidades alimentarias de sus siete hijos, teniendo en cuenta que según lo dispuesto en el art. 148 del C.Civil, la obligación legal de alimentos entre parientes, aunque nace desde que concurren los presupuestos legales establecidos al respecto y desde ese momento puede exigirse su cumplimiento, ello no obstante, para que pueda hablarse de incumplimiento de tal obligación, es necesaria su previa reclamación judicial, pues expresamente el citado art. establece que "...no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda", lo que tanto quiere decir como que la obligación de prestar alimentos carece de efecto retroactivo dado que los mismos están concebidos para subvenir a necesidades presentes y futuras del alimentista, por ello la pretensión de reintegro no puede tener su apoyo en el incumplimiento por el demandado de las obligaciones impuestas por los preceptos invocados en su apoyo y en tal sentido procedería la confirmación del pronunciamiento desestimatorio de la recurrida.

Ello no obstante, la actora basó igualmente su pretensión de reembolso por el demandado de la cantidad objeto de reclamación en la doctrina del enriquecimiento injusto, acción esta sobre la que la recurrida guarda absoluto silencio en un claro defecto constitutivo de incongruencia omisiva y que, teniendo en cuenta las particulares circunstancias concurrentes, debe reputarse ampara en este supuesto tal pretensión, sin que a la misma alcance la excepción de

prescripción invocada, pues la propia jurisprudencia, a cuya creación responde esta institución, ha tenido ocasión de señalar que el plazo aplicable a su ejercicio es el de 15 años (cf. en tal sentido las sentencias del TS de 19-12-1986 y 5-10-1985, entre otras), ni suponga tampoco obstáculo a su actual planteamiento y consiguiente enjuiciamiento el hecho de que no le hubiera sido reclamada al demandado tempestivamente la obligación de contribución a las necesidades de alimentación de sus hijos, tanto porque es hoy doctrina jurisprudencial consolidada la que tiene declarado que esta acción no tiene carácter subsidiario (cf. Sentencias del TS de 19 y 20 de mayo, ambas de 1993), de ahí que no venga supeditado su éxito a la inexistencia de otro recurso legal, cuanto porque, por las especiales circunstancias concurrentes, resulta justificada la ausencia de ejercicio de la acción reclamando alimentos en su momento, debido a la carencia de prueba o reflejo documental de los ingresos que pudo percibir el demandado por su trabajo, según este viene a reconocer al absolver la posición 9.^a, así como a la especial sujeción que la vivienda familiar, único bien ganancial, tenía mientras los hijos carecieron de independencia económica, dado el régimen legal de atribución establecido al respecto en el art. 96.1.º del C.Civil.

Esto sentado, sabido es que la jurisprudencia del TS (cf. Sentencias de 19 de diciembre de 1996 y 20 de octubre de 1994, entre otras) ha perfilado los requisitos que deben concurrir para la viabilidad de toda pretensión de enriquecimiento injusto y los concreta en los de existencia de una ventaja patrimonial. Por parte del demandado, la correlativa existencia de un empobrecimiento de la actora que sea consecuencia de aquella ventaja y la falta de una causa justificativa del enriquecimiento. Requisitos que aquí han de reputarse concurrentes si se tiene en cuenta que es un hecho indiscutido y, en todo caso, plenamente acreditado con la prueba obrante en autos, que la esposa hubo de ponerse a trabajar, en fechas coincidentes con la disolución de la sociedad de ganan-

ciales, pese a que carecía de cualquier cualificación profesional, haciendo frente con los ingresos provenientes de su trabajo a todos los gastos de sostenimiento de la numerosa prole, y ello en lugar de realizar el patrimonio común, representado prácticamente en exclusiva ya entonces por la vivienda que constituía el domicilio familiar, actuación esta que permitió ahora al esposo, una vez cesada la vinculación legal que la citada vivienda tenía, a cubrir las necesidades de habitación de los 7 hijos del matrimonio, instar la liquidación correspondiente de la que resultó un activo patrimonial para el citado de 4.515.518 ptas., en que se materializó su participación en la comunidad postganancial y a la que la esposa ha de hacer frente al haberle sido adjudicada la citada vivienda. Activo patrimonial que por ello ha de reputarse solo fue posible mantener en base a la actuación de la esposa, haciendo frente en exclusiva a obligaciones que eran comunes de la citada y del demandado y de las que este se desentendió sin causa justificativa al-

guna, dado que se reconoce por él en confesión que tenía amplia experiencia laboral y ningún impedimento para desempeñar un trabajo, de donde surge la existencia de una evidente relación de causalidad entre el enriquecimiento del demandado, percibiendo íntegra su cuota correspondiente de la comunidad postganancial indivisa sin deducción alguna de los gastos sufragados por la esposa en interés de la familia con posterioridad a su disolución y el empobrecimiento de esta última al tener que hacer efectiva tal participación, así como, por último, la ausencia de justa causa en ese desplazamiento patrimonial, pues no existe norma alguna que ampare el mismo, antes al contrario, las invocadas por la actora en su demanda, concretamente los arts. 1318, 1319, 1438 y 1440, todos del C.Civil, consagran el principio de corresponsabilidad de ambos cónyuges en los gastos sufragados exclusivamente por la actora y cuyo reintegro vía acción de enriquecimiento injusto postula.

V. PENSIÓN COMPENSATORIA

1. *Procede fijar una pensión compensatoria en el divorcio cuando en el procedimiento de separación se fijó una pensión —que ahora se extingue— en concepto de contribución a las cargas del matrimonio.*

AP PONTEVEDRA, Sec. 1.^a, Sentencia de 11 de marzo de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Jaime Carrera Ibarzábal.

Ciertamente y por regla general, el momento cronológico a tomar en consideración, para estimar si se produce desequilibrio económico respecto a uno de los cónyuges y por ello un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, como factor elemental al que el art. 97 del Código

Civil vincula la concesión de la pensión compensatoria, lo determina el del momento en que efectivamente se produjo la ruptura o cese de la convivencia conyugal y comienza la vida separada e independiente de cada consorte. Pero ello no excluye que, en circunstancias excepcionales, pueda tomar-

se como momento de referencia otro posterior, como puede ser el de la propia sentencia de divorcio, amparando el desequilibrio alguno de los contenidos de la resolución judicial que resuelve la acción divorcial, normalmente, y como ocurre en el supuesto de litis, la extinción del derecho a alimentos y no el hecho de las posibles modificaciones de fortuna operadas por las partes con posterioridad a la sentencia de separación.

No se desconoce que en el juicio de separación matrimonial promovido por la esposa no ejercitó acción concreta destinada a obtener pensión compensatoria, por lo que la sentencia dictada en dicho procedimiento no acogió pronunciamiento de fondo al respecto. Pero tampoco cabe olvidar que en su escrito de demanda la esposa actora venía a solicitar, entre otros pedimentos, “se señale al esposo, como contribución a las cargas de la familia y en concepto de alimentos para la esposa e hijos, la cantidad de 300.000 pesetas mensuales”; que la sentencia condenó al esposo demandado “a que, en concepto de contribución al levantamiento de las cargas familiares, pague a su esposa la cantidad mensual de 170.000 pesetas” y, finalmente que, uno de los parámetros que sirvió de referencia al Juzgador para la fijación de tan importante suma, lo fue, precisamente y así se expresa literalmente en el cuarto de los fundamentos jurídicos de dicha resolución, el que “la esposa no ha solicitado el estable-

cimiento de una pensión compensatoria”. La conclusión valorativa que se alcanza a partir de tales premisas no puede ser otra que la que el derecho a la pensión compensatoria no fue denegado, sino simplemente omitido por ausencia de postulación formal y que ni siquiera fue renunciado, por cuanto de los términos de la demanda de separación se infiere que se solicitaba una cantidad para alimentos de la esposa, de suerte que, en definitiva, ha de entenderse, en lógica interpretación que, dentro de la suma concedida en la sentencia de separación en concepto de levantamiento de cargas familiares, estaban comprendidas así la relativa a subvenir a las necesidades de los hijos del matrimonio, como la destinada a la cobertura de los alimentos de la esposa, que venía a sustituir la que se hubiera concedido en calidad de pensión compensatoria, de suerte que la supresión de la cantidad mensual asignada como obligación al esposo, si bien perfectamente ajustada a derecho en aquella magnitud que correspondiere a los hijos (en la medida en que se ha producido su independencia económica), no deviene tal en cuanto a la proporción que correspondiere aplicar a alimentos de la esposa, por lo que la supresión total o absoluta, hace resurgir la situación de desequilibrio respecto de la esposa, máxime cuando no se han experimentado trascendentes variaciones en la situación patrimonial (o al menos no se ha acreditado en la litis) de los esposos.

2. *Pensión compensatoria concedida por un plazo de tres años.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 2 de marzo de 1999.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Carmen Val Suárez.

Reconocido el derecho de la esposa a recibir pensión compensatoria, habrá de acu-

dirse también al artículo 97 del CC, que contiene una serie de parámetros, de carác-

ter orientativo, para cuantificar monetaria y temporalmente el derecho a percibir pensión compensatoria.

Consta en autos que la actora, hoy apelante, dispone de un domicilio propio en el que residir, que no va a tener en el futuro dedicación a la familia, pues no hay hijos de su matrimonio, que el esposo por contra sí tiene que sostener a los dos hijos nacidos de su primera relación matrimonial, habiendo fallecido su primera esposa, que la duración del matrimonio fue de apenas tres años, siendo de resaltar que el artículo 97 del CC, habla de convivencia conyugal, no marital, que doña María se encuentra, si no cualifi-

cada, sí capacitada para desarrollar un trabajo, como lo acredita su historial dentro de la rama del automóvil.

Está probado que se encuentra realizando estudios por lo que en atención a todas esas circunstancias, la Sala entiende que la cantidad señalada en la instancia es acorde con los parámetros anteriormente citados, y su edad, nació en 1952, no se revela como un obstáculo insalvable para conseguir un empleo en un futuro cercano, añadiéndose al plazo de dos años concedido por el Juzgador “a quo” otro más (es decir tres años) que servirá a la esposa para completar su formación.

3. *No cabe fijar limitación temporal a la pensión compensatoria.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Sentencia de 27 de enero de 1999.

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

El apelante combate el pronunciamiento de la pensión compensatoria solo en cuanto a su limitación temporal, o sea su extinción automática el 23 de mayo de 1999, que consideró no ajustado a Derecho.

Ya en la sentencia de separación dictada en segundo grado, de fecha 5 de junio de 1998, por esta Sala se decía en su fundamento de derecho quinto que no cabría hacer pronunciamientos en función de “futurismo” incompatible con la seguridad jurídica, causa por la que se revocó parcialmente la sentencia de instancia en cuanto a la limitación temporal de la pensión compensatoria, y que ahora conlleva a revocar la limitación temporal de la pensión compensatoria de la sentencia de divorcio, en tal materia, por cuanto abundando en el argumento de la resolución anterior, cabe decir que si bien el

art. 97 CC no excluye pronunciamientos limitativos de tiempo en la concesión del derecho, sin embargo en una interpretación sistemática de los arts. 101 y 100 CC, hay que concluir que solo se extinguirá o rebajará la pensión compensatoria en virtud de hechos futuros concretos, cuales son o la desaparición del desequilibrio económico, la vida marital o el matrimonio del acreedor; hechos que no cabe “presumir” al dictar la declaración del derecho a pensión por desequilibrio sino en virtud de hechos posteriores alegables en nuevo proceso de extinción de derecho, con todas las garantías de contradicción, representación, defensa y prueba del contrario cual exige el principio constitucional del art. 24 CE. Precepto que junto a los anteriores del CC, citados, conlleva a revocar la sentencia en tal punto.

4. *No procede fijar pensión compensatoria teniendo en cuenta la joven edad de la esposa, la inexistencia de hijos, la escasa duración de la convivencia y la capacidad de la solicitante para el trabajo por cuenta ajena o propia.*

AP LLEIDA, Sec. 1.^a, Sentencia de 19 de marzo de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Andreu Enfedaque Marco.

Solamente procede el señalamiento de dicha pensión en los supuestos en que la separación o divorcio sitúe a uno de los cónyuges en situación de inferioridad respecto de aquella que disfrutaba constante matrimonio. En el caso que nos ocupa, la Sala, cual ha resuelto en multitud de supuestos análogos, la considera improcedente atendiendo a las circunstancias siguientes:

a) La joven edad de la esposa (treinta y cuatro años). b) La reducida duración de la convivencia matrimonial (seis años hasta la separación efectiva). c) La ausencia de hijos comunes. d) La capacidad de la solicitante para el trabajo por cuenta propia o ajena, al ser, como afirma en la propia demanda, titular de una empresa avícola. e) La inexistencia de diferencias sustanciales de incremen-

to o disminución de fortuna entre marido y mujer atendiendo a la situación anterior al matrimonio, conclusión a la que, contra el criterio de la Sra. Juez de 1.^a Instancia, llega la Sala, al menos en cuanto a apreciar una diferencia significativa al respecto. f) La circunstancia de que se ha atribuido en la sentencia a la esposa el uso no solamente de la vivienda conyugal sino también de los muebles usados por la pareja durante su convivencia. Todo lo cual debe llevar a que ambos cónyuges deban afrontar su vida en soledad por sus propios medios y sin que deba establecerse en perjuicio de ninguno de ellos una carga adicional frente al otro derivada de su reducido período de convivencia. Procederá en tal sentido la estimación del recurso y la revocación de la sentencia de instancia.

5. *Concesión de una pensión compensatoria a pesar de que la esposa realiza una actividad de economía sumergida.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 19 de febrero de 1999.

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

De la conjunta valoración de la prueba y en base al principio de inmediación, el Juz-

gador “a quo” ha llegado a la convicción de que la esposa realiza trabajos de confección

para una camisería; mas es lo cierto que no obstante lo dicho habida cuenta que realiza una actividad de economía sumergida, que se desconocen los ingresos que pueda obtener por ello y que el propio esposo reconoce que “no es una cosa fija”... “que el repartidor puede ir dos días seguidos, otras veces puede estar sin ir dos días, depende” igualmente considera la Sala la inseguridad material y económica que debe padecer la esposa al no ser fija y que depende en definitiva de lo que quiera darle la camisería. Así las cosas no se deben olvidar tampoco las circunstancias antecedentes a la demanda de separación, ya que se trata de un matrimonio que ha durado unos 20 años y la esposa dejó de trabajar al contraer matrimonio, que la principal fuente de ingresos ha sido el sueldo del marido haciendo frente a los gastos de la familia, la dedicación de la esposa al hogar, marido e hijo, así como la atribución de uso del domicilio conyugal a la esposa

por un plazo de 5 años desde la fecha del auto de medidas provisionales de 1 de abril de 1997, debiendo entonces ponerlo a disposición del demandado y salir ella del mismo, medida que la sentencia de instancia mantiene y no ha sido impugnada, con lo cual tendrá que abandonar el domicilio en abril de 2002, todo ello hace deducir que a la esposa la separación le ha producido un desequilibrio económico que se debe corregir y compensar de conformidad con el artículo 97 del Código Civil, debiéndose fijar, en contra de lo dispuesto por el Juzgador “a quo”, una pensión a su favor de 30.000 pts. mensuales para guardar proporcionalidad con los ingresos del marido que también debe abonar 30.000 pts. en concepto de alimentos para su hijo. Todo ello sin perjuicio de que sobrevenidas nuevas circunstancias pueda instarse la modificación de medidas correspondiente.

6. *Dentro del art. 101 del CC no cabe comprender las relaciones que aun teniendo cierta intimidad e incluso cohabitación más o menos pasajera, no tiene el carácter similar al conyugal, cual es carecer de unión regular con comunicación personal y de intereses.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Sentencia de 27 de enero de 1999.

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

La apelante combate el pronunciamiento sobre la pensión compensatoria a favor del esposo y a cargo de la esposa, ya que considera haber quedado extinguida por la convivencia “more uxorio” del demandado con determinada mujer.

La peculiaridad de los presentes autos de divorcio seguidos ante el Juzgado n.º 3 de Primera Instancia de Sant Feliu de Llobregat radica en que la esposa ejercitó la acción

de disolución del matrimonio al amparo del 86.2 CC cuando todavía no había recaído sentencia en pleito de separación a instancia de la misma —ante el Juzgado n.º 2 de Gava—, contra su esposo, dando así origen a que se siguiesen dos pleitos ante dos juzgados distintos en forma paralela y simultánea, y aunque la causa “pretendi” era distinta en uno y otro proceso, en ambos se reproducían muchas de las medidas comple-

mentarias discutidas, entre ellas la controvertida pensión compensatoria a cargo de la esposa y a favor del esposo. Recayó sentencia de primer grado de separación en 23 de mayo de 1997, que en la medida quinta declaró el derecho del esposo a recibir una pensión compensatoria de 300.000 pts. mensuales, con actualizaciones del IPC anual, pero que se extinguía a los dos años contados desde la fecha de esa resolución, pronunciamiento que en segunda instancia fue revocado parcialmente por sentencia de 5 de junio de 1998, dejando sin efecto la limitación del tiempo de dos años, argumentando entonces el fundamento tercero que la tesis de haberse preconstituido una circunstancia extintiva del derecho a pensión compensatoria (como era el mantenimiento de supuesta vida marital del esposo, en sede del art. 101 CC), carecía de rigor y entidad, ya que nunca un derecho puede declararse “preextinguido” al resultar la extinción de toda facultad o expectativa integrada en el haber jurídico de un sujeto de derecho, lo que únicamente es procedente una vez pronunciada y afirmada en el patrimonio de su titular, pues solo con posterioridad a su definición puede invocarse una causa extintiva del derecho, contemplada en la norma que jamás, y así se reitera, puede ser aplicada con anterioridad a la propia configuración del derecho; punto de partida de cualquier motivo de impugnación por inexistente o improcedente. Es por ello que las partes, partiendo ahora del derecho reconocido por la Sala en sentencia de apelación, reproducen sus peticiones en proceso de Divorcio sobre la pensión compensatoria, que la sentencia de primer grado de fecha 27 de enero de 1998 reitera en su medida cuarta “concediendo el derecho del esposo a recibir de la esposa la suma de 300.000 ptas. mensuales (...) que quedaría extinguida automáticamente el 23 de mayo de 1999; sobre cuya existencia y contenido formulan las partes sus respectivos motivos de impugnación: a) La esposa por entender haber concurrido circunstancia extintiva del derecho por convivencia marital del esposo en forma de pa-

reja estable con una tercera persona en el domicilio de C/ Laureano Miró de Sant Feliu de Llobregat. Convivencia que se inició constante matrimonio (...) y que perdura hoy, y b) El esposo, negando la relación imputada, y combatiendo a su vez, la limitación temporal del derecho a pensión compensatoria. Tales cuestiones son el objeto del presente recurso.

La “questio decidendi” del presente recurso se contrae a saber si ha quedado probada o no la convivencia en pareja estable del esposo con una tercera persona. Invoca la recurrente los informes aportados del Detective Privado, el testimonio de uno de los hijos de las partes, y el de una amiga y vecina. A tal material probatorio se opuso el apelado, en base a no haber alegado en divorcio la causa de extinción de la pensión compensatoria, ni hechos nuevos que así lo abonen. La sentencia apelada, en el Fundamento jurídico sexto, pone de relieve el claro y esencial antecedente de la separación dictada hacía apenas ocho meses, que tuvo una copiosa prueba, y vuelve a declarar el derecho del demandado a percibir de la actora la suma de 300.000 pts. mensuales, cuyo mantenimiento estima procedente atendiendo a que las medidas adoptadas en sentencia de separación, por su carácter definitivo, despliegan toda la eficacia de cosa juzgada, y no parecía haber concurrido modificación excepcional por cambio de circunstancias tenidas en cuenta para establecerlas. Ciertamente hay que mantener tal apreciación pues del conjunto de las declaraciones de la testigo D.^a Carmen, ni del testimonio del hijo, ni tampoco del informe del Investigador privado no cabe apreciar la existencia de la convivencia marital alegada, toda vez que el hijo se limita a decir ser cierta la pregunta undécima sobre convivencia del padre pero sin facilitar ni aclarar datos relativos a la duración e intensidad de esas relaciones. En igual sentido la testigo nada aporta, y en cuanto a los informes de Detectives, solo dan constancia de circunstancia de presencia de la tercera persona, en

determinados días, en el domicilio del esposo, no quedando acreditado por ese conjunto probatorio la existencia de relaciones proyectadas en actos permanentes ante los miembros de la comunidad, que sean equivalentes a verdadero matrimonio, o comunidad de vida, que es la “ratio essendi” del concepto de relaciones “more uxorio” requerido por la jurisprudencia para estimar la causa de extinción del derecho a pensión compensatoria, pues ante todo, dentro de aquella expresión, no cabe comprender las relaciones que aun teniendo cierta intimidad e incluso cohabitación más o menos pasajera, no tienen el carácter similar al conyugal, cual es carecer de unión regular con comunicación personal y de intereses, que la “vida marital” “de factum” ha de venir adornada con los mismos efectos que contempla el art. 67 y 68 del CC, lo cual siendo una situación similar a la vida matrimonial normal,

ha de reflejarse “ad extra” en actos que inequívocamente supongan una comunidad de vida entre hombre y mujer, lo cual no queda probado en los autos por las declaraciones de los testigos, ni menos por la presencia de la tercera persona en el domicilio del demandado, ya que falta el acatamiento de tal situación de “pareja estable”, en modo alguno reflejado en acto de la vida social, pues no hay en todo el informe de Agencia de detectives testimonio de ningún vecino (ni siquiera designado por sus propios datos de identidad), que hayan declarado en tal sentido, sino simples referencias a afirmaciones de vecinos no identificados, recogidos por el investigador; lo cual no constituye prueba suficiente para acreditar el supuesto de hecho de la norma del art. 101 del CC. Consecuentemente el motivo del recurso de la actora no puede prosperar.

7. *Procede declarar extinguida la pensión compensatoria cuando ha quedado acreditado que la esposa ha mantenido y mantiene con otra persona una convivencia y unión afectiva o sentimental que va más allá de las esporádicas estancias, la buena amistad o la relación de noviazgo que ella misma reconoce.*

AP VALLADOLID, Sec. 1.^a, Sentencia de 18 de marzo de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Sendino Arenas.

En orden a lo que constituye el verdadero objeto del recurso, es decir, la extinción de la pensión compensatoria por concurrir una de las causas legalmente previstas para ello, concretamente la que se refiere a la convivencia marital con otra persona (último inciso del art. 101 CC), la Sala, tras una valoración conjunta y en sana crítica de toda la prueba practicada, tanto en la instancia como en esta alzada (se destaca el Informe de Investigación privado, testificalmente ratifi-

cado por su autor, los reportajes fotográficos y videográfico, y el testimonio del Sr. R., también las confesiones prestadas por ambos litigantes y testificales de las hijas del matrimonio), llega a una conclusión distinta de la plasmada por la Juez en su Sentencia. Y es que, partiendo de la dificultad que siempre entraña obtener una prueba directa y contundente sobre la realidad de una convivencia de esa naturaleza, pues los interesados de ordinario pretenden su ocultación,

lo cierto es que el actor recurrente ha traído a los presentes autos datos y elementos probatorios suficientemente demostrativos de que la esposa, beneficiaria de la pensión, ha mantenido y mantiene con otra persona una convivencia y unión afectiva o sentimental que va más allá de las esporádicas estancias, la buena amistad o la relación de noviazgo que ella misma reconoce, pues claramente viene revestida de características de habitualidad y estabilidad así como de confianza, familiaridad y mutua ayuda, que a todas luces es equiparable a la relación y convi-

vencia existente entre cónyuges en una unión matrimonial ordinaria o normal, por lo que, a juicio de la Sala, constituye la convivencia marital que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 101 CC, justifica la extinción de la pensión compensatoria. Conclusión que no queda desvirtuada ni por el testimonio prestado por las hijas del matrimonio que conviven con la madre y reconocen sus malas relaciones con el padre ni por el hecho, meramente formal y administrativo, de que la persona en cuestión se halle empadronado en una localidad distinta.

VI. CUESTIONES PROCESALES

1. *Teniendo en cuenta la residencia de los cónyuges en distintas ciudades, la competencia para el conocimiento de la demanda de separación la tiene el juzgado del domicilio en el que se encuentra el mobiliario familiar y la ropa personal de la esposa demandada, y donde el menor asistió con regularidad a la guardería.*

AP JAÉN, Sec. 1.ª, Sentencia de 25 de febrero de 1999.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Lourdes Molina Romero.

La cuestión se suscita a la hora de determinar cuál ha de ser el último domicilio del matrimonio, pues mientras que la demandada mantiene que fue Barcelona, el actor considera que fue Bailén. Resulta difícil precisar el concepto exacto de domicilio, sobre todo cuando el legislador utiliza términos conexos aunque no exactamente coincidentes como son el de domicilio y residencia. También la jurisprudencia ha encontrado dificultades en este sentido acudiendo a veces a términos de estancia o permanencia como el de la habitualidad. Aparte del domicilio constitucional, a que se refiere el art. 18.2 de la CE (STS 30-12-1992 y las que en ella se citan).

Pues bien, en el supuesto enjuiciado puede servirnos ese criterio de habitualidad y permanencia para inferir, en consonancia con las pruebas practicadas, cuál ha de ser el domicilio conyugal. A la vista de los documentos aportados en las actuaciones se puede concluir que fue Bailén el lugar donde el matrimonio tuvo su último domicilio. Así, es un hecho admitido por ambas partes, como no podía ser de otro modo, que el matrimonio se contrajo en ... (Barcelona). Posteriormente el esposo fue trasladado a Bailén, y D.ª Ana María a la ciudad de Ceuta, donde reside desde el 19 de junio de 1995. No obstante esa residencia se configuró inicialmente con carácter eventual, porque de otro

modo no se concibe que en Ceuta D.^ª Ana María viviera en una residencia de soltera, compartiendo habitación con otra mujer y no solicitara pabellón hasta el 15 de marzo de 1996. Mientras tanto D. Juan tenía adjudicado dicho pabellón familiar en Bailén desde el 28 de julio de 1995. Es cierto que en esta última ciudad, según la certificación emitida por el Excmo. Ayuntamiento, D.^ª Ana María permaneció de manera eventual y esporádica. De hecho ya se había empadronado en Ceuta, pero el domicilio conyugal era Bailén, porque allí estaba el mobiliario familiar e incluso la ropa personal de la demandada, según admitió en la confesión a su cargo. Y lo que es más importante, el hijo de ambos estuvo en Bailén durante ese tiempo, asistiendo con regularidad a la Guardería durante el curso 96/97. Otro indicio de gran interés lo constituye la domiciliación de la nómina que D.^ª Ana María hizo en una

sucursal de “Caja de Ahorros M.” en Bailén, y sobre todo que en el Certificado Médico emitido a su instancia tras sufrir un aborto D.^ª Ana María manifestó que su domicilio conyugal estaba en Bailén en el Destacamento de Tráfico, donde solicitó se le concediera prórroga de residencia eventual para continuar su tratamiento.

Todos estos datos vienen a corroborar la tesis mantenida en la demanda, que después acogió la sentencia respecto al domicilio conyugal, que no es otro que la ciudad de Bailén. De ahí que no prospere la declinatoria interpuesta, resultando indiferente a los efectos que nos ocupan que las Medidas Provisionalísimas se instaron en los Juzgados de Ceuta. No solo por su carácter provisorio, sino porque, conforme al art. 1884 de la LEC, en la adopción de aquellos no podrán plantearse cuestiones de competencia.

2. *No procede declarar la nulidad del emplazamiento practicado en el domicilio de la madre del demandado que, debido a su profesión, no tenía domicilio fijo.*

AP MADRID, Sec. 22.^ª, Sentencia de 23 de marzo de 1999.

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

Denuncia, ante la Sala, la dirección Letrada de la parte apelante los defectos y omisiones que se dicen padecidos en el emplazamiento de dicho litigante, en cuanto si se desconocía el paradero del mismo debió emplazársele por medio de edictos y no en el domicilio de su madre, quien, por otro lado, se excusó de firmar la correspondiente diligencia y no dio traslado de la documentación recibida al demandado. Y sobre dicha base alegatoria se acaba por suplicar del Tribunal la declaración de nulidad de todo lo

actuado ante el Juzgado “a quo” desde la referida diligencia de emplazamiento. Y a tales términos constreñido el debate litigioso en la alzada, pues el recurrente no hizo extensiva su impugnación, con carácter subsidiario, a los pronunciamientos contenidos en la sentencia apelada, y la contraparte acaba por interesar la desestimación de la antedicha pretensión anulatoria, procede dar respuesta judicial a la problemática procesal suscitada, a la luz de la doctrina emanada de la vigente legalidad en la materia, en su pro-

yección sobre las circunstancias que en el caso han concurrido.

En el encabezamiento del escrito rector del procedimiento la demandante expone que el esposo, por su actividad profesional de vendedor ambulante, carece de domicilio fijo en el que pueda ser localizado, interesando su emplazamiento en el domicilio de su madre, como familiar más cercano.

Trata de evitarse, en consecuencia y con evidente buena fe, la notificación por edictos, de escasa efectividad práctica en orden al posible conocimiento por el demandado de la litis entablada contra el mismo, y respecto de cuyo mecanismo jurídico-procesal declara el Tribunal Constitucional que, pese a no ser el mismo contrario al ordenamiento vigente, pues está expresamente previsto en el artículo 269 de la LEC, debe ser utilizado únicamente cuando no sea posible recurrir a otras medidas más efectivas. De manera que este procedimiento es siempre supletorio y, por tanto, ha de utilizarse como remedio último para la comunicación del órgano judicial con las partes, por lo que para acordar esta medida, tienen que haberse agotado todas aquellas otras modalidades que aseguren en mayor grado la recepción por el destinatario de la correspondiente cédula (STC 233/1988).

Por lo cual, y no alegándose por el hoy recurrente que la contraparte conociera otro domicilio donde poder emplazarle, además del materno, no puede, por dicha vía, llegarse a una proclamación anulatoria de actuaciones, sobre la base de una prioridad, descartada legal y jurisprudencialmente, del emplazamiento edictal respecto del practicado a través de los familiares más cercanos.

No consta, por otro lado, en la diligencia practicada en fecha veintiuno de octubre de 1996, protesta o reserva de clase alguna de la persona con quien se entendió el emplazamiento en orden a una posible ignorancia del paradero del demandado, que, en consecuencia, le impidiera el cumplimiento de la obligación de hacer llegar al hoy apelante la cédula de emplazamiento y la docu-

mentación a la misma acompañada, en los términos recogidos en el párrafo 2.º del artículo 268 de la LEC.

Ninguna virtualidad puede alcanzar, en orden al acogimiento judicial de la pretensión anulatoria deducida, la circunstancia de excusarse de firmar la persona con quien se entendió el referido emplazamiento, en cuanto, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a tenor de lo prevenido en su artículo 281.2, se entendía ya derogada la exigencia plasmada en el artículo 263 LEC respecto de la firma de dos testigos; y así acabó por recogerlo este último precepto a raíz de la reforma operada por Ley 10/1992, de 30 de abril, que suprimió su párrafo 3.º en el que se establecía la necesidad de la intervención de los testigos. El referido precepto de la Ley Orgánica dispone, con meridiana claridad, que “la plenitud de la fe pública en los actos en que la ejerza el Secretario no precisa la intervención adicional de testigos”; y ello ha de proyectarse igualmente a los supuestos de sustitución del Secretario por Oficial habilitado, según previene el artículo 282.1 de la referida Ley Orgánica, como en el caso ocurre, lo que excluye las consecuencias propugnadas por el recurrente.

De otro lado ninguna prueba aporta dicho litigante en orden a la aducida no recepción de la cédula de emplazamiento, por no serle comunicada por su madre, en cuanto ha dejado transcurrir toda la fase de tramitación del presente recurso sin actividad alguna al respecto, bien conforme a lo prevenido en el párrafo 1.º del artículo 859 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con apertura del correspondiente incidente, bien en los términos que le ofrecía, con toda amplitud y sin traba alguna, el n.º 5.º del artículo 862 de dicha Ley en orden al recibimiento del pleito a prueba en esta segunda instancia, que quizás le hubiera permitido el respaldo de un alegato, cual el antedicho, que, por ello, debe ser calificado de absolutamente gratuito, de conformidad con la doctrina emanada del artículo 1214 del Código Civil.

Y es lo cierto que el esposo tenía conocimiento, antes de dictarse sentencia, del procedimiento de separación matrimonial entablado por su esposa, según reconoce en el escrito presentado ante el órgano “a quo” de fecha 12 de mayo de 1997, en el que, sin embargo, omite toda referencia al conducto de tal conocimiento, en cuya estrategia se continúa en las ulteriores actuaciones que

culminan en el acto de la vista del presente recurso, en el que, por su dirección Letrada, no se ha realizado la más mínima referencia al “iter” de tal noticia.

Y bajo dicha pobreza, o más bien orfandad, alegatoria y probatoria no puede ser acogida una pretensión de la gravedad, en sus consecuencias jurídico-procesales, de la esgrimida.

3. *La aportación como prueba de la agenda en la que la esposa anotaba los ingresos obtenidos por las consultas atendidas en el ejercicio de su profesión en el domicilio familiar no supone una intromisión en su intimidad ni infringe el art. 18 de la CE.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 20 de marzo de 1999.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Carmen Val Suárez.

Discrepa la Sala del criterio del órgano “a quo” en cuanto a que la admisión de la agenda en la que la esposa anotaba los emolumentos percibidos por las consultas atendidas en el ejercicio de su profesión dentro del domicilio familiar sea una intromisión intolerable en su intimidad, con infracción del artículo 18 de la CE pues no puede obviarse que la materia de estudio en los procedimientos de familia requiere en la mayoría de las ocasiones del análisis de conductas y actitudes de carácter personal y de trascendencia económica o no que por su propia naturaleza no tienen pública repercusión y en no pocas ocasiones se desconocen incluso por aquellos familiares que no pertenecen al entorno más próximo de las partes, llegando en deter-

minados procedimientos, como pudieran ser los de filiación, a indagaciones de índole personalísima, para los que no se cuenta con la permisividad de la contraparte, sirva de ejemplo la frecuencia en que en “litis” de separación matrimonial se traen a los autos informes de detectives que incorporan fotografías de uno de los cónyuges con terceras personas en actitudes más o menos cariñosas, sin que dicho material probatorio se rechace por cualificarlo de intromisión en la intimidad de quienes aparecen en dichos documentos. Por tanto la Sala entiende que los documentos referidos al inicio de este fundamento jurídico no infringen el artículo 18 de la CE, y por tanto siendo de interés pueden ser admitidos como medio probatorio.

4. *No cabe solicitar en el acto de la vista la nulidad de actuaciones por quebrantamiento de las formas esenciales en el juicio, ya que ello debió efectuarse en el escrito en el que la parte quedaba instruida para la vista.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Sentencia de 15 de enero de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz.

Razones sistemáticas determinan que deba abordarse en primer término el enjuiciamiento de la cuestión sobre la nulidad de las actuaciones suscitada por la parte demandada-apelante en el acto de la vista, al denunciar infracción grave del principio constitucional del derecho a probar, por no haber sido practicadas las pruebas documentales que interesó relativas a la acreditación de los fondos de inversión, títulos valores y medios económicos de la esposa en la forma que solicitó en su escrito de proposición de pruebas, ya que la juzgadora de instancia dispuso que se librarán los oficios para certificación de los “saldos medios” de las cuentas de la esposa y no accedió a lo concretamente solicitado por la parte demandada, que se refería a la certificación de los movimientos de las cuentas bancarias, resaltando tal deficiencia cuando la prueba similar de la otra parte sí que fue admitida en este sentido, por lo que considera que se ha producido un trato discriminatorio y, en definitiva, una violación de los principios procesales que le han deparado una situación de indefensión insubsanable, por lo que solicita que se decrete la nulidad de lo actuado desde el trámite de admisión de pruebas.

La extemporaneidad de la pretensión de nulidad que formula, derivada del hecho de no haber denunciado en el momento procesal hábil para tal fin los defectos formales que alega al evacuar el trámite de instrucción, impide entrar a enjuiciar la cuestión planteada, que hubo de ser promovida ante la sala por el cauce adecuado, toda vez que

el art. 893 de la LEC establece que las cuestiones relativas al presunto quebrantamiento de alguna de las formas esenciales del juicio ha de formularse en el escrito por el que cada una de las partes se tenga por instruida para la vista, cosa que no hizo la recurrente, lo que determina que deba rechazarse la extemporánea pretensión invocada “ex novo” por la representación de la parte apelante en el acto de la vista oral del presente recurso.

No obstante lo anterior y, al corresponder al tribunal el control del cumplimiento de las normas esenciales del procedimiento por ser materia de orden público, ha de señalarse que la parte recurrente tuvo la oportunidad de solicitar en la alzada la práctica de los medios de prueba, practicados incorrectamente —a su juicio— y así, efectivamente, hizo valer su derecho que fue desestimado por auto de la sala, al considerar la irrelevancia de la cuestión suscitada para el enjuiciamiento de la causa, toda vez que la materia a resolver, la cuantía de la contribución paterna para los alimentos de un hijo menor, no precisaba de la especial prueba bancaria interesada por el demandado, más propia de la investigación penal de las operaciones de un alto financiero, que de una modesta empleada por cuenta ajena, con un salario medio de 130.000 ptas. mensuales, razón que pone de manifiesto la desproporción del medio de prueba interesado y el acierto de la juzgadora de instancia al reconducir la prueba con la solicitud de los saldos medios de las cuentas corrientes. Concorre, además, la circunstancia de que la denega-

ción de la prueba en la alzada no fue objeto de recurso en súplica por el proponente de la misma, por lo que la cuestión quedó defini-

tivamente zanjada, resultando extemporánea, cuando menos, su reformulación en el acto de la vista.

VII. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

5. *La inscripción de la sentencia de divorcio en el Registro Civil francés no puede efectuarse de oficio por el juzgado que dictó la resolución, sino que es la parte interesada la que debe solicitar el exequátur en el país correspondiente.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Auto de 22 de marzo de 1999.

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

Insiste la dirección letrada de la recurrente en que, a tenor de lo prevenido en la disposición adicional 9.^a de la Ley 30/1981, de 7 de julio, debe ser comunicada de oficio por el órgano “a quo” la sentencia que decretó la separación matrimonial de aquella y su esposo a los Registros Civiles franceses donde constan inscritos el matrimonio y el nacimiento de los hijos. Ciertamente la referida disposición adicional contiene un ineludible mandato al Juzgado que conoció del pleito de separación, divorcio o nulidad en orden a la comunicación de oficio de la sentencia a los correspondientes Registros Civiles donde constan el matrimonio de los litigantes y los nacimientos de los hijos, precepto que encuentra su correspondencia en el artículo 264 del Reglamento del Registro Civil, a cuyo tenor las inscripciones de tales resoluciones se practicarán en virtud del testimonio de las mismas remitido de oficio a dicho Registro donde consta el matrimonio. Es obvio, sin embargo, que, conforme se desprende de la propia literalidad de tales preceptos, dicha comunicación de oficio queda constreñida a las sentencias dictadas por los Tribunales civiles españoles y lógi-

camente respecto de matrimonios que figuren inscritos en el Registro Civil patrio.

Ya el propio artículo 265 del referido Reglamento viene a excluir de tal inscripción directa no sólo las resoluciones sobre nulidad de matrimonio canónico o decisiones sobre matrimonio rato y no consumado, sino también las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales extranjeros sobre nulidad, separación o divorcio, pues en tales supuestos se hace preciso su homologación por Juez Civil español competente, o, en términos generales, su reconocimiento en España conforme a lo dispuesto en las leyes procesales, lo que implica, en definitiva, la remisión al procedimiento de exequátur, como trámite previo imprescindible para la referida inscripción registral.

Nos encontramos, en definitiva, ante una de las manifestaciones o consecuencias del principio general de respeto a la soberanía de cada Estado en el orden jurisdiccional, en cuanto derivada de lo prevenido, entre otros, en los artículos 117.3 de la Constitución, 21 y ss. de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 51 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ello no implica que las sentencias dictadas por los Tribunales de otros países no puedan tener eficacia en nuestro país, ni que queden excluidas de tal efectividad fuera del territorio español las emanadas de la jurisdicción de nuestro país; sin embargo tales posibles consecuencias jurídicas no son directas o inmediatas, en cuanto ello supondría la invasión de la referida soberanía de cada nación, que ha de tener un imprescindible control, más o menos riguroso, respecto de las resoluciones judiciales emitidas en otro país y que pretenden hacerse valer y ejecutar en aquélla.

Y así surge la necesidad del exequátur, al que se refieren, con carácter general, los artículos 951 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que remite, en orden a la efectividad de las sentencias firmes pronunciadas en países extranjeros, a lo establecido, en primer término, en los respectivos tratados internacionales, al principio de reciprocidad, en segundo lugar, y, en último término, a la concurrencia de los condicionantes exigidos en el artículo 954. En el ámbito del derecho matrimonial, el párrafo 2.º del artículo 107 del Código Civil previene que las sentencias de separación y divorcio dictadas por Tribunales extranjeros producirán efectos en el ordenamiento español desde la fecha de su reconocimiento conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

De lo expuesto se deduce la absoluta inviabilidad de la pretensión deducida por la parte apelante que conduciría, de ser estimada, a un lógico rechazo de la inscripción pretendida por los correspondientes organismos de la Nación vecina encargados del correspondiente Registro del estado civil, pues sólo podrían acceder a ello en virtud de una previa homologación por los Tribunales de dicho país de la sentencia de separación matrimonial a que se refiere el incidente hoy sometido a la consideración de la Sala, conforme a lo prevenido en el Convenio suscrito entre el Gobierno español y la República francesa en fecha 28 de mayo de 1969.

No incumbe, a tenor del articulado de dicho convenio, al Tribunal que dictó la resolución que pretende ejecutarse en otro país la iniciativa, en orden a la petición del exequátur, que lógicamente viene reservada a la parte que pretenda el reconocimiento (art. 15), debiendo aquél únicamente facilitar al litigante los documentos necesarios, en los términos recogidos en tal precepto. En consecuencia no puede accederse a la actividad jurisdiccional propugnada por el apelante, que sobre colisionar con las más elementales normas del derecho internacional privado, conduciría, y precisamente por ello, a un resultado absolutamente estéril, en cuanto el efecto interesado, esto es, la inscripción en los Registros franceses, sólo puede lograrse en cauces procedimentales distintos del presente, y ante la Jurisdicción del vecino país.

6. *La pensión alimenticia fijada en el auto de medidas provisionales debe abonarse desde la fecha en que se rompe la convivencia en razón de las medidas acordadas.*

AP ZARAGOZA, Auto de 1 de marzo de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

La aplicabilidad del art. 148 CC a las pensiones señaladas en los litigios matrimoniales no ha sido objeto de una solución tan

uniforme como sería de desear, así, las SSAP de Madrid, de 18-3-1992, Burgos, 10-5-1993 y Baleares, 16-2-1998, se incli-

nan por una respuesta negativa, mientras que las SSAP de Vizcaya, de 10 y 24-11-1997 se han pronunciado en sentido contrario, si bien en contemplación del caso particular que se les planteaba, en el que se apreciaba un notable retraso en la adopción de las medidas por parte del juzgado.

La argumentación de la que parece partir la esposa es la de que en todo caso el devenido de los alimentos se produce siempre al menos desde su reclamación, pero tal afirmación supone una lectura poco atenta del precepto.

Como recuerda la STS de 10-11-1987, el derecho a los alimentos surge desde que los necesitare, para subsistir, la persona que

tenga derecho a percibirlos, y ocurre que tal necesidad no surge en los litigios matrimoniales sino desde que se rompe la convivencia en razón de las medidas acordadas, momento a partir del cual, y esta es la finalidad perseguida por el art. 103 CC, es necesario subvenir a las necesidades familiares en una situación de disgregación familiar, por lo que el pago de las contribuciones en él acordadas no tiene que llevarse a cabo sino cuando ésta se produce, lo que ocurrió en el presente caso, y este extremo no es discutido por la esposa, el día 19-10-1997. Si ello es así, el marido tan solo había de pagar por el mes de octubre los 12 días que faltaban hasta la siguiente mensualidad, esto es, 38.710 ptas.

7. *Habiéndose acordado que la pensión compensatoria se actualizaría conforme a la variación de los ingresos del obligado al pago, no especificándose si se trata de ingresos brutos o netos, según corriente jurisprudencial asentada hay que entender que se trata de los ingresos brutos.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Auto de 12 de marzo de 1999.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Carmen Val Suárez.

El presente incidente surge en la fase de ejecución de la sentencia de 15-12-88, cuya parte dispositiva recogía la obligación del esposo de abonar una pensión compensatoria de 75.000 pesetas mensuales a la esposa, con un criterio de actualización anual de acuerdo a la variación que experimentarían los ingresos del mismo. El fundamento jurídico cuarto de aquella resolución partía de los ingresos del esposo según las certificaciones remitidas por el Banco Hispano; en dicha sentencia no se explicita si los emolumentos del esposo habían de ser netos o brutos, por lo que a falta de concre-

ción en ese punto ha de entenderse según corriente jurisprudencial asentada que la cuantía a considerar será bruta, por lo tanto la providencia de 23-10-97, origen del auto que se recurre, ya parte de un supuesto erróneo.

En segundo lugar, aun cuando la sentencia de 15-12-88, recurrida en apelación por el hoy apelado, fue íntegramente confirmada con posterioridad y no adquirió firmeza hasta que la Sala correspondiente no resolvió el recurso, la cifra de la que ha de partirse en cualquier caso es la que sirvió de base

para la determinación de la cuantía de la pensión, y no la que estuviera percibiendo el esposo el 17-12-90 cuando la Audiencia desestimó su recurso de apelación.

Cierto es que hasta la firmeza de la sentencia de separación que se produce en la fecha indicada, mantuvieron su vigencia los efectos acordados en el auto de medidas provisionales, pero esto no impide que, llegado el momento y en cumplimiento de lo prevenido en el artículo 18 de la LOPJ, se actualizara la pensión compensatoria en

función de la cláusula establecida por la sentencia que debe ejecutarse aun cuando ésta adquiera firmeza después de verse su apelación, debiendo en cualquier momento mantenerse la misma proporción entre los ingresos brutos del esposo y la pensión de la esposa.

Por tanto si el esposo percibía en 1988 2.256.704 pesetas y a la esposa se le reconocía la pensión de 75.000 pesetas mensuales, en años sucesivos deberá permanecer invariable la proporción.

8. *Cuando las hijas mayores de edad continúan conviviendo en el domicilio familiar es ineficaz el acta notarial en que las mismas renuncian a la pensión alimenticia.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Sentencia de 25 de enero de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz.

Tampoco puede acogerse la pretensión subsidiaria de que se exonere al demandante del pago de la contribución económica a las hijas mayores de edad, por haber renunciado las mismas a la prestación alimenticia a cargo del padre por acta de manifestaciones notarial de 3-6-1996, toda vez que la prestación de contribución a las cargas que dimanen del art. 93 del CC no constituye propiamente un crédito de las hijas mayores de edad frente al padre, sino que es un crédito que pertenece directa y personalmente a la demandada, por razón de tener consigo en su domicilio a su cargo a las hijas mayores de edad que carecen de independencia económica, razón por la cual la prestación ha de ser mantenida en tanto concurren los requi-

sitos que el segundo párrafo del art. 93 del mencionado texto legal expresa. Por otra parte y aun cuando se conceptuara la prestación como un crédito directo a favor de las hijas, la naturaleza alimenticia del mismo determina que cualquier renuncia sobre los alimentos futuros adolezca del vicio de nulidad radical, tal como establece el art. 151 del CC y no genere efectos jurídicos de ninguna especie.

Tales razones determinan que deba mantenerse la cuantía de la contribución paterna a los alimentos de las hijas comunes fijada en la sentencia de instancia, en tanto éstas permanezcan con la madre y no cuenten con independencia económica.

9. *La pensión alimenticia hay que abonarla mensualmente con independencia del régimen de estancia de los hijos con el progenitor no custodio.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Auto de 26 de febrero de 1999.

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

Resulta improcedente calcular la cantidad adeudada por 11 mensualidades al año pues la contribución de pensiones alimenticias en favor de los hijos habidos en el matrimonio se entiende devengada en 12 mensualidades al año, independiente del período vacacional en que aquéllos se encuentren con el progenitor obligado al abono de tales

prestaciones de no ser que la sentencia que se ejecuta dispusiera otra cosa distinta, circunstancias que no concurren en el presente caso, a tenor de la literalidad de la disposición de la sentencia de divorcio de 14 de septiembre de 1988 como tampoco en el Convenio de 21 de septiembre de 1985, al que se remite la parte dispositiva de aquélla.

VIII. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

1. *La opción del art. 1373 no puede ejercitarse después de haber transcurrido dos años desde que el cónyuge no deudor tuvo conocimiento de la existencia del embargo.*

AP BADAJOZ, Sec. 1.^a, Sentencia de 23 de marzo de 1999.

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

El procedimiento que contempla el artículo 1373 del Código Civil es un remedio sustitutorio de la acción de tercería de dominio, puesto a disposición de la esposa en los casos que allí se contemplan. Ejercitado por la esposa cuando se le notifica el embargo de los bienes comunes, el derecho de opción que al cónyuge no deudor le reconoce el ci-

tado artículo 1373.1.^o determina el ejercicio de la disolución de la sociedad de gananciales, sin necesidad de petición alguna al Juez que conoce de la ejecución, si bien ha de procederse a la posterior liquidación del patrimonio de la sociedad para determinar los bienes, o la parte de ellos, que se atribuyen a cada uno de los cónyuges, y consecuente-

mente los bienes del cónyuge deudor que han de sustituir en la traba al bien ganancial inicialmente embargado.

Se recurre la sentencia de instancia que —dictada en el incidente de ejecución arriba reseñado— acordó alzar la suspensión del procedimiento ejecutivo, declarando no haber lugar al ejercicio del referido derecho de opción pretendido por la esposa del demandado en ejecución y promotora de aquel. Entendió el juzgador que pese a no disponerse un plazo en la ley para ejercitar aquella opción, la pretensión de la actora se ejerce tardíamente con claro abuso de derecho, lo que no debe impedir que la entidad acreedora se viera frustrada en sus expectativas de cobro.

Ciertamente, cuando el ejercicio de derecho de opción, o la práctica de la liquidación a que el mencionado precepto se refiere, se hubieren efectuado extemporáneamente, es decir fuera del plazo concedido, o del transcurso de uno prudencial, en el supuesto de que aquél no existiera, esta opción no afectaría a la ejecución para el abono de las responsabilidades contraídas, pues la desidia del cónyuge no deudor, o su mala fe, no pueden producir el efecto de impedir que el acreedor se vea totalmente frustrado en sus legítimas aspiraciones de hacer efectivo su crédito; nos encontraríamos entonces en el supuesto previsto en el párrafo 2.º del tantas veces citado artículo 1373: “si se realizase la ejecución sobre bienes comunes, se reputará que el cónyuge deudor tiene recibido a cuenta de su participación, el valor de aquellos al tiempo en que los abone con otros caudales propios, o al tiempo de la liquidación”, con lo cual no se impide la continua-

ción de la ejecución sobre el bien ganancial embargado.

En el caso de autos, la esposa promotora del incidente conocía desde hacía aproximadamente dos años la existencia del embargo, consintiendo el desarrollo del procedimiento y de sus inherentes y altos gastos, con entrada de la vía de apremio. Aunque hubiera sido de desear se hubiera fijado en su día un plazo por el órgano jurisdiccional, el transcurso de casi dos años de inactividad por parte de la recurrente presupone el abandono de la vía procesal del artículo 1373 del Código Civil, ante la evidente voluntad de que no aparezcan identificados los bienes adjudicados al cónyuge deudor, que habrían de servir como sustitutos de los comunes embargados, facilitando con ello la realización efectiva del crédito de la entidad acreedora. Ante tal actitud, se relativizan los argumentos de su dirección letrada, por más que insistiera en la ausencia de un plazo legal y la necesidad de observar el plazo prudencial que doctrina y jurisprudencia aconsejan, que se vería con creces sobrepasado por el transcurso de tiempo que la esposa dejó pasar.

Niega la recurrente la existencia de mala fe, olvidando que dicho concepto como el de la buena fe es cuestión de hecho y por tanto de la libre apreciación de los juzgadores de instancia y si bien entraña concepto jurídico, se apoya en la valoración de conductas deducidas de la base fáctica, a la que se ha aludido y que fue analizada por dicho juzgador, con cuyo criterio coincide esta Sala, no considerando se hayan aplicado erróneamente las máximas de experiencia que son las definidoras de tales conceptos de buena o mala fe (Sentencias del TS de 15 de febrero y 22 de octubre de 1991).

2. *Disuelta la sociedad de gananciales surge una comunidad postganancial que se rige por las normas de la comunidad ordinaria, siendo improcedente que en la sentencia se fijen normas de administración de un inmueble —que no constituye vivienda familiar— aplicando las normas de la sociedad de gananciales.*

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

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

Por el juzgado de instancia se dictó sentencia estimando la demanda de separación y estableciendo entre otros pronunciamientos el siguiente: En tanto no se liquide la sociedad de gananciales y a resultas de las operaciones divisorias correspondientes, la esposa quedará en el uso de la vivienda conyugal, así como de los muebles y enseres que constituyen su ajuar, previo inventario, siendo de su cargo el pago de los suministros y demás servicios de la vivienda, incluido IBI. Asimismo, los cónyuges se repartirán la utilización exclusiva de la segunda vivienda que poseen en Almuñécar (Granada) dividiendo el año en dos períodos, de enero a julio inclusive el primero, y de agosto a diciembre el segundo. Los cónyuges deberán ponerse de acuerdo en el reparto y, en caso de discrepancia, elegirá el marido los años terminados en cifra par, y la esposa los terminados en cifra impar. En cualquier caso, podrá formarse inventario de los muebles y enseres que componen el ajuar de dicha vivienda, que los cónyuges deberán dejar en la misma y mantener en buen estado de conservación. Asimismo, cada cónyuge podrá optar durante su período bien por utilizar la vivienda como segunda residencia, bien por arrendarla por temporada que no podrá exceder de su correspondiente período, y abonarán por mitad los gastos de comunidad e impuestos que recaen sobre dicha vivienda. Como contribución a las cargas del matrimonio, en tanto no se liquide la

sociedad de gananciales, el marido seguirá abonando las cuotas del préstamo hipotecario que recae sobre la vivienda de Almuñécar a salvo su derecho de reembolso contra la sociedad de lo que pagara a su cargo una vez disuelta ésta.

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 —por muerte de uno de los cónyuges o por cualquier otra causa— de la misma 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 —cónyuge supérstite y herederos del premuerto, en caso de disolución por muerte, o ambos cónyuges, si la causa de disolución fue otra— 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 los ya adoptados 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; aún 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 deben dejarse sin efecto los pronunciamientos concernientes a la vivienda de Almuñécar, y al pago de la hipoteca que grava la misma, 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.

3. *La indemnización percibida por el esposo por su cese en la relación laboral tiene carácter ganancial, ya que la misma se causó con motivo del trabajo efectuado por el esposo durante el matrimonio.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Sentencia de 11 de enero de 1999.

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

Discuten los recurrentes si la indemnización percibida por el esposo de la empresa

J.M. por valor de 2.200.000 ptas. es bien privativo o ganancial, que el fundamento ju-

rídico segundo de la sentencia apelada considera de esta última clase al igual que el fundamento quinto.

La apreciación del juzgador es correcta dado que dicha indemnización se “causó” con motivo del trabajo efectuado por el marido durante el matrimonio; es por tanto encuadrable entre los bienes gananciales, dentro del n.º 1 del art. 1347 CC y 1351 del

propio Código, sin que su percepción posterior pueda subsumirse en el apartado 5.º del art. 1346 como resarcimiento por daños a la persona de uno de los cónyuges, pues no cabe desconocer la “ratio essendi” de carácter laboral, al margen del precepto del art. 57.4.º del Estatuto de los Trabajadores 8/1980, de 10 de marzo, indebidamente invocado e interpretado. Por consiguiente el motivo ha de fenecer.

4. *Procede declarar la nulidad de la liquidación de la sociedad de gananciales y de las capitulaciones matrimoniales cuando las mismas se otorgaron para perjudicar la legítima de los herederos.*

AP ASTURIAS, Sec. 4.ª, Sentencia de 23 de marzo de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Álvarez Sánchez.

La sentencia dictada en la primera instancia estimó parcialmente la demanda y declaró la nulidad de la liquidación de la Sociedad de gananciales practicada por la demandada y su esposo fallecido, al ser la causa ilícita, si bien desestimó la solicitud de la actora de que se entendiera que su participación en la herencia de su padre era de dos tercios en pleno dominio, así como la de considerar que los bienes adquiridos por el fallecido con posterioridad a la escritura de capitulaciones matrimoniales y los capitales que se habían formado con los mismos tenían el carácter de bienes privativos. Tal solución no satisfizo a ninguna de las partes, formulando la demandada recurso de apelación en solicitud de que se declarara la validez de los capítulos en su totalidad, por inexistencia de fraude y no de justicia ser un convenio simulado o con causa ilícita, y adhiriéndose a la impugnación la actora para que se acogieran aquellos pedimentos que le habían sido rechazados.

La primera cuestión que debe examinarse es si existe o no causa de nulidad de la liqui-

dación de los bienes integrantes de la Sociedad conyugal, bien sea por simulación o bien por inexistencia de causa o ser esta ilícita. Entiende esta Sala que la aquí apelante y su esposo efectuaron la liquidación de la sociedad de gananciales y establecieron un nuevo régimen matrimonial con el único propósito de perjudicar los derechos legítimos de la actora, pues así resulta del hecho de que tratándose de un matrimonio bien avenido, y con un importante activo patrimonial y sin riesgo de contraer deudas que pudieran hacer peligrar éste al haber cesado ya la actividad comercial del esposo, establecieron el régimen de separación de bienes y dividieron algunos de los que eran comunes y omitieron la existencia de otros, adjudicando a la esposa el de mayor valor y tasándolo en dos millones de pesetas, cantidad muy inferior al que, según figura en el informe pericial, costaría en el mercado, 5.446.314 pesetas, siendo éste el concepto al que hay que atender como señalan las sentencias del TS de 17-3-89, 20-11-90 y 11-7-95. En contrapartida adjudicaron al es-

poso una parte del dinero y depósitos bancarios de que eran titulares ambos cónyuges y continuaron los dos disponiendo de esas sumas dinerarias; habiendo abonado el esposo importantes obras de reparación en la vivienda adjudicada a la aquí apelante que, según el informe pericial emitido por el Arquitecto Técnico D. Julio ascendieron a 3 o 4 millones de pesetas. Es decir que aparentaron la existencia de una separación patrimonial y continuaron subsistiendo con la puesta en común de todos sus bienes, y ello con la finalidad de defraudar los derechos legitimarios de la actora, que además en el testamento se habían reducido al mínimo posible como después se verá.

La ilicitud de la causa cuando se trata de defraudar la legítima ya la viene sosteniendo el Tribunal Supremo desde las sentencias más antiguas (S. 26-1-1900, 21-4-1928, 12-4-1944, 11-12-1957, 22-3-1961, 4-2-1964, 31-5-1980, 15-11-1985,

20-12-1985, 20-11-1990, 13-12-1993, 5-4-1994). También ha considerado este Tribunal que es lícita la causa cuando se ocultan deliberadamente algunos bienes del caudal común (S. 22-6-48 y 25-2-66, 31-5-80, entre otras).

La nulidad de la liquidación de la Sociedad de gananciales no sólo alcanza a ésta sino también a la totalidad de los capítulos, pues el régimen de separación de bienes que se estableció se hizo con la misma finalidad ilícita que aquella, no correspondiendo a la voluntad real de los intervinientes el separar su patrimonio que, como ya se ha señalado, siguieron teniendo en común y disponiendo ambos de la totalidad de sus bienes. En consecuencia no puede acogerse el motivo de adhesión al recurso que pretende que todas las sumas procedentes de la pensión de jubilación de D. Julio, y los capitales formados con ellas, eran privativos de éste.

5. *Existiendo como único bien ganancial la vivienda familiar, para su liquidación procede la venta en pública subasta, sin perjuicio de que sigan vigentes las cargas y gravámenes que sobre la misma pesan.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Sentencia de 4 de enero de 1999.

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

Establece el art. 95 del CC como efectos comunes a las sentencias de nulidad, separación o divorcio, que la sentencia firme producirá la disolución del régimen económico matrimonial respecto de los bienes del matrimonio, y si el régimen económico del matrimonio era el de gananciales ello halla relación con lo dispuesto en el mismo sentido en el art. 1392.3.º del CC, disponiendo su art. 1344 que mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos,

que le serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla, y decretada la disolución procederá la liquidación de la sociedad de gananciales de conformidad con lo previsto en los arts. 1394 y siguientes del CC, empezando por la determinación de su activo y pasivo y siguiendo para lo no previsto, según dispone el art. 1410, lo establecido para la partición y liquidación de la herencia, a cuyo efecto el art. 1062 del CC establece que cuando una cosa sea indivisible podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar al otro el exceso de dinero, precepto íntimamente re-

lacionado con los arts. 400 y 404 del CC, pues mediando la indivisibilidad, la única forma de practicar la división a la que todos los comuneros tienen derecho —art. 400 del CC— es ponerse de acuerdo para adjudicarlo a uno de ellos, y si no se logra el acuerdo, habrá de venderse repartiendo el precio obtenido.

Siendo el único bien ganancial aquella vivienda que había constituido el domicilio conyugal, elemento esencialmente indivisible, bastará que cualquiera de los partícipes pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga según prescripción del párrafo segundo del citado art. 1062 del CC, sin que ello suponga extinción alguna de las cargas que sobre el mismo pesen, ya que su venta en pública subasta supone una enajenación judicial de algo que es indivisible, pero con

aquellas mismas cargas o gravámenes que sobre el bien a subastar se hallen constituidos, en cuyo ser y estado se procede la subasta judicial.

Es asimismo objeto de apelación la pretendida inclusión en el activo de unos derechos sobre un local de negocio, sobre cuya existencia del negocio y local nada quedó acreditado en las actuaciones, y que correspondía probar a quien aquí recurre, y porque además la existencia de un arrendamiento no supone de por sí la existencia de un activo, si no se acredita que dicho arrendamiento queda referido a local de negocio susceptible de ser objeto de traspaso cuya única prueba correspondía a la demandada por aplicación del art. 1214 del CC, y es en consideración a todo ello que procede confirmar la sentencia recurrida con desestimación del recurso de apelación.

IX. PROCEDIMIENTOS DE MENORES

1. *No procede reintegrar la menor a la custodia de la madre cuando ésta admite no estar completamente curada de su enfermedad, siguiendo tratamiento médico, y estando sometida a revisiones periódicas.*

AP GRANADA, Sec. 4.ª, Auto de 3 de marzo de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos José Valdivia Pizcueta.

La madre biológica interesó, dado su estado, la intervención de los servicios de “Atención al Niño”, lo que desembocó en la Declaración de Desamparo de la menor, en fecha 11 de marzo del año 1994. Ahora requiere el reintegro de su hija, el que le sea entregada para iniciar con ella una nueva vida.

No obstante ante tal pretensión, y siguiendo con las conclusiones, no se tiene que apartar aquí el interés, el bien, de la hija, que ha vivido durante mucho tiempo (antes de la intervención administrativa), en un ambiente psíquicamente enriquecido. La madre padece esquizofrenia (disociación de las funciones psíquicas), la abuela materna

también sufre, al igual que otro de sus hijos, enfermedad mental, en tanto que el abuelo materno, pese al cariño hacia la nieta y el deseo de su regreso, parece que trata de evitar para sí tales problemas.

Y no es dato revelador el que la madre pretenda reanudar una vida independiente, ni tampoco el de su acomodada situación económica; lo importante aquí es ese desequilibrio larvado (la madre admite no estar

completamente curada de su enfermedad; siguiendo tratamiento médico, y estando sometida a revisiones periódicas), que ha de influir negativamente en la menor; lo que crea una situación de riesgo que, en interés de aquella, todo Poder Público tiene que evitar (artículo 39.2 CE). Y no es de recibo invocar las manifestaciones de la menor (un tanto ambiguas), puesto que las mismas, y ante la situación descrita, han de ser acopladas a ese su bien.

2. *Transformación de la guarda de hecho en acogimiento tras la privación de la patria potestad a los padres de la menor.*

AP ÁLAVA, Sec. 1.^a, Sentencia de 25 de enero de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Íñigo Madaria Azkoitia.

Impugnan los padres biológicos la sentencia de instancia al entender que no se ha dado un incumplimiento grave y reiterado de los deberes paternofiliales suficiente para acordar la privación de la patria potestad sobre la hija, interesando subsidiariamente que se establezca un plazo determinado de suspensión de la patria potestad y un régimen concreto de visitas.

La actora, D.^a Rosa, promovió el 9 de diciembre de 1997 demanda frente a su hermana D.^a María del Carmen y frente a D. Tomás, padres de la menor Tamara, nacida el 26 de julio de 1990, en cuyo suplico se interesaba que los demandados fueran privados de la patria potestad que ejercen sobre la menor. Como antecedentes la demanda contiene los siguientes: 1. La madre de la menor presenta una discapacidad mental calificada como minusvalía orgánica y funcional de un 59%. Al nacer la menor se desconocía la identidad del padre. 2. Ante las

malas condiciones en las que vivía la menor, ha sufrido un atropello, quemaduras y numerosas calamidades, debido al abandono en el que se encontraba por parte de sus progenitores, una tía (la actora), decidió brindarle los cuidados que Tamara precisa llevándose a vivir con ella. 3. La niña se encuentra visitando a un psicólogo para poder superar el temor que le produce tener que volver con su madre. Con la demanda se interesó la adopción de la medida provisional de custodia de la menor en la persona de la propia actora que de hecho la ejercía desde septiembre de 1996.

La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda y con fundamento en los arts. 158, 160 y 170 del Código Civil resuelve: “otorgar la guarda y custodia de la menor Tamara a su tía D.^a Rosa hasta el momento en que los padres D. Tomás y D.^a M.^a del Carmen estén preparados para cuidar a la niña y atender sus necesidades, quedando

privados también de forma temporal de la patria potestad de la menor, bajo el seguimiento de los servicios de asistencia social del Ayuntamiento de Vitoria.

En el supuesto de autos se ejerce una acción tendente a obtener la privación de la patria potestad de los padres partiendo de una situación de guarda de hecho que se remonta al mes de septiembre de 1996, cuando tras pasar el período vacacional con sus tíos la menor no fue reintegrada al domicilio de su madre. Por tanto, con independencia del juicio que merezca la referida guarda de hecho, ha de indagarse en los hechos acaecidos antes de producirse dicha situación en orden a poder hacer una valoración acertada sobre la efectiva existencia de una situación de desamparo o de riesgo para la menor que justifique la adopción de medidas de protección afectantes a la patria potestad de los padres.

Teniendo en cuenta la sucinta e insuficiente mención de hechos que refiere la demanda y el escaso interés de la prueba testifical, es sin embargo relevante el informe social elaborado por el Servicio de Infancia y Familia del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, en cuanto aporta una relación histórica de hechos trascendentes y significativos para el esclarecimiento de la real situación de la menor y las relaciones familiares. Así es de destacar cómo en la fecha de nacimiento de la menor interviene dicho Servicio, a través del Servicio Social del "Hospital T.", detectándose una incapacidad de la demandada para atender adecuadamente a la hija, si bien alojada provisionalmente en casa de su hermana D.^ª Rosa (actora) se va a hacer cargo de controlar la atención de la niña. Sin embargo D.^ª Carmen vuelve a casa de sus padres. En diciembre de 1990 en visita al domicilio de D.^ª Carmen se observa una situación de hacinamiento, residiendo ocho personas, careciendo de calefacción. En febrero del año siguiente, tras sufrir la menor unas quemaduras producidas al parecer por habérsele derramado café caliente, se plantea la posibilidad de establecer un servicio de asistencia domiciliaria, intervi-

niendo en las conversaciones previas tanto D.^ª Carmen como D.^ª Rosa quienes se muestran recelosas a tal medida, aceptándolo finalmente D.^ª Carmen, si bien como imposición. Como objetivos de la ayuda domiciliaria se propone educar y colaborar en la atención de la hija y controlar el tema sanitario a través de revisiones al pediatra. Las tareas concretas comprenden ayudar a D.^ª Carmen en la preparación de las comidas, colaborar en la higiene de la menor y acompañar a revisiones al pediatra. Las tareas se establecen de lunes a viernes y en horario de 12 a 13,30 horas. Tras dos meses de experiencia positiva y tras unas vacaciones, sin embargo se observa cierto descontrol horario de D.^ª Carmen que redunda en la menor, la cual es acostada a las once o doce de la noche, detectándose que la abuela es descuidada con la higiene, encontrándose la casa desordenada y sospechas de que sacan a la niña a la calle por las noches y que su alimentación no es correcta. A la vista de ello, el propio servicio plantea ampliar el horario de asistencia por las tardes, con el fin de prestar mayor atención a la menor y apoyar las tareas domésticas. Los abuelos y D.^ª Carmen no aceptan el servicio ni admiten a nadie en casa. En octubre de 1991 se suspende el servicio y se propone a D.^ª Rosa que Carmen y la menor vayan a vivir a su casa, lo que admite si su hermana lo acepta. En octubre de 1995 se detecta que la menor acude frecuentemente tarde al colegio así como la sospecha de deficiencias en comida, higiene y vestuario, además del retraso que presenta. Los demandados acuden al Servicio en enero de 1998 planteando que desean vivir con la niña, la cual desde junio de 1996 vive con su tía D.^ª Rosa pero que no se la dejan ver. D.^ª María del Carmen se vio en la necesidad de que su hermana cuidara a su hija debido a su horario de trabajo.

De los precedentes hechos se revela cómo efectivamente la atención de la menor por parte de su madre ha sido deficiente y problemática, incluso reticente a las ayudas que en su día se prestaron, tanto por los servicios sociales dependientes del Ayunta-

miento como por su propia hermana D.^a Rosa, repercutiendo en la propia educación y desarrollo de la menor, hasta llegar a la situación de ceder voluntariamente la guarda de hecho en favor de su hermana D.^a Rosa con la que la menor progresa razonablemente en el último período que se extiende ya por más de dos años. Con ello ha de entenderse que efectivamente la madre presenta deficiencias en su actitud y habilidades para la educación y cuidado de la menor, representando tales deficiencias un potencial riesgo de retroceso o perjuicio en la educación de la menor si se reintegrara al domicilio familiar. De otra parte, respecto al demandado, padre de la menor, con independencia de sus habilidades (poco cualificadas según el informe que obra en autos) o deseos, es de destacar que no ha vivido nunca con la menor, por lo que no es posible calificar su aptitud, sin embargo el sólo hecho de esa falta de convivencia es un factor ciertamente limitador de una eventual convivencia inmediata y plena.

En cualquier caso debe resaltarse que la menor en la actualidad se encuentra correctamente atendida por su tía, por tanto no se da una situación de riesgo o deficiencia educativa, sin embargo sí se detecta una efectiva oposición de los padres naturales que reclaman la custodia y el ejercicio de la patria potestad, por lo que ha de entenderse que ha cesado esa aparente entrega voluntaria que la madre, por razones de trabajo, hizo de la menor a su hermana, para que ésta atendiera su cuidado. Además se alega que los demandados viven juntos, poseen una vivienda y medios económicos suficientes. La situación de custodia de hecho que ejerce la actora desde el año 1996 con claro beneficio para la menor, se ve ahora cuestionada por el deseo de los padres de ejercer el derecho a tenerla en su compañía. Sin embargo, pese al derecho de los padres y de la menor a que se eduque y viva en el propio ambiente fa-

miliar, los antecedentes expuestos denotan una evidente situación de riesgo y desamparo para la menor si se produjera la reincorporación inmediata al domicilio de sus padres, pues la madre ya mostró sus carencias y el padre no ha tenido contacto con la menor. Por ello, conforme a lo dispuesto en los arts. 158 y 170 del Código Civil, es adecuado adoptar la medida de privación de la patria potestad y el otorgamiento de la custodia a la actora establecidas en la sentencia de instancia, si bien con la precisión de que la situación de autos debe reconducirse al control de la institución pública competente en el Territorio, cual es el Consejo del Menor, dependiente del Departamento de Bienestar Social de la Excma. Diputación Foral de Álava, en cuyo seno, sin perjuicio del apoyo que puedan prestar las instituciones sociales dependientes del Ayuntamiento, ha de valorarse la situación y establecerse los mecanismos jurídicos y materiales necesarios para procurar la asistencia y cuidado adecuados a la menor, así como adoptar las medidas oportunas para procurar la reincorporación de la menor en su familia natural. Entre tanto es adecuada la medida de suspensión de la patria potestad y el otorgamiento a la actora de la guarda y custodia de la misma, si bien con la precisión de que ha de entenderse que el Consejo del Menor asume la tutela automática, ex art. 172 del Código Civil, en cuyo ejercicio cabe reconducir la situación por medio de la institución del acogimiento familiar simple, art. 173 bis del Código Civil, en la persona de la actora, con sometimiento a la tutela del Consejo del Menor, entidad que asimismo resolverá y decidirá sobre la forma del ejercicio del derecho de los padres a visitar a la hija estableciendo el correspondiente horario que servirá asimismo para restablecer la relación de la hija con sus padres y así preparar la futura reincorporación de ésta al seno familiar de origen.

3. *No fijación de régimen de visitas a favor de los padres biológicos en base a que las mismas no serían beneficiosas para la evolución del menor que lleva tres años en acogimiento preadoptivo.*

AP ZARAGOZA, Sec. 4.ª, Auto de 4 de enero de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Javier Solchaga Loitegui.

En el presente expediente de jurisdicción voluntaria sobre acogimiento familiar preadoptivo, los padres biológicos de la menor (nacida en 19 de julio de 1985) impugnan la resolución judicial, que lo constituye. Se admite la concurrencia de los requisitos legales para ello, y que ha sido acordada en beneficio de la menor. Solicitan los padres biológicos la modificación del Auto apelado en el sentido de que se establezca un régimen de visitas.

No nos encontramos en este momento en la situación de declaración de desampa-

ro, y asunción de la tutela por disposición de la Ley de la Diputación General de Aragón, en cuanto a regular las visitas y las relaciones con la familia de origen; sino en un acogimiento preadoptivo, en el que la menor ya lleva tres años viviendo con los acogentes. El establecimiento de dicho régimen de visitas según lo actuado no resulta positivo para la evolución de la menor, por lo que es de confirmar la resolución apelada, conforme también interesa el Ministerio Fiscal.

X. FILIACIÓN

1. *Si ha prescrito la acción de impugnación de paternidad, aún cuando de la prueba biológica se desprenda que el actor no es el padre del menor, éste tiene la obligación de seguir abonando la pensión alimenticia.*

AP LAS PALMAS, Sec. 2.ª, Sentencia de 29 de enero de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo de Urbano Castrillo.

Pretende el demandado-reconviniente la eliminación de la obligación de prestar alimentos al hijo de la actora, al descubrirse según la prueba pericial biológica practicada en autos que el menor Aarón no es hijo

del apelante. Son antecedentes del caso que se examina, admitidos en el proceso por las partes, y que interesan para la resolución del recurso: que el demandado reconoció al menor, dándole sus apellidos e inscribiéndole

en el Registro Civil; y que, además de lo anterior, ha existido —y existe— una “posesión de estado” de tal filiación, por la cual el menor considera padre al demandado quien admite no se atreve a decirle la verdad por no hacerle daño.

Ahora en la “litis” y tras catorce años en dicha situación, y cuando la madre reclama la lógica ayuda económica que se le hace imprescindible dada la edad del menor —dieciséis años— y su situación personal —en tratamiento de desintoxicación de drogas— el “padre legal” responde con que el reconocimiento lo hizo engañado y que, en atención al art. 143 del C. Civil, al no ser ascendiente —como se ha probado en este proceso— no le corresponde prestar alimentos a quien tampoco, en consecuencia, es su descendiente.

En Estado de Derecho, debe ser la ley el instrumento rector que aporte la solución más justa posible a las situaciones conflictivas, y como la pretensión impugnatoria de revocación del reconocimiento no es factible, por haber prescrito la acción pertinente, tal como acertadamente explica la Juez “a quo” en su resolución, de lo que se trata ahora es de pasar a resolver sobre la cuestión económica subyacente.

El art. 143 del C. Civil establece que “Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente: 2.º Los ascendientes y descendientes”. Y a pesar de que el apelante considera que al no ser el padre biológico del menor no le es de aplicación tal obligación, no le asiste la razón pues olvida que la filiación no matrimonial se determina, como dice el art. 120 del C. Civil, por su reconocimiento, por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil, y por sentencia firme. Derivándose de ello una relación paterno-filial que no puede ser objeto de discriminación respecto a la matrimonial —como resulta de los arts. 14 y 39.2 CE— con el haz de derechos-deberes que comporta la patria potestad, entre los cuales se encuentra el referido.

Por tanto, mientras no cambie la situación descrita, el apelante está obligado a prestar la contribución económica que trata de que se le suprima en este procedimiento. Así lo declaró nuestro más alto Tribunal, en un caso de reconocimiento de filiación no matrimonial, al establecer: “la atribución de la pensión alimentaria a favor de la niña es una secuela de la declaración de paternidad”, derivada del art. 143 del C. Civil (STS 3-12-96).

2. *No es prueba suficiente para determinar la paternidad una fotografía dedicada, una testifical parcial y no coincidente, y unas supuestas llamadas telefónicas al domicilio de los padres de la madre y abuelos de la menor.*

AP CÓRDOBA, Sec. 1.ª, Sentencia de 15 de marzo de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Fernández Carrión.

Uno de los principales puntos debatidos lo constituye el tema de la naturaleza y entidad de las pruebas biológicas de determinación de la paternidad y las consecuencias que puedan derivarse del no sometimiento a

las mismas, y en este punto es preciso hacer las siguientes consideraciones:

- 1.º Los avances experimentados por las ciencias biológicas en los últimos tiempos

permiten afirmar que actualmente, en los supuestos de filiación dudosa, es posible determinar la paternidad con un grado de probabilidad tan alto que en la práctica es identificable con la certeza. Las mismas pruebas biológicas permiten descartar que un determinado varón sea el progenitor con un 100% de exactitud.

2.^o Las consecuencias de este progreso científico en el derecho de familia son decisivas. El tan citado apotegma romano de “mater semper certa est, pater incertus” ha dejado de tener vigencia. Ya no es preciso rastrear la paternidad biológica a través de presunciones y pruebas indiciarias, siempre insatisfactorias, cuando una pericia puede resolver el “dubio” de manera irrefutable.

3.^o El Tribunal Supremo y la jurisprudencia menor tienen establecido en reiteradas sentencias que la negativa a someterse a la prueba biológica no equivale a una “ficta confessio” de paternidad. Estamos ante una presunción no establecida por ley, y por tanto será apreciable como medio de prueba cuando el hecho de que ha de deducirse esté completamente acreditado (art. 1249 CC) y entre este hecho y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (art. 1253).

Sentadas las anteriores consideraciones y centrándonos en la paternidad reclamada es claro que no se han aportado ni practicado pruebas directas que respondan indubitadamente la pretensión del actor, pues una fotografía dedicada, una testifical parcial y no coincidente, y unos supuestas llamadas telefónicas al domicilio de los padres de la demanda y abuelos de la menor no pueden tenerse por tales y ante ello es de tener en cuenta que reiterada jurisprudencia tiene establecido que a falta de pruebas directas del hecho generativo, los órganos judiciales deben inexcusablemente resolver basándose para ello en pruebas indirectas o indiciarias: las presunciones. El art. 135 CC se refiere a ellas cuando posibilitan la declaración de la filiación que resulte “del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de

la convivencia con la madre al tiempo de la concepción o de otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo”. En el presente supuesto no concurre ninguno de los hechos base que según el citado artículo permiten desencadenar la presunción judicial. Tampoco existe ningún dato que permita recurrir a la cláusula de cierre contenida en la expresión: “otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo”.

En consecuencia, el único modo de averiguar la filiación en casos como el presente lo constituye el recurso de la prueba biológica mediante la extracción de sangre, a lo que se ha negado la demandada por entender que no existen indicios serios de la realidad de lo que se pretende, y el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia de 17 de enero 1994, tiene con claridad establecido que el demandado en un proceso de filiación no matrimonial solo podrá legítimamente negarse al sometimiento a las pruebas biológicas si no existieran indicios serios de la conducta que se le atribuye y en cuanto a la valoración que haya de darse a la reiterada negativa del demandado a la práctica de la prueba biológica entiende que por la especial naturaleza de la misma no puede obtenerse contra “voluntate” al no existir, por ahora, norma legal orgánica legitimadora de tal intervención corporal en contra de la voluntad del interesado; por tanto, las pruebas biológicas no pueden imponerse o ejecutarse mediante el empleo de violencia física, y su ejecución forzosa derivaría en una prueba ilícitamente obtenida, con vulneración del art. 17.1 CE, y, por tanto, carente de eficacia probatoria por imperativo del art. 11.1 de la LOPJ. De ahí que la negativa del demandado solo puede operar como conducta procesal de parte, cuyo valor ha de apreciarse en la prueba de presunciones “ex” art. 135 CC.

Pero es más, en el caso de autos no nos encontramos en presencia del normal supuesto del posible padre a quien se le reclama un vínculo sanguíneo con determinada persona, menor o mayor de edad y que pretende eludir las obligaciones morales, y sobre todo materiales, que se ve venir tras una

declaración de paternidad, sino de una joven madre soltera que ha asimilado perfectamente su situación y con la ayuda de su entorno familiar asiste y mantiene con total normalidad y holgura a su retoño, tanto en el aspecto físico como en el psíquico, económico y educacional y a quien se le demanda

judicialmente solicitándose por los motivos que fueren la paternidad de su hijo, y que, siendo la mejor conocedora del hecho de la concepción se niega a tal pedimento y se niega a que su hija de apenas dos años de edad y no demandada se le practique la prueba hematológica.

XI. UNIONES DE HECHO

1. *En los supuestos de convivencia de hecho “more uxorio” cabe reconocer derechos de índole patrimonial a la parte que, al extinguirse aquella, resulte más desfavorecida.*

AP CIUDAD REAL, Sec. 2.^a, Sentencia de 15 de marzo de 1999.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a M.^a Soledad Serrano Navarro.

En los supuestos de convivencia de hecho “more uxorio” cabe reconocer derechos de índole patrimonial a la parte que, al extinguirse aquella, resulte más desfavorecida si apreciando por caso la realidad de la relación mantenida entre las convivientes, el modo en que se organizó la vida en común, las aportaciones por cada cual para su sostenimiento, el reparto de las cargas, la dedicación a la familia, la colaboración con su trabajo o las actividades mercantiles profesionales de otro compañero, la distribución de los beneficios que acrediten un convenio implícito de asociación y mutua ayuda con recíprocas prestaciones de bienes y servicios para el logro del mismo fin de vivir en pareja, del que derive un deber de repartir, o cuando menos, la ausencia de contrapartida bastante para unos términos de desequilibrio tal con correlativo enriquecimiento del otro que exigencias de justicia conmutativa y equidad impongan conceder a aquél una indemnización por la aportación realizada.

En el presente caso, ha quedado acreditado, de la relación de convivencia entre las partes, su comportamiento en relación a otras personas, la actuación respecto a los intereses económicos que a ambos atañían, pues la apelada colaboró en el negocio fotográfico del apelante, así como más tarde en el negocio de artesanía puesto en marcha ya manteniendo vida en común, dieron origen a una situación jurídica en la que la actora-apelada se consideraba perteneciente y formando un todo con el apelante, participando de una relación familiar estable, de una concepción por otras personas como de pertenecer a una familia legalmente establecida, compartiendo un nivel de vida que la ruptura y posterior separación ha modificado, lo que debe traducirse en una indemnización de tipo patrimonial por su aportación personal durante el tiempo de convivencia y la contribución con su colaboración a que el negocio de D. Jesús mejorara, acreditándose la adquisición de va-

rios elementos fotográficos, como por ejemplo cámaras y equipos para mejorar la actividad mercantil, además de la ayuda personal prestada en el local en la que aquélla se ejercitaba, entendiéndose esta Sala

la cantidad de 1.000.000 de pts. como ponderada y correcta tomando en consideración fundamental el tiempo de duración de dicha convivencia, revocándose la sentencia recurrida en el extremo antes dicho.

2. *A través del procedimiento de jurisdicción voluntaria solo pueden ventilarse la guarda y custodia del menor, el régimen de visitas y la pensión alimenticia.*

AP ASTURIAS, Sec. 4.^a, Sentencia de 30 de marzo de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Álvarez Sánchez.

En un procedimiento de jurisdicción voluntaria seguido a instancia del padre de un menor que había mantenido una unión extramatrimonial con su madre se solicitó que se decidiera sobre su guarda y custodia, se estableciera un régimen de visitas y se señalaran alimentos a cargo del solicitante. La madre del niño —nacido el 3 de noviembre de 1994— mostró su conformidad con las dos primeras peticiones y solicitó un incremento de la pensión alimenticia a la suma de 75.000 pesetas mensuales, planteando, además, otras cuestiones nuevas tales como el uso de la vivienda que constituía el domicilio familiar y el pago del préstamo hipotecario que grava a ésta. El juzgador de instancia no le concedió estas últimas peticiones y fijó en 60.000 pts. mensuales la pensión alimenticia y esta resolución, que fue consentida por el solicitante, es impugnada por la opositora que pretende que se eleven los alimentos a la suma por ella postulada y se establezcan las otras dos medidas que había interesado.

Debe recordarse la naturaleza de la jurisdicción voluntaria que la doctrina tradicional considera no como una actividad jurisdiccional sino administrativa, concepto que aunque hoy sea puesto en tela de juicio, aún

pervive en la doctrina moderna a la hora de señalar sus diferencias con la jurisdicción contenciosa, ya que se habla de que no existe contraposición de partes pues no se dirigen pretensiones frente a otro y de que, al no haber juicio contradictorio, no se produce el efecto de la cosa juzgada material. Por ello se indica que la oposición ha de versar sobre el mismo objeto del procedimiento, tal y como se desprende del artículo 1817 de la LEC.

Consecuencia de lo expuesto es que en la jurisdicción voluntaria hayan de adoptarse aquellas soluciones de carácter urgente, criterio que se expresa claramente en la Disposición Transitoria décima de la Ley 11/1981 de 13 de marzo que posibilitó de acudir al juez, siguiendo los cauces de la jurisdicción voluntaria, para resolver las controversias surgidas en el ejercicio de la patria potestad cuando por su propia naturaleza exijan una resolución urgente. No es tan clara la Ley Orgánica 1/1996 que reformó el artículo 158 del Código Civil y establece la posibilidad de acudir a un procedimiento de jurisdicción voluntaria para dirimir las diferencias entre los progenitores en relación a las cuestiones relativas al ejercicio de la patria potestad, pero resulta más acorde con la na-

turalza de este procedimiento entender que sólo puede referirse a las cuestiones urgentes e inaplazadas que afecten a las menores.

A la luz del criterio anteriormente expuesto habrá que concluir que las cuestiones planteadas por la aquí apelante no pueden ventilarse en el presente procedimiento y —por consiguiente y sin entrar a examinar

su procedencia— debe rechazarse el presente recurso. En efecto, el menor tiene cubierta la necesidad de vivienda, bien resida en el domicilio de sus parientes o bien lo haga en el que es propiedad de sus padres o bien en otra vivienda que puede alquilar su madre si fuese necesario, ya que la suma entregada por el padre y los ingresos de ésta le permiten satisfacer esta necesidad.

XII. TEMAS PENALES

1. *El no solicitar una modificación de medidas es indicio de que no se ha producido cambio alguno en las circunstancias que le llevaron al denunciado a asumir la obligación alimenticia.*

AP MADRID, Sec. 6.^a, Sentencia de 9 de marzo de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio Mendoza Muñoz.

El delito de abandono de familia se integra por dos elementos: uno, el objetivo, constituido por el lapso temporal legalmente previsto y por la falta de cumplimiento del deber impuesto, que no se discute por el recurrente y, por el elemento subjetivo, que lo constituye la omisión voluntaria del incumplimiento del deber impuesto por resolución judicial, no determinándose por el simple hecho del impago, sino por la renuencia del obligado, no siendo exigible la voluntad definitiva de no pagar, sino siendo bastante el retraso injustificado, elemento éste que el recurrente justifica aludiendo a la imposibilidad del pago de la pensión por su situación económica. Sin embargo del examen pormenorizado de la prueba practicada se infiere que el impago de la pensión en los períodos recogidos en instancia se debe a su propio y voluntario desistimiento, pues ha de resaltarse que antes del impago de la pen-

sión acordada con su esposa, dicha prueba ha acreditado que el acusado ya trabajaba por cuenta propia, habiendo cumplido su obligación durante un año antes de comenzar el impago, por tanto careciendo de salario fijo había ofrecido y así había cumplido con la prestación acordada; que mantiene la misma oficina y la misma estructura de trabajo, y el ofrecimiento a su esposa de sustituir la cantidad pactada por otra de 75.000 pesetas al mes y pagar 500.000 pesetas de atrasos, y a pesar de ello no ha consignado nada a cuenta de la obligación adquirida, tampoco se ha instado ninguna modificación de las medidas. Así pues de todos estos datos acreditados este Tribunal no puede considerar más que el elemento subjetivo, consistente en la renuencia del obligado, lo que ha quedado acreditado por el comportamiento antes expuesto sin que las consideraciones expresadas en el recurso como el re-

chazo de la esposa a que volviera a visitar el antiguo domicilio y el cese de la relación con los hijos desvirtúa tal conducta y por ende este Tribunal no observa tacha alguna en la valoración realizada por el Juez de instancia de la prueba practicada.

Se alega que en instancia se ha dado especial importancia a que no se haya solicita-

do la modificación de medidas, importancia que este Tribunal también ratifica, pues es un dato revelador que si ocurre, como así esgrime el acusado, un cambio de la situación económica, se inste la modificación pues para ello está; no hacerlo es un indicio de que no se ha producido cambio alguno de las circunstancias que le llevaron a asumir la obligación en la cuantía conocida.

2. *Procede condenar al denunciado por el delito de impago de pensión cuando siendo socio y gestor de una empresa familiar que es fuente de ingresos y beneficios no ha abonado la pensión durante más de un año y medio.*

AP SEVILLA, Sec. 3.^a, Sentencia de 30 de abril de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Salas Gallego.

Cuestiona el recurrente que exista el elemento subjetivo del delito, ya que alega que carecía de recursos económicos para hacer frente al pago de la pensión compensatoria o por desequilibrio económico judicialmente establecida a favor de su esposa. Ciertamente que esta modalidad del delito que analizamos requiere, además del hecho objetivo del impago, el requisito subjetivo de voluntad de no pagar pudiendo hacerlo, entendida como dolo genérico de no pagar. Pero en el presente caso ambos elementos están acreditados en base a la prueba testifical y documental practicada en la causa, teniendo por otro lado reconocido el acusado desde su declaración en fase instructora el hecho del impago y en cuanto a la pretendida carencia de medios la misma no se ha acreditado, y hacemos nuestros en este sentido los razonamientos expresados por la Juzgadora de instancia, ya que el acusado es socio y ges-

tor de una empresa familiar, que antes del proceso de separación el mismo reconoce de su exclusiva propiedad, y con independencia de cómo actualmente esté repartido el accionariado, dicha entidad es fuente de ingresos y beneficios, y asimismo consta por declaraciones testificales que el acusado es titular de otros bienes, según manifestaron en concreto su esposa e incluso uno de sus hijos (Antonio), y aparte de todo ella, la voluntad de no pagar, es evidente en quien no ha pagado ninguna cantidad durante más de un año y medio (en concreto, desde septiembre de 1996 hasta abril de 1998), sin que se pueda justificar ello en que su esposa rechazó el pago, pues esto sólo ocurrió en una ocasión (y por cierto, Antonia declaró que ya desde mucho antes no le pagaba) y ya entonces satisfacía una cantidad inferior, pues solo abonaba a veces 15.000 pesetas a la semana.

3. *Al no haberse puesto en conocimiento del juzgado la alegada reconciliación entre los cónyuges no perdieron eficacia las medidas acordadas en el procedimiento de separación, por lo que acreditado el impago, procede condenar al denunciado por un delito de impago de pensiones.*

AP MADRID, Sec. 4.^a, Sentencia de 5 de marzo de 1999.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Pilar de Prada Bengoa.

Se alega por la defensa del acusado que se ha aplicado indebidamente el art. 227 CP que requiere el impago de la prestación económica impuesta en resolución judicial; entiendo el recurrente que en el presente caso se ha acudido inidóneamente a la obligación de pago impuesta en sentencia de separación dictada el 20 de enero de 1986, cuando las medidas acordadas en dicha sentencia, como consecuencia de la reconciliación producida entre los cónyuges, habían dejado de tener efectividad.

Si bien existió una reanudación de hecho de la convivencia conyugal, de la misma no se dio cuenta al juzgado que conocía de la separación, “no hubo reconciliación formal”, y en 1993 se volvió a interrumpir la convivencia. Como el Código Civil en su art. 84 dispone: la reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto, pero para que produzca tales efectos, el mismo código impone, a fin de que ello sea así “deberán poner aquella en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio”. A su vez, el art. 87 del Código Penal establece que el cese efectivo de la convivencia conyugal... es compatible con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, cuando obedezca al intento de reconciliación... de todo lo cual puede

derivarse que no conocida, siquiera, por el juzgado de primera instancia la reanudación de la convivencia conyugal, la sentencia de separación nunca perdió eficacia.

En diciembre de 1995 se dictó sentencia de divorcio que alcanzó firmeza el 5 de enero de 1996, si bien en ella se estableció una contribución superior como alimentos, por cada uno de los hijos (15.000 pts. mensuales), se mantenía y agravaba por lo tanto la obligación económico asistencial que, tal y como ha resultado plenamente acreditado, ha sido siempre incumplida por el acusado, pudiéndolo hacer. Ha poseído siempre el mismo medios económicos suficientes, y una vivienda cuyo uso y disfrute le proporciona su empresa, siendo de su cargo el pago de los suministros. La obligación alimenticia es personal e intransferible, sin que pueda compensarla con cantidad alguna que hubiera remitido la abuela paterna. No cabe acoger tampoco la alegación efectuada por la defensa del acusado de que tenga carácter preferente la jurisdicción civil sobre la penal: producidos los presupuestos de existencia de delito, la vía preferente es la penal; por todo lo expresado, procede plenamente mantener la apreciación de la prueba vertida en la primera instancia y rechazar los motivos del recurso interpuesto.

RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

1. SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

RESOLUCIÓN de 21 de diciembre de 1998.

1.1. *Procede acceder al reconocimiento de la sentencia de divorcio dictada por un tribunal alemán si bien no procede reconocer el particular relativo a la delegación exclusiva de la patria potestad a la madre alemana, ya que dicho pronunciamiento está en contradicción con el ejercicio conjunto que se acordó en la sentencia de separación dictada en nuestro país.*

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Johanna, de nacionalidad alemana, promovió expediente en el que solicitaba el reconocimiento, según la Ley española, de la sentencia de Divorcio y de Patria potestad dictada el 3 de noviembre de 1984 por el Tribunal de Primera Instancia de Berlín y firme, según la Ley alemana, desde el 18 de enero de 1985, relativa al matrimonio celebrado con el ciudadano español D. José, en Palma de Mallorca, y a la hija matrimonial Yolanda, nacida en Palma de Mallorca el 3 de febrero de 1981.
- Recibido en ese Registro se dio traslado al Ministerio Fiscal quien informó que no procede acceder a la petición interesada toda vez que no se cumplen los requisitos establecidos en el Convenio suscrito entre España y Alemania por lo que respecta al reconocimiento de resolución judicial al no cumplirse los requisitos de competencia por cuanto tal y como se desprende de las documentaciones incorporadas, el demandado tiene el domicilio en España y no en Alemania, Tribunal que ha dictado la sentencia, y tampoco consta que el demandado haya tenido nunca en Alemania su domicilio.

- El Juez Encargado dictó acuerdo con fecha 6 de abril de 1998 denegando la inscripción solicitada fundamentándolo en que el art. 4 del Instrumento de Ratificación del Convenio entre España y la República Federal Alemana sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil establece que las resoluciones de los Tribunales de una de las partes contratantes será reconocida en la otra si el Tribunal del Estado de origen fuese competente conforme a lo dispuesto en los artículos 7 y 8 del Convenio, circunstancia que no concurre ya que el demandado ni era de nacionalidad alemana ni consta haya tenido nunca en este país su domicilio o residencia habitual, por lo que quiebran los supuestos de los apartados 1 y 2, siendo inaplicable el apartado 3, que contempla el caso de residencia habitual en Tercer Estado.
- D.^a Johanna interpuso recurso ante la DGRN, alegando que el demandado en el proceso de divorcio estuvo representado por un abogado que estuvo presente en la vista, por lo que ésta negoció oralmente sobre la causa principal a través de su representante sin denunciar la incompetencia, por lo que las partes se sometieron sin restricciones a la competencia del tribunal alemán; la confirmación escrita necesaria se ve en que la sentencia de divorcio promulgada fue redactada por escrito con inclusión del demandado y éste no puso ningún tipo de reparo, que la demandada era alemana en el momento de iniciar el trámite de divorcio en el sentido de la Constitución y también vivía en Alemania.
- La DGRN estimó parcialmente el recurso.

RESOLUCIÓN DE LA DGRN

El problema fundamental que ha de decidirse es el de si es inscribible la sentencia de divorcio dictada por un Juez alemán el 3 de noviembre de 1984 por la cual se disuelve el matrimonio celebrado en Palma de Mallorca el 23 de mayo de 1980. Este problema ha de resolverse a la vista del Convenio bilateral citado en los vistos (publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 26 de febrero de 1988), cuyas disposiciones forman parte del ordenamiento español y se sobreponen a las normas internas sobre la materia (cfr. arts. 96 de la Constitución y 1 del Código civil). No importa que la fecha de la sentencia alemana sea anterior a la entrada en vigor del Convenio, porque, conforme a su artículo 24, apartado 2, el Convenio se aplica también a las resoluciones en cuestiones de matrimonio y relaciones familiares que hubieran adquirido

firmeza con anterioridad a su entrada en vigor, siempre que no se hayan pronunciado en rebeldía. Aquí la sentencia en cuestión es firme desde el 18 de enero de 1985 y el esposo español demandado fue oído en el pleito.

Como viene declarando la doctrina de este Centro Directivo, el Convenio bilateral distingue claramente, respecto de las resoluciones judiciales, el reconocimiento de las mismas, regulado en el capítulo II, de la ejecución de éstas, a la que se dedica el apartado I del capítulo III. Las reglas de la ejecución entrarán en juego cuando se pretenda la efectividad en España de la sentencia alemana y sea necesaria la colaboración de los órganos judiciales españoles para lograr tal efectividad, mientras que la sola inscripción en el Registro Civil de la disolución se de-

sen vuelve en el ámbito probatorio e implica dar publicidad a la sentencia, es decir, entra en el campo de lo que el Convenio denomina «reconocimiento» y no el de la «ejecución». Precisamente la singularidad del Convenio estriba, frente al régimen general establecido por el artículo 107, II, del Código civil, en que el «reconocimiento» de la sentencia de divorcio no requiere intervención judicial ni exequátur, si se cumplen otras condiciones.

La sentencia alemana acompañada, en cuanto implica la disolución del vínculo debe ser reconocida en España, con arreglo a las disposiciones pertinentes del Convenio. En efecto: a) Al no haber establecido España el procedimiento especial simplificado al que alude el artículo 10.4, la sentencia es reconocida sin necesidad de procedimiento especial (cfr. art. 10.1), por concurrir las dos condiciones del artículo 4, como son la de haber ganado firmeza y la de ser competente el Tribunal alemán conforme a las previsiones del apartado 2 del artículo 8, pues basta a estos efectos, en contra de lo que afirma el acuerdo apelado, que la demandante tuviera la nacionalidad alemana, aparte de que fuera Alemania el lugar de su residencia, y b) No existen los motivos excepcionales de denegación del artículo 5 (la sentencia no es contraria al orden

público), ni del artículo 6.2 (nótese en cuanto a este punto que, aunque no se haya aplicado la Ley española —cfr. art. 107, I, CC— se hubiera llegado al mismo resultado de aplicar ésta, ya que es causa de divorcio el cese efectivo de la convivencia conyugal durante, al menos, dos años ininterrumpidos desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho —cfr. art. 86.3.º a)— y aquí la separación consentida se remonta al 25 de marzo de 1982.

Hay, no obstante, un aspecto de la sentencia que no puede ser reconocido ni inscrito, como es el relativo a la delegación exclusiva de la patria potestad a la madre alemana, porque esta decisión está en contradicción con una sentencia española anterior —la de separación del matrimonio de fecha 26 de noviembre de 1982— en la cual, sin perjuicio de decidir que la hija menor quedara en poder y custodia de la madre, se estableció que la patria potestad la ejercerían ambos padres del modo previsto en el artículo 154 del Código civil. Una de las causas excepcionales de denegación del reconocimiento de la sentencia (cfr. art. 5.1.3 del Convenio), es que la resolución estuviera en contradicción con otra resolución firme recaída entre las mismas partes en el Estado requerido.

2. FILIACIÓN

RESOLUCIÓN de 10 de octubre de 1998.

2.1. Cuando aún no hayan transcurrido los 300 días desde la separación fáctica de los cónyuges procede inscribir al menor con la filiación paterna y materna de ambos cónyuges, sin que las manifestaciones en contra de estos sea suficiente para la no determinación de la filiación paterna.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª E., casada, promovió la inscripción de nacimiento de su hija A., nacida el 28 de marzo de 1998 en P., sin filiación paterna. Adjuntaba al escrito el

parte del facultativo que asistió al nacimiento. Visto el estado civil de casada de la solicitante, el Encargado del Registro Civil la requirió para que aportara las pruebas oportunas para la destrucción de la presunción de paternidad a que se refiere el artículo 116 CC.

- Personada la promotora manifestó que la hija cuya inscripción solicitaba no era de su marido, adjuntando la sentencia de 13 de marzo de 1998, por la que se declaraba disuelto su matrimonio con don J., señalándose en los hechos que la separación de los cónyuges se había producido el 12 de octubre de 1997, certificado literal de matrimonio y documento de su marido en el que manifestó tener dudas acerca de su paternidad.
- El Juez Encargado dictó auto denegando lo solicitado, argumentando que tanto la separación legal como la de hecho se produjeron dentro de los trescientos días anteriores al alumbramiento, por lo cual, según el artículo 113 CC, respecto a la determinación de la filiación, acordó la inscripción de nacimiento de la menor nacida el 28 de marzo de 1998 como hija matrimonial de don J. y doña E.
- Doña E. presentó recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, alegando que la presunción de paternidad según el artículo 116 CC ha decaído por la manifestación de la madre de la niña, la efectuada por el marido y la propia sentencia de divorcio, que concede valor a lo manifestado por los cónyuges, y lo manifiesta en su fundamento jurídico segundo, al no establecer una pensión a favor del hijo. La DGRN desestimó el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Se ha intentado por estas actuaciones inscribir dentro de plazo el nacimiento de una niña acaecido el 28 de marzo de 1998. Al constar que la madre era casada, el Juez Encargado ha hecho uso de las facultades que, como diligencias comprobatorias de la calificación, le confiere el artículo 28 de la Ley del Registro Civil y, resultando acreditado por las declaraciones concordantes de la mujer y del marido en el pleito de separación del matrimonio que la separación de hecho entre los cónyuges tuvo lugar el 12 de octubre de 1997, ha decidido la inscripción de la filiación matrimonial de la nacida al haber ocurrido el nacimiento cuando aún no habían transcurrido trescientos días desde la separación fáctica de los consortes.

Esta actuación del Juez Encargado se ajusta a lo que anticipó la Circular de 2 de junio de 1981 (cfr. su apartado I, letra B, y su declaración filial 3.^a) y ha recogido la última redacción del artículo 185 del Reglamento del Registro Civil. Porque, cuando entre en juego la presunción de paternidad del marido de la madre, corroborada por la presunción de convivencia entre los cónyuges (cfr. arts. 116 y 69 CC), es obligado inscribir la filiación matrimonial presumida legalmente. No basta que la madre o su marido se opongan a este resultado, porque para evitarlo registralmente han de acreditar que el nacimiento ha acaecido pasados trescientos días desde la separación de hecho o legal de los cónyuges y sus alegaciones sobre la no paternidad del marido han de invocarse en la vía judicial oportuna.

RESOLUCIÓN de 14 de octubre de 1998.

2.2. Cuando en la inscripción de filiación consta una filiación paterna y materna desconocida, no existe ningún obstáculo para que por vía de reconocimiento ante el Encargado del Registro queden determinadas dichas filiaciones.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don S.E. contrajo matrimonio con doña A. el 8 de enero de 1962, separándose de hecho en 1963 y obteniendo la disolución del mismo por sentencia de fecha 21 de marzo de 1983. Doña M.C. contrajo matrimonio con don J. el 15 de noviembre de 1965, separándose de hecho en abril de 1966 y obteniendo la disolución del mismo por sentencia de 9 de enero de 1984.
- Separados de hecho D. S.E. y doña M.C. iniciaron en agosto de 1972 una convivencia de hecho que se prolongó hasta diciembre de 1985, de dicha convivencia nació J.F. el día 4 de marzo de 1977. La inscripción de nacimiento se realizó sin filiación paterna y materna no matrimonial, aunque ésta quedó determinada en el certificado de bautismo.
- D. S.E. y D.^a M.C. promovieron expediente a fin de que fuera reconocida la filiación paterna y materna no matrimonial respecto del hijo de ambos J.F.
- El 29 de abril de 1998 el Juez Encargado dictó auto denegando lo solicitado, argumentando que según el art. 113.2.^a CC «no será eficaz la determinación legal de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria». En el mismo sentido el art. 50 LRC «no podrá extenderse asiento alguno contradictorio con el estado de filiación que pruebe el Registro mientras no se disponga otra cosa por sentencia firme dictada en juicio declarativo con audiencia del Ministerio Fiscal».
- Los promotores presentaron recurso gubernativo ante la DGRN alegando que se había realizado una interpretación errónea del art. 191 RRC porque lo que consta en el Registro Civil de C. no es un estado de filiación, sino que ante una filiación desconocida se utilizó la vía del art. 191 RRC. Advierte que la separación de hecho entre la madre y el primer marido de ésta se produjo en 1966, según acredita la sentencia de divorcio.
- La DGRN estimó el recurso y ordenó la inscripción del reconocimiento.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Se han otorgado por comparecencia de los padres ante el Encargado unos reconocimientos de la filiación no matrimonial paterna y materna, habiendo prestado su consen-

timiento expreso a estos reconocimientos el reconocido mayor de edad. Los reconocimientos cumplen, pues, una de las formas solemnes exigidas (cfr. art. 120.1.º CC) y están acompañados del requisito complementario exigido para su eficacia cuando el hijo es mayor de edad (cfr. art. 123 CC).

En contra de lo que afirma la decisión recurrida, tales reconocimientos no contradicen otra filiación previamente inscrita, puesto que el nacimiento del hijo, según resulta claramente del asiento, se inscribió sin constancia de filiación alguna, atribuyéndole nombres ficticios de padre y madre a los solos efectos de identificar a la persona (cfr.

art. 191 RRC), de modo que la inscripción de la filiación no requiere en este caso acudir a la vía judicial (cfr. art. 50 LRC). Por lo demás, tampoco está acreditada una filiación contradictoria que impida la eficacia y la inscripción de los reconocimientos (cfr. art. 113 CC), porque, aunque la madre era casada cuando nació el hijo, no está probada la filiación matrimonial del hijo, a la vista de que su nacimiento acaeció pasados trescientos días desde la separación de hecho de los cónyuges (cfr. art. 116 CC), según se desprende suficientemente de la sentencia posterior de divorcio del matrimonio de la madre.

RESOLUCIÓN de 17 de diciembre de 1998.

2.3. Procede inscribir el auto de adopción aun cuando no se haga constar en su parte dispositiva la filiación de los adoptantes, si al mismo se acompaña comunicación oficial dirigida al Registro Civil por el propio Juez que ha aprobado la adopción, especificando las menciones de identidad de los adoptantes.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don A.P. promovió expediente solicitando la inscripción de nacimiento y marginal de adopción de sus hijos. Adjuntaba al escrito, entre otros documentos, testimonio de auto que en su parte dispositiva acordaba “La adopción de las menores S., M., Y. y M. por las personas a que se refiere el presente expediente, con todas sus consecuencias legales”.
- Practicadas las diligencias necesarias para la instrucción del expediente se remitió al Registro Civil Central, requiriéndose por éste que se aclarase el Auto de adopción en el sentido de que se haga constar en dicha parte dispositiva los datos identificadores de los adoptantes y adoptados. El Juzgado de Primera Instancia número 7 de S. informó que el auto de fecha 16 de septiembre de 1997 recaído en las presentes actuaciones no contiene los datos identificadores de los adoptantes debido a la reserva legal que conforme a la Ley del Menor contienen este tipo de expedientes y haciéndoles constar a

los efectos de las inscripciones de nacimiento de las adoptadas en ese Registro Civil que los adoptantes son A.P.C., nacido en V., el 17 de diciembre de 1937, hijo de A. y A., casado, y M.R.C.C., nacida en M. el 21 de agosto de 1943, hija de F. y M.P., casada. Se adjunta al propio tiempo fotocopia de las certificaciones de nacimiento de las menores.

- Con fecha 26 de junio de 1998 el Encargado del Registro Central dictó acuerdo argumentando que hasta tanto no se haga constar en la parte dispositiva del auto los nombres de los adoptantes no procederá la inscripción registral.
- El promotor del expediente interpuso recurso ante la DGRN que fue estimado acordándose la inscripción de la inscripción de nacimiento y del auto de adopción.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El Magistrado-Juez Encargado del Registro Civil Central denegó la inscripción del auto de adopción en base a que tratándose de una decisión judicial sujeta a inscripción, está claro que el título que ha de servir de base para practicar el asiento es dicha resolución y no las certificaciones que pudiera expedir otro funcionario judicial, toda vez que es la parte dispositiva la que debe ser tenida en cuenta para que pueda ser ejecutada la resolución y en ese sentido el art. 25 LRC señala la obligación de remitir testimonio bastante de ella. Entiende, que el testimonio remitido no puede ser considerado como bastante o suficiente para practicar la inscripción de adopción, cuando se trata de una adopción que como tal crea una nueva filiación y en el caso concreto, además de conllevar la atribución de la nacionalidad española, no refleja con la suficiente claridad y precisión los datos a consignar en el respectivo asiento. La equipación plena entre la filiación biológica y adoptiva, el derecho del adoptado a conocer su propio origen y el superior interés del menor aconsejan, a su entender, la mayor claridad y precisión a la hora de colaborar los diferentes órganos públicos en materia de adopción de menores, máxime si estos provienen del extranjero, donde no siempre las formas de identificación son iguales y

es preceptivo la consignación tanto de la filiación biológica como de la adoptiva. Por el Juzgado de Primera Instancia se niega la aclaración pedida, por tratarse de una materia a practicar con la necesaria reserva. Partiendo no sólo de la conveniencia sino de la obligación de la misma, no se comparte por este Magistrado Encargado la forma en que dicha reserva se pretende llevar a cabo por el Juzgado de Primera Instancia. Como expresamente proclama el art. 232 LOPJ al referirse al secreto de las actuaciones, cualquier limitación a la publicidad de los actos judiciales ha de ser excepcional; materias que, según señala el art. 279 LOPJ, caso de haberse declarado como tales estarían excluidas de la facultad de certificarse por parte de los Secretarios Judiciales. Es más, la limitación deberá venir referida a ciertas personas, pero a quien no se vea afectado por la medida no se le podrá impedir su exacto y completo contenido, y no parece lógico que el Registro Civil competente para la práctica de los asientos a que se refieren las actuaciones judiciales, integrado como tal órgano dentro del Poder Judicial, tenga que tener limitado el conocimiento de lo resuelto. Y por último, siendo la razón esencial de la reserva en las actuaciones el respeto a los derechos y libertades de los ciudadanos, en el caso presente

el respeto a la intimidad personal y familiar, en la Legislación del Registro Civil (competencia exclusiva del Estado, art. 149.8 de la Constitución Española), existen fórmulas legales para que esos derechos queden suficientemente garantizados. La regulación de la publicidad restringida es plenamente aplicable en supuestos como los de adopción (art. 51 LRC y 21 y 22 RRC). En cuando a salvaguardar la identidad de la familia adoptiva respecto de la familia biológica difícilmente puede preverse el que llegue a conocimiento de tales datos, toda vez que en la mayoría de las ocasiones el origen de los menores es desconocido; asimismo la familia biológica no ha sido parte en el procedimiento de adopción y tiene su residencia en un país extranjero, aparte de que en nada afectaría en cuanto a la legislación española el que la familia de origen tuviera conocimiento de los datos relativos a la familia adoptiva, máxime cuando lo habitual es que en la documentación extranjera ya figuran los padres adoptantes claramente identificados; a la vista de todo ello no se aprecia la solidez de argumentos del Juzgado de Primera Instancia de S. tendentes a preservar la identidad de los adoptantes. En consecuencia a lo anteriormente expuesto, en tanto no

se facilite a este Registro resolución judicial en cuya parte dispositiva se refleje claramente la filiación adoptiva acordada, no procede acordar la inscripción de la adopción interesada por el Juzgado de Primera Instancia número 7 de los de S.

La calificación de las resoluciones judiciales está especialmente limitada por el artículo 27 de la Ley del Registro Civil, achacándose en este caso al auto constitutivo de unas adopciones al defecto de no especificar en el auto judicial quiénes son los adoptantes, de modo que el testimonio presentado para la inscripción no es bastante para practicar ésta (cfr. art. 25 LRC). Aun siendo esto cierto y aun reconociendo que las razones invocadas de la reserva con que debe llevarse a cabo el procedimiento de adopción no llegan a justificar que el auto constitutivo de la adopción sea tan incompleto como para no reflejar la identidad de los adoptantes, hay que estimar que, sin necesidad de modificación directa del auto judicial, el defecto observado quede subsanado cuando, como aquí ha ocurrido, se acompaña comunicación oficial dirigida al Registro Civil por el propio Juez que ha aprobado la adopción, especificando en esta comunicación las menciones de identidad de los adoptantes.

3. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES.

3.1. *El objeto del embargo cuando la traba se contrae a los derechos que puedan corresponder a un cónyuge en bienes gananciales singulares carece de verdadera sustantividad jurídica; no puede ser configurado como un auténtico objeto de derecho susceptible de una futura enajenación judicial. En cambio, no sucede lo mismo cuando el objeto del embargo es la cuota global que el deudor tiene en la sociedad de gananciales.*

RESOLUCIÓN de 9 de octubre de 1998.

ANÁLISIS DEL CASO

- En autos de juicio ejecutivo seguidos a instancia de “Caja de Ahorros G.” contra “Hormigones H”, y don Nicolás (viudo), se libró mandamiento de

embargo sobre los derechos que puedan corresponder a D. Nicolás respecto a dos inmuebles que aparecen inscritos con carácter ganancial (la sociedad está disuelta por el fallecimiento del otro cónyuge, pero aún no está liquidada).

- El Registrador de la Propiedad suspendió la anotación del embargo, puesto que, según el artículo 144.4 del Reglamento Hipotecario, disuelta la sociedad de gananciales, si no figura en el Registro su liquidación, el embargo será notable si consta que la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges o sus herederos. Tal liquidación no consta en el Registro, y las fincas embargadas están inscritas, con carácter ganancial, a favor del primer demandado, D. Nicolás, y su esposa, D.^a Angustias.
- La entidad acreedora interpuso recurso gubernativo ante el Presidente del TSJ de Andalucía que fue desestimado, interponiéndose recurso ante la DGRN que igualmente fue desestimatorio.

RECURSO GUBERNATIVO ANTE EL PRESIDENTE DEL TSJ DE ANDALUCÍA

1. Alegación de la entidad recurrente.

Si bien es cierto lo que expresa el Registrador en la nota de calificación en relación al artículo 144.4 del Reglamento Hipotecario, hay que entender que en el supuesto que nos ocupa no se ha pretendido embargo sobre parte o partes de la finca, como consecuencia de la disolución de la sociedad de gananciales al fallecer el cónyuge; lo que se pretende, como se pone de manifiesto en el mandamiento dirigido al Registrador de la Propiedad, es anotar “los derechos que puedan corresponder al cónyuge supérstite en las fincas que constan inscritas en el Registro de la Propiedad como pertenecientes a la sociedad de gananciales”. Esta situación ha sido resuelta en numerosas Resoluciones, siendo de destacar la de 22 de mayo de 1986. Hay que citar la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1993 y el Auto de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Granada, de fecha 25 de mayo de 1994”.

2. Alegaciones del Registrador de la Propiedad.

El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: “a) Que en la providencia del mandamiento se solicita el embargo sobre los derechos que le puedan corresponder al demandado don Nicolás, en la actualidad en estado civil de viudo; b) Que la finca radicante en el Registro que se pretende embargar aparece inscrita con carácter ganancial en favor del demandado y su esposa; c) Que el artículo 144.4 del Reglamento Hipotecario es terminante en lo que dispone; d) Que no es válido el argumento de solicitarse el embargo sobre los derechos que puedan corresponder al demandado, pues dada la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales estos derechos recaerán sobre la totalidad de los bienes del causante que tengan esta naturaleza, y una vez liquidada dicha sociedad es cuando quedarán claramente determinados los bienes que corresponden a cada uno de los interesados en la herencia,

pudiendo ocurrir, de anotarse el embargo en la forma pedida, resulte imposible su ejecución, al adjudicarse los bienes a quien ni es deudor, ni ha sido demandado. Que quedarían vulnerados los principios de legalidad y tracto sucesivo. Que la Resolución de 11 de diciembre de 1991 apoya claramente la tesis mantenida”.

RECURSO ANTE LA DGRN

Se debate en el presente recurso sobre la posibilidad de extender una anotación preventiva de embargo sobre los derechos que puedan corresponder al demandado en determinadas fincas que aparecen inscritas con carácter ganancial, siendo así que del mandamiento resulta que el demandado es de estado civil viudo.

Es doctrina reiterada de este centro directivo que disuelta, pero no liquidada, la sociedad de gananciales, no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes que la integran y de la que pueda disponer separadamente, sino que, por el contrario, la participación de aquéllos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo, en tanto que conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación, que presupone la actuación conjunta de ambos cónyuges o de sus respectivos herederos, y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias, esta cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudiquen en las operaciones liquidatorias.

De lo anterior se desprende la necesidad de distinguir tres hipótesis diferentes, así en su sustancia como en su tratamiento registral:

a) Embargo de bienes concretos de la sociedad ganancial en liquidación. En congruencia con la unanimidad que preside la

3. Resolución del Presidente del TSJ de Andalucía.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía confirmó la nota del Registrador, fundándose en los argumentos alegados por éste en su informe.

gestión y disposición de esa masa patrimonial (artículos 397, 1058 y 1401 del Código Civil), requiere que las actuaciones procesales respectivas se sigan contra todos los titulares (artículo 20 de la Ley Hipotecaria).

b) Embargo de la cuota global que a un cónyuge corresponde en esa masa patrimonial. Dicho embargo, por aplicación analógica de los artículos 1067 del Código Civil; 42.6 y 46 de la Ley Hipotecaria, puede practicarse en actuaciones judiciales seguidas sólo contra el cónyuge deudor, y cuyo reflejo registral se realizará mediante su anotación “sobre los inmuebles o derechos que se especifique en el mandamiento judicial en la parte que corresponda al derecho del deudor” (artículo 166.1, “in fine” del RH).

c) Embargo de los derechos que puedan corresponder a un cónyuge sobre un concreto bien ganancial, una vez disuelta la sociedad conyugal. Este supuesto, que no puede confundirse con el anterior pese a la redacción del artículo 166.1.º, “in fine”, del Reglamento Hipotecario, y ello se advierte fácilmente cuando se piensa en la diferente sustantividad y requisitos jurídicos de una y otra hipótesis. En efecto, teniendo en cuenta que el cónyuge viudo y los herederos del premuerto puedan verificar la partición del remanente contemplado en el artículo 1404 del Código Civil, como tengan por conveniente, con tal de que no se perjudiquen los derechos del tercero (cfr. artículos 1410, 1083 y 1058 del Código Civil), en el caso de la traba de los derechos que puedan corresponder al deudor sobre bienes gananciales

concretos, puede perfectamente ocurrir que estos bienes no sean adjudicados al cónyuge deudor (y, lógicamente, así será si su cuota puede satisfacerse en otros bienes gananciales de la misma naturaleza, especie y calidad), por lo que aquella traba quedará absolutamente estéril; en cambio, si se embarga la cuota global, y los bienes sobre los que se anota no se atribuyen al deudor, éstos quedarán libres, pero el embargo se proyectará sobre los que se le haya adjudicado a éste en pago de su derecho (de modo que sólo queda estéril la anotación, pero no la traba). Se advierte, pues, que el objeto del embargo cuando la traba se contrae a los derechos que puedan corresponder a un cónyuge en bienes gananciales singulares carece de verdadera sustantividad jurídica; no puede ser configurado como un auténtico objeto de derecho susceptible de una futura enajenación judicial (cfr. Resolución de 8 de julio de 1991) y, por tanto, debe rechazarse su reflejo regis-

tral, conforme a lo previsto en los artículos 1 y 2 de la Ley Hipotecaria.

Ahora bien, del documento calificado no hay elementos para inferir de modo inequívoco ante cuál de los tres supuestos nos hallamos; se dice en él que se extienda la anotación sobre los derechos que puedan corresponder al cónyuge deudor en determinados bienes gananciales, y de aquí no puede deducirse sin más que se está embargando sólo esos derechos, máxime cuando, como se ha señalado, esta fórmula empleada sería la apropiada para la hipótesis del embargo de la global cuota ganancial del deudor. No procede, por tanto, confirmar el defecto impugnado que se produce sobre la inteligencia de que lo embargado son esos derechos especificados en el mandamiento, si bien no procede acceder a su despacho hasta que se especifique en el mandamiento cuál es el verdadero objeto de la traba.

RESOLUCIÓN de 10 de octubre de 1998.

3.2. Diferentes consecuencias registrales del embargo de bienes concretos pertenecientes a la sociedad de gananciales disuelta pero no liquidada y del embargo de la cuota que pueda corresponder al demandado en la futura liquidación.

ANÁLISIS DEL CASO

- En autos de juicio ejecutivo seguidos a instancia de la Caja de Ahorros G. contra D. Antonio, mayor de edad, viudo, y D.^a María, soltera, sobre reclamación de cantidad se libró mandamiento de embargo a fin de que se proceda a la anotación preventiva de embargo trabado sobre la finca registral número ..., que es propiedad de los demandados. Dicho mandamiento fue objeto de tres diligencias de adición en las que se corrigieron el número de finca declarada embargada y se aclaró que lo que se pretendía tuviera acceso al Registro era el embargo sobre “los derechos que puedan corresponder a D. Antonio en la finca registral... por la disolución de la sociedad de gananciales por fallecimiento de su esposa, D.^a Encarnación”.

- El Registro de la Propiedad de Granada número 1 fue calificado con la siguiente nota: “Suspendida la anotación preventiva de embargo a que se refiere el precedente mandamiento por el defecto subsanable de no haberse previsto en el mandamiento lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, ya que en el Registro no consta la liquidación de la sociedad de gananciales del demandado y su difunta esposa; ni darse todas las circunstancias exigidas para este caso por el artículo 166 del mismo Reglamento.
- La entidad Caja de Ahorros G. interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación que fue desestimado por el Presidente del TSJ de Andalucía.
- La entidad bancaria interpuso recurso ante la DGRN que fue desestimado.

RECURSO ANTE EL TSJ DE ANDALUCÍA

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

De ninguna manera puede subsumirse el supuesto de hecho que es objeto del recurso en la normativa que contiene el artículo 166 del Reglamento Hipotecario, ya que la demanda ejecutiva de que trajo causa el embargo sobre los derechos que pudieran corresponder a don Antonio sobre la finca (...) por la disolución de la sociedad de gananciales, no se ha dirigido contra herederos indeterminados de nadie, ni las acciones se han ejercitado sobre persona en quien concurra la cualidad de heredero o legatario del titular, sino que se ha dirigido contra el titular del derecho mismo según el Registro y por sus propias deudas.

En cuanto a la cita que hace el Registrador del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, hay que señalar la doctrina recogida en las Resoluciones de 10 de julio de 1952, 22 de mayo y 3 de julio y 16 de octubre de 1986.

La jurisprudencia viene interpretando esta cuestión como se ha mantenido anteriormente, así cabe citar el auto de la Audiencia Provincial de Granada, Sección Cuarta, de 25 de mayo de 1994 y la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1993.

2. Alegaciones del Registrador de la Propiedad.

La jurisprudencia sobre esta materia es algo difusa y vacilante. Pero hay que considerar, que la jurisprudencia no es más que la aplicación en cada caso concreto de la normativa vigente y si ésta es clara debe prevalecer el contenido del precepto.

Son hechos evidentes e incontrovertibles: a) Que la finca que se pretende embargar aparece inscrita con “carácter presuntivamente ganancial” en favor de don Antonio, mayor de edad, casado con doña Encarnación; b) Que según consta en diligencia extendida por el Secretario judicial en el mandamiento, con fecha 18 de junio de 1993, la esposa del demandado falleció el día 22 de noviembre de 1988; c) Que el artículo 144.4 del Reglamento Hipotecario es claro en sus términos; d) Que en el Registro no figura la liquidación de la sociedad conyugal; e) Que la demanda sólo se ha dirigido contra el viudo; f) Que hay que tener en cuenta lo que dicen las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1987, 8 de octubre de 1990 y 17 de febrero de 1992.

La anotación de demanda se hubiera podido practicar de subsanarse el defecto advertido, simplemente extendiendo la deman-

da a los herederos determinados o indeterminados de la causante titular registral (artículos 144.4 y 166.1 del Reglamento Hipotecario); o bien si se hubiese pretendido embargar la “cuota abstracta que le corresponde sobre la masa ganancial en liquidación”.

De hacerse la anotación preventiva de embargo tal como se ha solicitado, la anotación sería ineficaz al intentar ejecutarse por falta de legitimación pasiva, ya que ese bien, al estar integrado en la masa hereditaria, podría pertenecer o al demandado (en todo o en

parte) o a los herederos (en todo o en parte) que podrían verse afectados por una ejecución consecuencia de un procedimiento en el que no habían sido parte ni siquiera notificados de la existencia del mismo.

3. Resolución del Presidente del TSJ de Andalucía.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía confirmó la nota del Registrador, fundándose en los argumentos alegados por éste en su informe.

RECURSO ANTE LA DGRN

La entidad recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, citando las Resoluciones de 16 de julio de 1952, 3 de junio y 22 de mayo de 1986.

Se debate en el presente recurso sobre la posibilidad de extender una anotación preventiva de embargo sobre los derechos que puedan corresponder al demandado en determinadas fincas que aparecen inscritas con carácter ganancial, siendo así que del mandamiento resulta que el demandado es de estado civil viudo.

Es doctrina reiterada de este centro directivo que disuelta pero no liquidada la sociedad de gananciales, no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes que la integran y de la que pueda disponer separadamente, sino que, por el contrario, la participación de aquéllos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo, en tanto que conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación, que presupone la actuación conjunta de ambos cónyuges o de sus respectivos herederos, y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias, esta cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y

concretas que a cada uno de ellos se le adjudiquen en las operaciones liquidatorias.

De lo anterior se desprende la necesidad de distinguir tres hipótesis diferentes, así en su sustancia como en su tratamiento registral. En primer lugar, el embargo de bienes concretos de la sociedad ganancial en liquidación, el cual, en congruencia con la unanimidad que preside la gestión y disposición de esa masa patrimonial (cfr. artículos 397, 1058, 1401 del Código Civil), requiere que las actuaciones procesales respectivas se sigan contra todos los titulares (artículo 20 de la Ley Hipotecaria). En segundo lugar, el embargo de la cuota global que a un cónyuge corresponde en esa masa patrimonial, embargo que, por aplicación analógica de los artículos 1067 del Código Civil, 42.6, 46 de la Ley Hipotecaria, puede practicarse en actuaciones judiciales seguidas sólo contra el cónyuge deudor, y cuyo reflejo registral se realizará mediante su anotación “sobre los inmuebles o derechos que se especifique en el mandamiento judicial en la parte que corresponda al derecho del deudor” (cfr. artículo 166.1 “in fine” del Reglamento Hipotecario). En tercer lugar, el teórico embargo de los derechos que puedan corresponder a un cónyuge sobre un concreto bien ganancial, una vez disuelta la sociedad conyugal,

supuesto que no puede confundirse con el anterior pese a la redacción del artículo 166.1, “in fine”, del Reglamento Hipotecario, y ello se advierte fácilmente cuando se piensa en la diferente sustantividad y requisitos jurídicos de una y otra hipótesis. En efecto, teniendo en cuenta que el cónyuge viudo y los herederos del premuerto puedan verificar la partición del remanente contemplado en el artículo 1404 del Código Civil, como tengan por conveniente, con tal de que no se perjudiquen los derechos del tercero (cfr. artículos 1410 y 1083, 1058 del Código Civil), en el caso de la traba de los derechos que puedan corresponder al deudor sobre bienes gananciales concretos, puede perfectamente ocurrir que estos bienes no sean adjudicados al cónyuge deudor (y lógicamente así será si su cuota puede satisfacerse en otros bienes gananciales de la misma naturaleza, especie y calidad), como lo que aquella traba quedará absolutamente estéril; en cambio, si se embarga la cuota global, y los bienes sobre los que se anota no se atribuyen al deudor, éstos quedarán libres, pero el embargo se proyectará sobre los que se le haya adjudicado a éste en pago de su derecho (de modo que sólo queda estéril la anotación, pero no la traba). Se advierte, pues, que el objeto del embargo cuando la traba se con-

trae a los derechos que puedan corresponder a un cónyuge en bienes gananciales singulares carece de verdadera sustantividad jurídica; no puede ser configurado como un auténtico objeto de derecho susceptible de una futura enajenación judicial (cfr. Resolución de 8 de julio de 1991) y, por tanto, debe rechazarse su reflejo registral, conforme a lo previsto en los artículos 1 y 2 de la Ley Hipotecaria.

Ahora bien, del documento calificado no hay elementos para inferir de modo inequívoco ante cuál de los tres supuestos nos hallamos; se dice en él que se extienda la anotación sobre los derechos que puedan corresponder al cónyuge deudor en determinados bienes gananciales, y de aquí no puede deducirse sin más que se está embargando sólo esos derechos, máxime cuando, como se ha señalado, esta fórmula empleada sería la apropiada para la hipótesis del embargo de la global cuota ganancial del deudor. No procede, por tanto, confirmar el defecto impugnado que se produce sobre la inteligencia de que lo embargado son esos derechos especificados en el mandamiento, si bien no procede acceder a su despacho hasta que se especifique en el mandamiento cuál es el verdadero objeto de la traba.

RESOLUCIÓN de 16 de octubre de 1998.

3.3. Aunque no existe obstáculo para que con ocasión de la liquidación de la sociedad de gananciales los cónyuges puedan transmitirse bienes privativos, es necesario su adecuado reflejo documental, a fin de posibilitar la inscripción, siendo preciso plasmar nítidamente, en el correspondiente documento, los contratos y negocios realizados con todos sus elementos esenciales.

ANÁLISIS DEL CASO

- Los cónyuges D. José y D.^a Rosa otorgaron escritura de capitulaciones matrimoniales ante el Notario de Jaén, en la que, tras exponer que eran titulares

con carácter ganancial de dos bienes inmuebles de igual valor, manifestaron ser titulares, con carácter privativo, de otro bien inmueble, él, y de ajuar doméstico y dinero metálico, ella. Luego, tras disolver la sociedad de gananciales, procedieron a adjudicarse tanto los bienes gananciales como los bienes privativos de que eran titulares de forma y manera que cada uno de ellos se adjudicó uno de los bienes gananciales y luego ella se adjudicó el bien inmueble privativo de él y éste se adjudicó el ajuar doméstico y el metálico que privativamente pertenecía a ella.

- El Registrador de la Propiedad de Linares suspendió la inscripción por el defecto subsanable de haberse verificado con motivo de la liquidación de la sociedad de gananciales, transmisiones de bienes privativos al cónyuge que no es titular, debiendo expresarse la causa de tal transmisión conforme al artículo 1275 del Código Civil y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de enero de 1994, así como las de 25 de septiembre de 1990, 7 y 26 de octubre de 1992 y 11 de junio de 1993.
- Contra la anterior calificación el Notario interpuso recurso gubernativo ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que fue desestimado.
- El Notario interpuso recurso ante la DGRN que fue desestimado.

RECURSO ANTE EL TSJ DE ANDALUCÍA

1. Alegaciones del Notario recurrente.

El único defecto que el funcionario calificador estima es la no expresión de la causa de la adquisición del dominio de los bienes por los cónyuges, defecto que resulta refutado por la propia nota calificadora, que habla de “con motivo de la liquidación de la sociedad de gananciales”. En efecto, si, al referirse a la causa, está pensando dicho funcionario en la “causa remota” (título) de la adquisición, la misma es ese “motivo” con la consiguiente adjudicación. Es decir, existe un negocio jurídico que justifica la adquisición, teniendo pleno cumplimiento el artículo 609 del Código Civil. 2.ª Si por el contrario el señor Registrador se está refiriendo a la “causa próxima” del negocio jurídico, igualmente existe, tanto si se atiende a la literalidad del artículo 1274 como si se atiende a la concepción lógica, histórica y sistemática,

avalada por la jurisprudencia. En efecto: a) Si por causa entendemos la de “cada parte contratante” (artículo 1274) o de “la obligación que se establezca” (artículo 1261.3.ª) es evidente que la prestación de cada cónyuge tiene su contrapartida en la del otro. b) Si por causa entendemos como la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 15 de enero de 1904, 23 de noviembre de 1920, 26 de noviembre de 1941, 8 de febrero de 1943, etc.), la causa del contrato en su conjunto (igual a reciprocidad de las prestaciones, reciprocidad en la conveniencia o valor análogo de las mutuas prestaciones), también es evidente que existe. 3.ª De lo anteriormente expuesto, resulta clara la improcedencia de la nota calificadora al invocar el artículo 1275 del Código Civil, que, si la entendiéramos “strictu sensu”, nos llevaría al absurdo de tener que expresar la causa de las escrituras de compraventa, donación, etc., con olvido de la necesaria distinción entre causa “ge-

nérica” (artículo 1274) y la causa específica (v.g. artículo 1445). Tal formulismo, por absurdo, no es necesario rebatirlo. 4.^ª Igualmente, de todo lo anterior, resulta improcedente la invocación de las Resoluciones que el señor Registrador cita, ya que están referidas a un reconocimiento abstracto de dominio, en el que no sólo falta la causa próxima sino la remota, circunstancia que, en el presente caso, según se ha dicho, no concurre. 5.^ª La nota calificadora desconoce, por otra parte, lo dispuesto en el artículo 1323 del Código Civil, que permite a marido y mujer transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos. 6.^ª Finalmente, la remisión que el artículo 1410 del tan repetido cuerpo legal hace, en materia de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, a lo establecido para la partición y liquidación de la herencia remacha que la solución recogida en la escritura calificada es avalada por tan abrumadora y conocida jurisprudencia registral y judicial que resulta innecesaria su invocación pormenorizada.

2. Alegaciones del registrador de la Propiedad.

Aunque pretende el recurrente que existe una “causa remota” por haberse practicado las transmisiones referidas con motivo de la liquidación de la sociedad de gananciales, tal aseveración no puede en ningún caso mantenerse pues, aunque se hayan verificado dichos desplazamientos patrimoniales en el mismo título —entendiendo en este caso título en sentido formal y por tanto como sinónimo de documento— la causa que ampara la disolución y consiguiente adjudicación de los bienes gananciales no puede servir para transmisiones de bienes privativos que, por propia definición, nada tienen que ver con la sociedad de gananciales; sin que la nueva conexión instrumental entre estos varios negocios, según ya hemos reseñado, tenga trascendencia alguna en cuanto a la expresión de ese elemento esencial de todo negocio jurídico que constituye la causa. A

este respecto, puesto que el recurrente cita el artículo 1410 del Código Civil, conviene recordar que en una partición suelen coexistir, junto al negocio puramente particional, otros, tanto onerosos como gratuitos, inter vivos entre los herederos. 2.^ª Tampoco cabe alegar, puesto que las dos transmisiones de bienes privativos verificadas entre los cónyuges son equivalentes, según manifiestan los interesados, debe deducirse la existencia de causa, puesto que, según las Resoluciones de 25 de septiembre de 1990, 7 y 26 de octubre de 1992, 11 de junio de 1993 y 19 de enero de 1994, la causa debe ser expresada con la suficiente claridad exigida para poder calificarla, pues a ella, como elemento esencial del negocio jurídico en cuya virtud se produce el desplazamiento patrimonial o, por emplear la terminología de la propia Dirección General, “expresión (de la causa) con la claridad exigida para la calificación y para la expresión de sus circunstancias en el Registro” (vid. Resolución de 7 de octubre de 1992) o “exacta especificación de la causa” (vid. Resolución de 11 de junio de 1993). 3.^ª Se puede afirmar, pues, que mientras la liquidación de la sociedad de gananciales implica, como su nombre indica, un reparto de los bienes hasta ese momento comunes entre los cónyuges, si se produce alguna transmisión de aquellos que no son gananciales se deberá a otra causa, onerosa o gratuita, que necesariamente debe consignarse en el título. 4.^ª El artículo 1323 del Código Civil no tiene incidencia alguna a estas cuestiones pues no se pone en tela de juicio la posibilidad de los cónyuges de transmitirse bienes por cualquier título, siempre y cuando se dote al negocio jurídico de la adecuada expresión de la causa subyacente en el mismo.

3. Resolución del Presidente del TSJ de Andalucía.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía desestimó el recurso interpuesto y confirmó la nota del Registrador en base a que en el Registro de la Propiedad no es inscribible un título en el cual no se

expresa el contrato o convenio causal del cual deriva la transmisión, y si tan sólo el consentimiento o acuerdo traslativo, puesto que, para que éste sea considerado como tal, debe contener ostensiblemente el contrato o elemento causal en cuya virtud se transmite y adquiere la propiedad de los bienes, sin

que quepa reargüir que el artículo 1277 del Código Civil presume que, en el caso de expresión de la causa, ésta existe y es lícita, ya que la extensión de este precepto a los actos de transmisión de bienes inmuebles está obstruida por la teoría del título y el modo, y en consecuencia inoperante.

RECURSO ANTE LA DGRN

1. Alegaciones del Notario recurrente.

El Notario se ratificó en todo lo expuesto al interponer el recurso y añadiendo que el problema central es el de si es posible, al liquidarse la sociedad de gananciales, adjudicar en pago del haber de un cónyuge, bienes privativos del otro y entender que la causa está precisamente en la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. De admitir la nota de calificación y la resolución que se impugnan ¿qué hacer en el caso de que el único bien ganancial sea indivisible y no tuviese el adjudicatario metálico para pagar el haber del otro, pero sí una finca igual al mismo? ¿Y si es posible, la causa a que parece referirse el señor Registrador sería la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales? o ¿habría que inventarse un título de permuta, donación, compraventa, etc.?

2. Resolución de la DGRN

El supuesto de hecho que motiva el presente recurso es el siguiente: Los cónyuges otorgan capitulaciones matrimoniales por las que disuelven y liquidan la sociedad de gananciales y pactan, para lo sucesivo, el régimen de separación. Al inventariar los bienes de los que son titulares, no sólo incluyen los dos inmuebles que, con igual valor, pertenecen a la sociedad disuelta, sino que añaden otros privativos de ambos, un inmueble del marido que se valora en un millón de pesetas, el ajuar doméstico que pertenece a la esposa y que se valora en doscientas cin-

cuenta mil pesetas, y dinero metálico, también privativo de ésta, por valor de setecientas cincuenta mil pesetas. Una vez concluido el inventario, los cónyuges se adjudican los bienes inventariados atribuyendo, al marido, uno de los bienes que hasta entonces había sido ganancial y el ajuar doméstico, así como el metálico, que eran privativos de la esposa, y a ésta el otro bien ganancial y el inmueble que era privativo del marido.

Proclamada en nuestro Derecho la posibilidad de transmisión de bienes entre cónyuges por cualquier título (cfr. artículo 1323 del Código Civil), nada se opone a que éstos, con ocasión de la liquidación de la sociedad conyugal preexistente, puedan intercambiarse bienes privativos; ahora bien, puesto que el objeto de la liquidación es exclusivamente la división por mitad del haber resultante después de pagados los acreedores consorciales (cfr. artículo 1404 del Código Civil), no puede entenderse que esas transmisiones adicionales de bienes privativos del patrimonio de un cónyuge al del otro tengan como causa exclusiva la propia liquidación del consorcio; habrá, en ocasiones, un negocio complejo en el que la toma de menos por un cónyuge del remanente consorcial se compense con esa adjudicación, a su favor, de bienes privativos del otro cónyuge, o simplemente, negocios adicionales a la liquidación, independientes jurídicamente de ésta, con su propia causa, ya onerosa (permuta, compraventa, etc.), ya gratuita (donación), pero, tanto en uno como en otro caso, será preciso su adecuado reflejo documental, a fin de posibilitar la inscripción, siendo

preciso plasmar nítidamente, en el correspondiente documento, los contratos y negocios realizados con todos sus elementos esenciales en consideración a las siguientes circunstancias: a) La exigencia de una causa lícita y suficiente para todo negocio traslativo (cfr. artículos 1274 y siguientes del Código Civil); b) La extensión de la calificación registral a todos los extremos determinantes de la validez del negocio inscribible (artículo 18 de la Ley Hipotecaria); c) La necesidad de reflejar en el Registro de la Propiedad el negocio jurídico determinante del derecho

real a inscribir (cfr. artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario); d) Las distintas exigencias en cuanto a validez de los diferentes tipos negociales, así como las específicas repercusiones que el concreto negocio adquisitivo tiene en el régimen jurídico del derecho adquirido (adviértanse las diferencias entre la adquisición a título oneroso y las realizadas a título gratuito), así en parte a su protección —cfr. artículos 34 de la Ley Hipotecaria y 1297 del Código Civil— como en su firmeza —cfr. artículos 644 y siguientes del Código Civil.

RESOLUCIÓN de 27 de noviembre de 1998.

3.4. *Denegación de la inscripción de una escritura judicial de venta de un inmueble respecto a la parte indivisa que pertenece a un demandado —comerciante— casado en gananciales, al desconocerse las facultades de codisposición que al cónyuge no demandado correspondían sobre el bien.*

ANÁLISIS DEL CASO

- En el día 13 de enero de 1994, y dando cumplimiento a la sentencia dictada en la que se condenaba a los demandados a elevar a público un contrato de compraventa, se otorgó escritura pública ante un Notario de Guadalajara compareciendo el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2, de dicha ciudad, en nombre y representación, en virtud de su cargo, de D. Luis, casado con D.^a Carmina, y en su propio nombre sus hijos, D. Félix, casado, y D. Julio, soltero, todos ellos en representación de “Promociones y Construcciones V.”, venden a D. José, soltero, que compra un apartamento que pertenece a los vendedores por terceras partes indivisas, con carácter presuntivamente ganancial en cuanto a D. Luis y privativo en lo que se refiere a D. Félix y D. Julio.
- Presentada copia de la citada escritura en el Registro de la Propiedad número 2 de Guadalajara, fue calificada con la siguiente nota: “Inscrito el precedente documento en cuanto a las dos terceras partes que transmiten D. Félix y D. Julio y suspendida la inscripción de la tercera parte restante que figura inscrita con carácter ganancial, a favor de D. Luis y su esposa, D.^a Casimira

María, porque no ha intervenido en la escritura dicha señora, ni consta en ella que por sí o representada haya prestado el consentimiento que exige el artículo 93.2 del Reglamento Hipotecario ni que éste haya sido suplido en forma alguna ya que el Magistrado que comparece lo hace sólo en nombre del esposo pero no de dicha señora, lo que es consecuente con el procedimiento que ha motivado el otorgamiento de la escritura, el cual no se ha seguido contra dicha señora, según resulta del precedente documento.

- D. José interpuso recurso gubernativo ante el TSJ de Castilla-La Mancha que fue estimado.
- El Registrador interpuso recurso ante la DGRN que estimando el recurso revocó el auto apelado y confirmó la calificación inicial del Registrador.

RECURSO ANTE EL TSJ DE CASTILLA-LA MANCHA

1. Alegaciones del recurrente.

Como fundamento de derecho hay que citar los artículos 1365 del Código Civil, 6 y 7 del Código de Comercio y 93.2 del Reglamento Hipotecario. La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1988 analiza un caso similar al que se resolvió en los autos que han dado lugar al presente recurso gubernativo, pero en sentido inverso. Por tanto, considerando dicha sentencia hay que señalar que en concretamente si se hubiera demandado a la esposa como si no, ésta no interviene en la escritura, y por tanto, es imposible inscribir la compraventa judicial en el caso de que un bien inmueble pertenezca a un comerciante y a su cónyuge, conclusión que parece carecer de toda lógica jurídica. Que hay también que citar las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1989 y 25 de noviembre de 1991, así como la Resolución de 15 de julio de 1988. Que hay que tener en cuenta lo que dispone el artículo 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Alegaciones del Registrador de la Propiedad.

Que de la escritura y especialmente de la transcripción parcial que se hace de ella de las sentencias antes mencionadas resulta que

D.^a Casimira María no ha sido parte en el procedimiento que determinó el otorgamiento de la escritura y ni siquiera ha sido citada en él.

Que la totalidad de los argumentos del recurso se refieren al primer defecto sin referirse para nada al defecto relativo a la cancelación de las anotaciones e inscripciones, por lo que hay que considerar que el recurrente está de acuerdo con él, y como consecuencia, el presente informe no se referirá nada más que al primer defecto, el cual se hace conforme a los siguientes fundamentos de derecho:

1.^o Que la calificación se refiere a un documento notarial y será aplicable el artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

2.^o Que la nota de calificación se base en que en la escritura no conste que exista el consentimiento que exige el artículo 93.2 del Reglamento Hipotecario para enajenar bienes gananciales. Dicho artículo fue modificado por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982, que desarrolló hipotecariamente la reforma del Código Civil hecha por la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

3.^o Que lo anterior corresponde con la doctrina establecida en la Resolución de 6 de julio de 1993.

4.º Que el caso resuelto por la anterior Resolución es igual al objeto del presente recurso.

5.º Que en virtud del principio de tracto sucesivo y de conformidad con lo establecido en el párrafo 1.º del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, la compraventa debió otorgarse por el Magistrado en nombre de todos los titulares inscritos, esto es, ambos cónyuges, ya que la sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica y hay que actuar en nombre de ambos titulares, lo que no hizo porque no podía hacerlo, pues estaba ejecutando una sentencia y tenía que ceñirse a lo establecido en ella que sólo condenaba a los que comparecieron en la escritura, por sí o representados. Que la observancia de tal principio que se desarrolla en cuanto a bienes gananciales en el artículo 93 del Reglamento Hipotecario impide inscribir el documento otorgado sin la intervención de uno de los titulares inscritos.

6.º Que el Magistrado actúa en sustitución del condenado, es como si fuera él.

7.º Que no es aplicable a este caso la doctrina establecida en la Resolución de 15 de julio de 1988.

8.º Que uno de los argumentos utilizados por el recurrente es que los titulares de la finca ejercen el comercio y quedan obligados a las resultas del mismo los bienes comunes si el otro cónyuge presta el consentimiento para que se ejerza el comercio, pudiendo ser tácito dicho consentimiento, según establece el artículo 7.º del mismo cuerpo legal. Que en contra de lo dicho hay que señalar: a) Que el comercio que ejercen dichos señores tiene como parte esencial la compraventa de inmuebles, que según el artículo 325 del Código de Comercio no es mercantil, y en este punto hay que citar la Resolución de 13 de diciembre de 1985. b) Que el recurrente al referirse al Código de Comercio habla de que los bienes quedan obligados a las resultas del comercio, remitiéndose incluso al artículo 1365 del Código

Civil, pero estamos ante una situación distinta, ante una disposición de bienes gananciales a los que se refiere el artículo 1377 del mismo Código.

9.º Que finalmente, en lo referente al artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, hay que señalar que no se han desobedecido ninguna de las sentencias ya que en ninguna se ordenaba al Registrador realizar operación registral alguna.

3. Informe del Magistrado-Juez.

La Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Guadalajara, informó que de la propia escritura debe deducirse que cuando la Audiencia Provincial de Guadalajara se pronuncia en su fundamento de derecho tercero sobre la excepción propuesta de falta de litis-consorcio pasivo necesario por no haber sido llamada al procedimiento la esposa, está considerando que ésta ha prestado su consentimiento tácito conforme a/con lo establecido en los artículos 6 y 7 del Código de Comercio y por ello debe considerarse como condenada "inaudita parte", sin que pueda obligarse al hoy recurrente a entablar una nueva demanda contra la esposa ya que tendrá por objeto que se declare que prestó su consentimiento a la operación mercantil realizada por su esposo.

4. Resolución del Presidente del TSJ de Castilla-La Mancha.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha revocó la nota del Registrador fundándose principalmente en que la venta de la cuota, cuya inscripción se ha denegado, ha sido hecha por un comerciante, conforme a lo establecido en el artículo 6 del Código de Comercio y 1365.2 del Código Civil y que al calificar la escritura se ha hecho abstracción de la situación procesal que la genera.

RECURSO ANTE LA DGRN

1. Alegaciones del Registrador.

El Registrador apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones, y añadió:

A) 1.º Que el hecho de que una persona sea comerciante no implica que todos los actos jurídicos que realice sean actos de comercio, y no es obstáculo para que realice actos civiles a los que se ha de aplicar la legislación civil.

2.º Que de lo establecido en el artículo 2 del Código de Comercio hay que concluir que los actos que no sean de comercio no se registrarán por las disposiciones contenidas en el Código de Comercio. En el caso que se estudia se trata de una compraventa de un inmueble que no puede ser considerada como acto de comercio en virtud de lo establecido en el artículo 325 del mencionado Código y, por tanto, se rige por el Código Civil, con independencia de que el vendedor sea o no comerciante, siendo entonces aplicables los artículos 1377 y 1375 del Código Civil, en este sentido se pronunció la Resolución de 13 de diciembre de 1985.

3.º Que los artículos 6 del Código de Comercio y 1365 del Código Civil se refieren al caso de que uno solo de los cónyuges sea comerciante, pero el caso que se estudia parece que se trata más bien de un negocio ganancial, en cuyo caso no serían de aplicación los preceptos citados, y será de aplicación el artículo 1347, apartado 5.º, del Código Civil, al que son de aplicación plena las normas de dicho Código reguladoras de la sociedad de gananciales, entre ellas las de los artículos 1377 y 1375 antes citados y, como consecuencia, el artículo 93.2 del Reglamento Hipotecario.

4.º Que del Reglamento Hipotecario viene a desarrollar lo establecido en el Código Civil, así hay que estar a lo dispuesto en el artículo 93.2 y, por otro lado, si entre los casos especiales del artículo 96 estuviese el que uno de los cónyuges fuera comerciante,

es casi seguro, por su trascendencia, que se hubiera recogido expresamente.

5.º Que conforme a la Resolución de 20 de marzo de 1986, en este caso no puede deducirse Del contenido del Registro ni de la escritura calificada que se trate de un inmueble-mercadería pues la parte transcrita de la sentencia no lo dice claramente.

6.º Que si de lo expuesto se concluye que no es de aplicación al caso del recurso el artículo 6 del Código de Comercio, la situación planteada se diferencia muy poco de la resuelta por la Resolución de 6 de julio de 1993.

B) Que sí se ha tenido en cuenta la situación procesal, pero de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

2. Resolución de la DGRN.

No ha de discutirse ahora sobre la naturaleza jurídica de la denominada “comunidad de bienes” que aparece como sujeto vendedor en el documento privado de la compraventa, ni sobre la legitimación procesal pasiva en tales hipótesis (esto es, contra quienes ha de dirigirse la demanda cuando se pida judicialmente el cumplimiento de obligaciones asumidas por aquella comunidad). En el caso debatido, es lo cierto que el bien aparece inscrito en copropiedad ordinaria en los términos expuestos, y este pronunciamiento, que se presume exacto a todos los efectos legales (cf. artículo 38 Ley Hipotecaria), que está bajo la salvaguardia de los Tribunales no pudiendo rectificarse sino con el consentimiento del titular o por resolución firme dictada en juicio declarativo entablado contra su titular (cf. artículos 1 y 40 Ley Hipotecaria), y que al vincular al Registrador en su labor calificadora (cf. artículo 18 Ley Hipotecaria), le impide, efectivamente, inscribir la venta del bien en cuanto a la tercera parte inscrita a favor de D. Luis y su esposa, D.ª Carmina, con carácter ganancial, toda

vez que la disposición de bienes comunes presupone el consentimiento de ambos cónyuges (cf. artículo 1375 del Código Civil), y no consta en el caso debatido que haya mediado el de la esposa, ni aparece que haya sido parte en el procedimiento y condenada en la sentencia en cuya ejecución se otorga la escritura calificada.

No se revisa con ello (ni podría hacerse por el Registrador, dada la limitación de sus facultades calificadoras respecto de los documentos judiciales —vid. artículo 100 del Reglamento Hipotecario—) la verdadera eficacia de la sentencia y de la consiguiente escritura pública, ni se menoscaba el deber de colaboración con la justicia que incumbe a toda persona o entidad pública o privada (artículo 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Lo que ocurre es que esa actuación judicial encaminada a dar forma pública y efecto real a un consentimiento contractual anterior y resultante de un proceso entablado exclusivamente contra uno de los cónyuges, suple ciertamente la conducta del cónyuge vendedor, pero sólo ésta y, dado que en materia de gananciales rige el principio de codisposición, ni la sola conducta de uno de los cónyuges, ni la decisión judicial que la suple, basta para entender que es plenamente válida la enajenación del bien ganancial; lo contrario, sobre vulnerar la eficacia relativa de la cosa juzgada (cfr. artículo 1252 del Código Civil) y desconocer las facultades de codisposición que al cónyuge no demandado correspondían sobre los bienes en cuestión, implicaría su indefensión y el desconocimiento flagrante del principio constitucional del derecho a la tutela jurisdiccional de los propios derechos e intereses legítimos (artículo 24 Constitución Española).

Cuestión distinta —que ahora no se prejuzga— sería que se acreditara fehacientemente constar en el Registro, que la titulari-

dad del bien no correspondiera en condominio ordinario a las personas indicadas, sino bajo una forma específica de comunidad sujeta a especiales disposiciones pactadas por los cotitulares (cf. artículo 392 Código Civil), de las cuales resultare, a su vez, que los ahora demandados y codemandados tuvieran plenas facultades para su enajenación; mas no siendo esto así, no puede accederse a la práctica de la inscripción pretendida, so pretexto del deber de cumplir la sentencia recaída, y es que la proclamación judicial de la cual es la concreta forma de titularidad del bien discutido (y, consiguientemente, cual su régimen jurídico específico) sólo puede obtener reconocimiento registral en la hipótesis en que el pronunciamiento tabular sea diferente, cuando en el procedimiento seguido han sido parte todos aquellos a los que el asiento eventualmente inexacto atribuye algún derecho; así lo imponen además de los principios registrales de legitimación, tracto y salvaguardia judicial de los asientos, el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos, con exclusión de la indefensión (cf. artículo 24 Constitución Española) y el alcance relativo de la eficacia de la cosa juzgada (cf. artículo 1252 Código Civil).

Por lo demás, la invocación del artículo 6 del Código de Comercio, no altera las anteriores consideraciones, pues, por una parte, no se ha acreditado que la cuota ganancial cuestionada haya sido adquirida en el ejercicio del comercio realizado por el cónyuge condenado —acreditación que se impone en función de los limitados medios con que ha de desenvolverse la calificación registral (cfr. artículos 3 y 18 Ley Hipotecaria)—, y, por otra, al no haber sido parte el cónyuge del demandado en el procedimiento seguido, la afirmación judicial de aquella circunstancia no podría ser eficaz contra él (cf. artículo 1252 Código Civil).

4. SUCESIONES

RESOLUCIÓN de 6 de noviembre de 1998.

4.1. *No existe contraposición de intereses entre la viuda y el hijo menor de edad cuando regía entre los esposos el régimen de separación de bienes y se procede a la adjudicación de un único bien, mediante creación de una cotitularidad en proporción a las cuotas hereditarias de cada adjudicatario. Será la extinción de esta cotitularidad la que pudiera hacer preciso, si se produjere bajo la minoría de edad de la heredera, el nombramiento de defensor.*

ANÁLISIS DEL CASO

- El día 5 de agosto de 1993 un Notario de Barcelona autorizó acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato, a causa del fallecimiento de D. Alberto sin haber otorgado testamento. En el acta fue declarada heredera su única hija, Eulalia, menor de edad, con reserva del usufructo sobre toda la herencia que, sin perjuicio de los derechos legitimarios, las donaciones “mortis causa” y los legados ordenados en codicilo, el artículo 331 del Código de Sucesiones “mortis causa” en el Derecho Civil de Cataluña atribuye al cónyuge sobreviviente doña Dolores.
- En la misma fecha y ante el mismo Notario la esposa del causante, D.^a Dolores, en su propio nombre y como representante legal de su hija y única heredera otorgó escritura de manifestación y aceptación de herencia, en la que procedió a adjudicar el único bien de la herencia consistente en un apartamento de propiedad horizontal, correspondiendo a la hija una cuarta parte indivisa en plena propiedad, en concepto de derechos legitimarios, y las tres cuartas partes restantes en nuda propiedad, correlativa al usufructo que la madre se adjudicó como cónyuge sobreviviente.
- Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Lloret de Mar fue calificada con la siguiente nota: “Examinado el documento que antecede se devuelve al presentante sin practicarse operación alguna por defecto insubsanable de no haberse practicado atribución concreta de bienes usufructuados y no usufructuados, lo que entraña un acto particional en el que existen intereses contrapuestos entre los herederos y su representante en virtud de la patria potestad, lo que requiere el nombramiento de defensor judicial”.

- D.^a Dolores, y ésta como legal representante de su hija menor, Eulalia, interpuso recurso gubernativo que fue estimado revocándose la nota del registrador.
- El Registrador interpuso recurso ante la DGRN que fue desestimado.

RECURSO ANTE EL TSJ DE CATALUÑA

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente discrepa de la nota de calificación por los siguientes motivos:

a) Que hay atribución de bienes con suficiente concreción para cumplir con el principio de especialidad, ya que la atribución de partes indivisas que se hace en la escritura cumple con la exigencia del artículo 54 del Reglamento Hipotecario. Que de no admitir como suficiente tal concreción llevaría al absurdo de tener que segregar, como finca nueva e independiente, una cuarta parte de la única finca existente en la herencia, cosa imposible ya que la haría inservible para su destino de vivienda; b) Que al ser la atribución proindivisa no hay propiamente acto particional; c) Que si no hay acto particional no hay posibilidad de contraposición de intereses; y d) Que si no hay contraposición de intereses no es necesaria la intervención de Defensor Judicial (artículos 163 del Código Civil y concordantes).

2. Alegaciones del Registrador de la Propiedad.

El artículo 330 del Código de Sucesiones de Cataluña dice taxativamente que la herencia “intestata” se defiere a los hijos del causante, mientras que el artículo 331 del mismo Cuerpo Legal habla simplemente de adquisición por el viudo del usufructo, pero sin atribuirle la condición de heredero, en concurrencia con los descendientes.

El párrafo segundo del artículo 331 antes citado no ha de entenderse como la superposición en una misma persona de la cualidad

de heredero con la de legitimario, que sería a su vez su deudor y su acreedor, pues ambos derechos se extinguirían por confusión en el mismo momento de su nacimiento, sino que ha de entenderse como una corrección al párrafo primero de dicho artículo, e interpretarlo junto a los artículos 350 y 352 del Código de Sucesiones de Cataluña, con lo que se llega a la conclusión de que si por existencia de donaciones “mortis causa”, legados en codicilo y usufructo viudal, el heredero no llega a hacer suya la cuarta parte del valor de los bienes hereditarios, dichos legados, donaciones y usufructo han de ser reducidos por el procedimiento de los artículos 373 a 375 de dicho Cuerpo Legal, pero ni los donatarios ni los legatarios ni el cónyuge viudo han de pagar la legítima al heredero “ab intestato”, ni, mucho menos, se la ha de adjudicar éste a sí mismo. Que hay que señalar lo que establece el artículo 10, número 2, letra a) del Real Decreto Legislativo número 1/1993, de 24 de septiembre.

El acto particional es aquel en que los interesados en la herencia, que tengan legitimación activa para promover el juicio de testamentaría, proceden a hacer adjudicación de bienes en pago de sus respectivos derechos. Que en este punto hay que considerar lo establecido en las Resoluciones de 13 de marzo de 1991 y de 10 de enero de 1994. Que, concluyendo, en este caso la recurrente ha adjudicado a la heredera bienes en pago de una supuesta legítima, lo que entraña una manifestación de voluntad emitida tanto en nombre propio como en nombre de su representada, en la que hay intereses contrapuestos y, por tanto, es necesaria la intervención del defensor judicial, pues excede de la sim-

ple adjudicación de los bienes en la forma en que éstos han sido deferidos al heredero y a la usufructuaria por Ministerio de la Ley.

3. Resolución del Presidente del TSJ de Cataluña.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña revocó la nota del Re-

gistrador por considerar que en el caso concreto que se estudia ha habido atribución concreta de bienes usufructuados y no usufructuados y no hay contraposición de intereses que requiera la intervención de defensor judicial en cuanto se cumplen escrupulosamente las normas del Derecho Civil Catalán.

RECURSO ANTE LA DGRN

El Registrador apeló el auto presidencial, manteniéndose en las alegaciones que constan en su informe.

En el presente recurso se debate a propósito de una escritura de manifestación y aceptación de herencia otorgada por el cónyuge viudo actuando por sí y en representación de su hijo menor —único heredero del causante— en la que, después de señalar que los únicos bienes relictos son el ajuar (valorado en 54.810 pesetas) y un apartamento (valorado en 1.827.001 pesetas), la viuda “en satisfacción de la cuota viudal usufructuaria que le corresponde en la herencia de su esposo” se adjudica el usufructo de las tres cuartas partes indivisas de todos y cada uno de los bienes integrantes del caudal relicto relacionados previamente (valorándose ese usufructo, dada su edad —cuarenta y tres años— en 649.225 pesetas) y adjudica a su hijo “todos y cada uno de los bienes de la herencia en siguiente forma: Una cuarta parte indivisa en concepto de derechos legitimarios por su valor de 470.453 pesetas, y las tres cuartas partes restantes en nuda propiedad, correlativa al usufructo viudal adjudicado a su madre, esposa del causante, por su valor de 762.133 pesetas.

La primera objeción del Registrador (no haberse practicado atribución concreta de bienes usufructuados y no usufructuados)

carece de todo rigor, claramente se establece que a la madre corresponde el usufructo de las tres cuartas partes de todos y cada uno de los bienes inventariados, y a la hija una cuarta parte de cada uno de dichos bienes en pleno dominio, y otras tres cuartas partes en nuda propiedad, satisfaciéndose plenamente las exigencias del principio de especialidad en cuanto a la determinación de la titularidad de todos y cada uno de los bienes relictos (cfr. arts. 9 de la Ley Hipotecaria y 51 y 54 del Reglamento Hipotecario).

En cuanto a la necesidad de concurrencia de defensor judicial a los actos particionales, segundo defecto alegado por el Registrador, el artículo 163 del Código Civil aplicable en el momento de la calificación exige para que sea necesario el nombramiento de defensor judicial la existencia de un interés contrapuesto entre el progenitor y el menor de edad, contraposición que no se da cuando, como ocurre en el presente caso, rige entre los esposos el régimen de separación de bienes y se procede a la adjudicación de, en realidad, un único bien, mediante creación de una cotitularidad en proporción a las cuotas hereditarias de cada adjudicatario. Será la extinción de esta cotitularidad la que pudiera hacer preciso, si se produjera bajo la minoría de la heredera, el nombramiento de defensor (cfr. Resolución de 27 de enero de 1987).

RESOLUCIÓN de 18 de noviembre de 1998.

4.2. *Denegación de inscripción de una escritura de liquidación de sociedad de gananciales y partición de herencia al haberse detectado una transmisión de parte de un bien privativo a favor de los herederos, y ello hasta tanto no se exteriorice debidamente el completo negocio celebrado que justifique jurídicamente el resultado pretendido.*

ANÁLISIS DEL CASO

- Con fecha 11 de agosto de 1994, el cónyuge viudo y los seis hijos de D.^a M.^a Teresa procedieron a practicar el cuaderno particional que contiene la liquidación de la sociedad conyugal y las operaciones particionales de los bienes de la herencia de su esposa y madre, según el testamento otorgado el 11 de abril de 1991, ante un Notario de Santander.
- El 14 de septiembre de 1994, ante un Notario de Santander, los herederos citados otorgaron acta notarial de protocolización de dicha cuaderno particional. En el número 61 del inventario, al final del apartado dice, «En consecuencia, de este 25 por 100 de los inmuebles descritos, son privativos de la causante, por haberlos adquirido por herencia, un 20,8175 por 100, y el resto, o sea 4,1825 por 100, corresponde a la sociedad de gananciales, por haberse adquirido a título oneroso constante el matrimonio de la causante con D. Marcial.
- Presentado el anterior documento en el Registro de la Propiedad de Santander número 1, fue calificado con la siguiente nota: «Se deniega la inscripción del precedente documento por haberse padecido error en la determinación del haber privativo y ganancial de la participación de la finca número 61 del inventario, toda vez que lo procedente es repartir el valor total de dicha partición proporcionalmente a las cifras 20,8175 y 4,1825 conforme a las siguientes reglas de tres: 25-valor total declarado de la partición. 20,8175-X. 4,1825-Y. “X” será el haber privativo e “Y” será el haber ganancial».
- Don José Marcial interpuso recurso gubernativo que fue estimado por el TSJ de Cantabria.
- El Registrador interpuso recurso ante la DRGN que fue estimando confirmando su calificación inicial.

RECURSO ANTE EL TSJ DE CANTABRIA

1. Alegaciones del recurrente.

El 20,8175 por 100 está valorado de común acuerdo entre todos los herederos en 17.671.976 pesetas, sin entrar a determinar si ese tanto por ciento es el 83 o el 96 o el porcentaje que sea del 25 por 100 de la edificación, y cuya valoración es inamovible con independencia del porcentaje que sea. Que ello es así ya que según los valores dados de común acuerdo a las particiones indivisas, sumándolas (tanto las privativas como las gananciales), nos da el valor total asignado en el inventario, y dicha partición de un 25 por 100 no adjudica a los seis hijos por sextas e iguales partes. Que en la partición no es necesaria una exacta operación matemática, sino que lo esencial es la valoración que dan los herederos a los bienes privativos y a los gananciales. Que conforme a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, se señala que en este caso, las formas extrínsecas del documento son perfectas, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en la escritura. Que cabe citar también los artículos 14, 20 y siguientes y concordantes de la Ley Hipotecaria y de su Reglamento y 1058 del Código Civil. Que los herederos cuando intervienen directamente en una partición gozan de absoluta libertad en la valoración y distribución de todos y cada uno de los bienes gananciales y privativos, y es obvio que en transmisiones de particiones indivisas puede ocurrir que en las valoraciones de cada unidad puede haber diferencias, como ocurre en este caso. Que la partición se ha otorgado por todos los interesados mayores de edad y con plena capacidad y, posteriormente, lo han ratificado ante Notario, siendo título válido, ya que no afecta ni vulnera los datos ni los principios registrales. Que lo que es preciso e ineludible es que la causante tuviera idéntica participación en el dominio que la que se adjudica a sus herederos, y que no afecta al Registro y debe tenerse por válida la partición, mientras que lo adjudicado a los

herederos por iguales partes indivisas en conjunto suponga la transmisión del 25 por 100 de la edificación que tenía la causante. Que hay que citar entre otras resoluciones judiciales las Sentencias del Tribunal Superior de 11 de julio de 1989, 1 de octubre de 1991, 13 de junio y 20 de octubre de 1992 y Resoluciones de 28 de septiembre de 1984, 16 de octubre de 1989, 8 de abril de 1991 y 19 de enero de 1994.

2. Alegaciones del Registrador de la propiedad.

Respecto a la existencia o no de un error numérico en la determinación del haber ganancial y del privativo correspondiente a la participación de la finca número 61 del inventario del cuaderno particional, señaló que del contenido del cuaderno particional se desprende que, indebidamente, lo privativo se ha incrementado en 2.314.183 pesetas; como consecuencia, lo ganancial se ha reducido en la misma cuantía, lesionando los derechos del cónyuge viudo.

En cuanto a la subsanación o no del error por mediar consentimiento prestado por los interesados a la partición realizada, es de precisar que el artículo 1059 del Código Civil y siguientes, alegado por el recurrente, no es claramente aplicable al presente caso, porque el causante sí había encomendado a otros la facultad de partir la herencia al nombrar para dicha función a tres contadores-partidores solidarios, según la cláusula 6.^a del testamento, y, además, porque el error se produce en la disolución de la sociedad conyugal, operación previa a la partición sucesoria. Pero éstos no son los motivos que dieron lugar a la denegación de la inscripción, si no hubiera mediado el error y no obstante ello, todos los interesados hubieran realizado una partición exactamente igual a la realizada, haciéndose constar que el cónyuge viudo recibía de los demás herederos el importe pecuniario del exceso atribuido a lo privativo, en perjuicio de lo ganancial, en el

valor atribuido a uno y otro concepto, en lo tocante a la participación número 61 del inventario, o bien que dicho cónyuge viudo renunciaba a dicho importe, considerando condonadas en beneficio de los demás herederos (sus hijos y de la causante), las cantidades correspondientes, no se hubiera producido la denegación y se hubiera inscrito la partición. Que el error afecta no sólo a las adjudicaciones realizadas respecto a la partición número 61, sino a las adjudicaciones correspondientes a los demás bienes de la herencia, porque es un error previo a la partición hereditaria propiamente dicha que al fijar los valores, ganancial y privativo del total caudal, incurre en error, viciando «ab initio» la disolución de la sociedad conyugal y la partición de la herencia, ya que da lugar a unos valores numéricos equivocados para cada uno de los interesados. Que las sentencias citadas por el recurrente nada tienen que ver con las cuestiones que se suscitan en este recurso.

3. Informe del Notario autorizante.

El documento objeto de calificación se trata de un acta de protocolización del cuaderno particional de las operaciones testamentarias, cuyo cuaderno fue redactado, confeccionado, aprobado y suscrito por los

interesados en la herencia, sin que el Notario haya tenido intervención alguna en dichos trámites. En el presente caso no se dan las circunstancias del artículo 115 del Reglamento Hipotecario, en cuanto a la necesidad del informe del notario autorizante. Por tanto, no procede emitir informe, ya que no se ha atribuido defecto alguno a la redacción y autorización del documento notarial.

4. Resolución del Presidente del TSJ de Cantabria.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria revocó la nota del Registrador, fundándose en que el criterio de éste, totalmente correcto en principio, aparece, sin embargo, como excesivamente legalista y formal, si se tiene en cuenta la escasa trascendencia del error, aunque repercute en el resto de las adjudicaciones; que, por ello, una interpretación flexible, no contraria a la norma, debe permitir la aplicación del artículo 1058 del Código Civil, en razón a la conformidad mostrada por todos los intervinientes a la partición realizada, salvando con ello el error padecido en la adjudicación de las participaciones de la causante y su esposo heredero en la finca número 61 del cuaderno particional.

RECURSO ANTE LA DGRN

El Registrador apeló el auto presidencial, manteniéndose en las alegaciones expuestas en su informe.

En el caso objeto del presente recurso, se otorga por el cónyuge viudo y los herederos de la causante acta notarial por la que se protocoliza el cuaderno particional que contiene la liquidación de la disuelta sociedad conyugal y las operaciones particionales correspondientes a la sucesión causada por su esposa y madre. En el expresado cuaderno particional y al describir uno de los bienes que lo integran, si bien se expresa correcta-

mente aquella participación de la titularidad del bien descrito que tenía naturaleza privativa y aquella que tenía naturaleza ganancial, al determinar seguidamente los haberes correspondientes a la herencia de la causante y la disuelta sociedad conyugal, se le asigna al haber hereditario una mayor cantidad de la que resultaría de aplicar el porcentaje que representa la titularidad de esa naturaleza con el valor total atribuido al bien inventariado.

Se discute, pues, si pese a la existencia de esa evidente discrepancia, los negocios jurídicos contenidos en la escritura, en la forma

en que en ella aparecen configurados, son por sí solos suficientes para lograr la inscripción de los derechos adjudicados a los otorgantes en pago de sus respectivos haberes.

Es evidente que los herederos mayores de edad pueden verificar la partición del modo que tengan por conveniente (cfr. artículo 1058 del Código Civil) y que en principio no se advierte obstáculo para que los otorgantes, mayores de edad, puedan transmitirse recíprocamente bienes por cualquier título adecuado (cfr. artículos 609, 618 y siguientes y 1261 a 1263 del Código Civil), mas si tenemos en cuenta: a) La exigencia de una causa lícita y suficiente para todo negocio traslativo (cfr. artículos 1274 y siguientes del Código Civil); b) La extensión de la calificación registral a todos los extremos determinantes de la validez del negocio inscribible (artículo 18 de la Ley Hipotecaria); c) La necesidad de reflejar en el Registro de la Propiedad el negocio jurídico determinante del derecho real a inscribir (cfr. artículo 9 de la Ley Hipotecaria y artículo 51 del Reglamento Hipotecario); d) Las distintas exigencias en cuanto a validez de los diferentes tipos negociales, así como las específicas repercusiones que el concreto negocio adquisitivo tiene en el régimen jurídico del derecho adquirido (adviértanse las diferencias entre las adquisiciones a título oneroso y las realizadas a título gratuito, así en parte a su protección —cfr. artículos 34 de la Ley

Hipotecaria y 1297 del Código Civil— como en su firmeza —cfr. artículos 644 y siguientes del Código Civil—); e) Y, en suma, la necesaria claridad, congruencia y precisión en la configuración de los negocios jurídicos inscribibles, de modo que quede nítidamente perfilado el contenido y alcance de los derechos constituidos cuyo reflejo registral se pretende (vid. artículos 9, 21 y 31 de la Ley Hipotecaria), habrá de confirmarse el defecto impugnado, en tanto no se exteriorice debidamente el completo negocio celebrado que justifique jurídicamente el resultado pretendido, eludiendo así la incertidumbre sobre si la evidente discrepancia existente entre el valor que representa la titularidad privativa de la finca dentro del valor total asignado a la misma por los interesados y su reflejo en la determinación del haber hereditario, obedecen a un exceso de adjudicación efectivamente querido o se trata de un error en la fijación de los haberes de los partícipes que tiene su reflejo en las adjudicaciones realizadas en pago de aquéllos.

En consecuencia, la Dirección General acuerda estimar la apelación interpuesta, revocando el auto apelado y confirmando la nota del Registrador, si bien ésta debe entenderse suspensiva de la inscripción solicitada y no denegatoria, al haber asentido el Registrador en su informe el carácter subsanable del defecto alegado.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

MAPA JURIDICO COMUNITARIO Y ESPAÑOL EN MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA (*)⁽⁸⁾

DRA. MAYTE ECHEZARRETA FERRER

Prof. titular de Derecho Internacional Privado

DRA. ROCÍO CARRO GÁNDARA

Ayudante de Derecho Internacional Privado

Universidad de Málaga

I. INTRODUCCIÓN

1. El fenómeno de la integración económica y jurídica está generando un aumento paulatino de normas de Derecho internacional privado de origen institucional (reglamentos y directivas) y convencional que deberán quedar incardinadas en la compleja red jurídica que caracteriza a cada ordenamiento interno de destino. La labor legislativa, tanto comunitaria como nacional, no siempre culmina con óptimos resultados, de aquí que le quede al intérprete una complicada labor que pretendemos agilizar con éste y futuros trabajos.

2. Con esta contribución inauguramos una sección dedicada al Derecho internacional privado cuya finalidad es dar a conocer a los operadores jurídicos los textos legales aplicables en materia de competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras en las relaciones jurídicas de familia de naturaleza transfronteriza.

(*) En este trabajo de puesta al día han participado las becarias de colaboración A. Ferrol Rosa y M.T. Manjón Espejo.

3. En este número vamos a comenzar por incluir el texto de la propuesta de reglamento del Consejo de 1999 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las decisiones en materia matrimonial y de la responsabilidad parental de los hijos comunes. Junto a la información del contenido jurídico de la mencionada propuesta, introducimos el mapa jurídico comunitario en el que se inserta al hilo de la evolución que en materia de cooperación judicial civil ha sufrido la CE y, posteriormente, haremos una puesta al día de los textos jurídicos vigentes en España aplicables en las relaciones con países comunitarios y en las materias que incorpora la propuesta de reglamento. Completa esta crónica legislativa, una mención a los textos que podrán entrar en vigor en un futuro próximo.

4. El carácter introductorio de este primer trabajo caracteriza su sistemática expositiva. Hemos comenzado por exponer, con breves comentarios doctrinales, el conjunto normativo aplicable y su estado de vigencia y en posteriores números iremos desarrollando problemas concretos de dicha reglamentación.

II. EL NUEVO ARTÍCULO 65 DEL TRATADO DE AMSTERDAM: LA COMUNITARIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

5. A partir de la entrada en vigor del nuevo texto del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea tras la modificación operada por el Tratado de Amsterdam ⁽¹⁾, materias que correspondían al ámbito de la cooperación entre Estados han pasado a dominio estrictamente comunitario. Ello significa que en el futuro los Convenios internacionales y el Derecho internacional privado autónomo serán sustituidos por reglamentos o directivas ⁽²⁾ en las relaciones con los países de la UE que hayan aceptado dicha comunitarización, manteniéndose vigentes con los demás ⁽³⁾.

(1) Vid. Ley Orgánica 9/1998, de 16 de diciembre, BOE núm. 301, de 17 de diciembre, Instrumento de ratificación BOE núm. 109 de 7-5-99, corrección de errores en BOE núm. 188, de 7-8-99.

(2) Aunque todo queda en suspenso hasta que se resuelva el contencioso de Gibraltar. Vid. la crónica de R. ALBA MONTERO en la *La Ley*, 24 de diciembre de 1999.

(3) Por ahora quedan excluidos Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, si bien los dos primeros podrían ejercitar una *option-ing*, que les daría la posibilidad de formar parte de los reglamentos y directivas.

6. Nos vamos a encontrar por tanto con un marco normativo de complicada interpretación que requerirá un buen conocimiento de los principios comunitarios como límites axiológicos e interpretativos del Derecho internacional privado institucional, convencional y autónomo.

7. Un tema en la actualidad a debate es el referido a los límites *ratione materiae* del Derecho internacional privado institucional que deberá quedar encuadrado dentro del marco de las libertades, políticas y objetivos marcados por los Tratados constitutivos presididos por el único fundamento del mercado interior. De aquí que el derecho de la persona, familia y sucesiones aparezca cuestionado como materia objeto de armonización para el correcto funcionamiento del mercado interior. Avalan esta postura los límites impuestos por los principios comunitarios de subsidiariedad y el del respeto a la identidad nacional de los Estados miembros.

8. Sin embargo, la Comunidad parece que ha extendido la armonización (en este caso unificación al tratarse de un reglamento) al ámbito del Derecho de familia dentro del marco general del espacio de libertad, seguridad y justicia en cuyo seno se pretende asegurar la libre circulación de personas y en el que los justiciables puedan hacer valer sus derechos beneficiándose de las mismas garantías que poseen ante los Tribunales de su país. Éstos son los objetivos que se persiguen en la Propuesta de Reglamento (CE) 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 aún en fase de negociación ⁽⁴⁾.

III. MAPA JURÍDICO COMUNITARIO EN EL QUE SE ENMARCA 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

9. Para poder ubicar el reglamento comunitario de 1999, es conveniente comenzar por realizar una breve historia de la evolución de la cooperación en materia de justicia a través de la lectura de los textos comunitarios que la han tratado, pudiendo comprobar seguidamente cuáles han sido las realizaciones en cada momento de la evolución.

(4) El servicio jurídico del Consejo de la Unión Europea ha emitido un informe en el que se estiman apropiados los arts. 61, 65 y 67 CE como base jurídica de la propuesta de reglamento del consejo de 1999. *Europa en breve* (Informe semanal de la delegación de Bruselas núm. 4/2000, semana del 24 de enero de 2000. Consejo General de la Abogacía.

A) Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, hecho en Roma el 25 de marzo de 1957 (BOE 1-1-1986) ⁽⁵⁾.

Artículo 220 (actual artículo 293 tras la modificación del Tratado de Amsterdam de 1997).

“Los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar en favor de sus nacionales:

- la protección de las personas, así como el disfrute y la tutela de los derechos, en las condiciones reconocidas por cada Estado a sus propios nacionales;
- la supresión de la doble imposición dentro de la Comunidad;
- el reconocimiento recíproco de las sociedades definidas en el párrafo 2.^o art. 48, el mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado de su sede de un país a otro, y la posibilidad de fusión de sociedades sujetas a legislaciones nacionales diferentes;
- la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales.”

LAS REALIZACIONES a partir de este primer texto comunitario fueron las siguientes:

1. Convenio de Bruselas de 29-9-1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil ⁽⁶⁾.

a) Este convenio excluye la materia de Derecho de familia en su art. 2 incluyendo sólo el derecho de alimentos, aunque resulta de interés la jurisprudencia

⁽⁵⁾ El texto del tratado y sus modificaciones pueden encontrarse en:

<http://www.europa.eu.int/eur-lex/es/treaties/index.html>

⁽⁶⁾ El texto del Convenio, sus modificaciones, Protocolos de Interpretación, Declaración de los Estados o Informes explicativos, se pueden encontrar en:

http://www.europa.eu.int/eur-lex/es/lif/reg/es_register_1920.html

Con base en este Convenio existe una propuesta de Acto del Consejo de modificación que se puede consultar en:

http://www.europa.eu.int/eur-lex/es/com/reg/es_register_1920.html

El Convenio de Bruselas de 1968 ha servido de base para la celebración del Convenio de Lugano de 1988 aplicable en las relaciones de los países de la Unión Europea y los del Espacio Económico Europeo (Noruega, Islandia, Suiza, Liechtenstein) (BOE 20-10-1994 y 10-1-1995).

dencia comunitaria que ha realizado el deslinde entre el Derecho de familia y otras materias incluidas en el convenio ⁽⁷⁾. Las sentencias de mayor interés son:

STJE 27-3-1979, C-143/78, Recueil 1979, pp. 1055 ss. STJE 6-3-1980, C-120/79, Recueil 1980.

STJE 31-3-1982, C-25/81, Recueil 1982, pp. 1189 ss.

STJE 4-2-1988, C-145/86, Recueil 1988, pp. 645 ss.

STJE 27-2-1997, C-220/95, Recopilación 1997, pp. I-1147 ss.

STJE 20-3-1997, C-295/95, Recopilación 1997, pp. I-1683 ss.

b) El texto ha sufrido cuatro modificaciones que corresponden a las cuatro ampliaciones de la CE. Cada texto debe ser ratificado por todos los Estados partes de la CE. El último texto de 1996 es el resultado de la incorporación de Suecia, Austria y Finlandia (versión consolidada en DOCE C 27 de 26-1-1998). España lo ha ratificado y publicado en el BOE de 31-3-1999 y será de aplicación con los Estados comunitarios que lo hayan ratificado. Con los Estados que aún no lo hayan hecho, será de aplicación el anterior texto fruto de la negociación española y portuguesa (BBOOE 28-1-1991 y 30-4-1991).

2. Convenio de Bruselas de 23-7-1990 relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresa asociadas. [BOE de 21-12-1994.]

3. Convenio de Bruselas de 29-2-1968 sobre reconocimiento mutuo de sociedades y personas jurídicas. [Este texto aún no está en vigor.]

4. Convenio de Bruselas de 23-11-1995, relativo a procedimientos de insolvencia. [Este texto aún no está en vigor.] ⁽⁸⁾

5. Convenio de Roma de 6-11-1990 sobre la simplificación de los procedimientos relativos al cobro de créditos alimentarios. [Este texto aún no está en vigor.] ⁽⁹⁾

⁽⁷⁾ La jurisprudencia del TJCE se puede consultar en:

<http://europa.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=es>

⁽⁸⁾ El texto del Convenio puede consultarse en VIRGOS SORIANO, M. y GARCÍA-MARTÍN ALFÉREZ, F., *Derecho procesal europeo*, Madrid, 1996, p. 421.

⁽⁹⁾ Vid. supra nota (8), op. cit. p. 669.

B) Tratado de la Unión Europea, hecho en Maastricht el 7 de febrero de 1992 (BBOOE 13 y 14 de enero de 1994, 10 de junio y 18 de abril de 1997) ⁽¹⁰⁾.

“Artículo K. La cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior se regirá por las siguientes disposiciones:

Artículo K.1. 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;

(...)

Artículo K.3. 1. En los ámbitos a que se refiere el artículo K.1, los Estados miembros se informarán y consultarán mutuamente en el seno del Consejo, con objeto de coordinar su acción. A tal fin establecerán una colaboración entre los servicios competentes de sus respectivas administraciones.

2. 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) 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.

⁽¹⁰⁾ Vid. supra nota (5)

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.”

LAS REALIZACIONES a partir de esta modificación han sido las siguientes:

1. Convenio de Bruselas de 26-5-1997, relativo a la notificación o traslado en los Estados miembros de la Unión Europea de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil. ⁽¹¹⁾ [Este convenio aún no está en vigor.]
2. Convenio de Bruselas de 28-5-1998, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial. ⁽¹²⁾ [Este texto aún no está en vigor.]

En el caso de que sean ratificados sólo lo serían por los tres Estados que no han comunitarizado el Derecho internacional privado. Esto es, para aquellos a los que no les es de aplicación el nuevo art. 65 del TCCE incorporado tras la modificación del tratado de Amsterdam de 1997 ⁽¹³⁾.

- C) Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, hecho en Roma el 25-3-1957, modificado por el Tratado de Amsterdam de 2-10-1997 (BBOOE 16 y 17-12-1998 y 7-5 y 7-8-1999). (Versión consolidada en DOCE núm. L 340, de 10-11-1997) ⁽¹⁴⁾.**

Artículo 65

Las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza que se adopten de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 y en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior incluirán:

a) mejorar y simplificar:

— el sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales;

⁽¹¹⁾ El texto del Convenio puede consultarse en:

http://www.europa.eu.int/eur-lex/es/lif/reg/es_register_1920.html

⁽¹²⁾ Vid. supra nota (11).

⁽¹³⁾ Vid. supra nota (3). Y en cuanto a la propuesta de Acto del Consejo de modificación del Convenio de Bruselas de 1968, Vid. supra nota (6).

⁽¹⁴⁾ Para consultar el texto del tratado, Vid. supra nota (5).

— la cooperación en la obtención de pruebas;
— el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales;

b) fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción;

c) eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros.”

LAS REALIZACIONES a partir de esta modificación han sido las siguientes:

1. Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la notificación o traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil ⁽¹⁵⁾. [Aún no está en vigor.]

2. Propuesta de Reglamento (CE) 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 ⁽¹⁶⁾. [Aún no está en vigor.]

3. Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁽¹⁷⁾. [Aún no está en vigor.]

4. Iniciativa de la República Federal de Alemania y de la República de Finlandia con vistas a la adopción de un Reglamento del Consejo sobre procedimientos de insolvencia, presentada al Consejo el 26 de mayo de 1999, [DOCE C 221/8, de 3-8-1999.]

IV. MAPA JURÍDICO ESPAÑOL EN EL QUE SE ENMARCA LA 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

Una vez que hemos incardinado la propuesta de Reglamento del Consejo de 1999 en el marco del derecho derivado y complementario al hilo de las

(15) Para consultar el texto de la propuesta:

http://www.europa.eu.int/eur-lex/es/com/reg/es_register_1920.html

(16) Para consultar el texto de la propuesta, Vid. supra nota (15).

(17) Para consultar el texto de la propuesta Vid. supra nota (15).

modificaciones que ha ido sufriendo el Tratado constitutivo de la CE, nos corresponde ahora realizar una puesta al día de los textos en vigor en España en las materias que afecta al mencionado Reglamento, incluyendo además una previsión de futuro respecto a los textos que próximamente podrán entrar en vigor.

A) Régimen legal vigente

Según el origen de las fuentes podemos diferenciar entre:

1. Régimen institucional.

En la actualidad no existe norma comunitaria que regule la competencia judicial internacional ni el reconocimiento de decisiones extranjeras dado que la comunitarización de este sector se ha producido recientemente tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam de 1997 en el que se establece un periodo transitorio de cinco años.

2. Régimen convencional.

Convenios bilaterales

- Tratado entre la Confederación Suiza y España sobre ejecución recíproca de las sentencias definitivas o firmes en materia civil y mercantil, firmado en Madrid el 19-11-1896 (Gaceta de Madrid de 9 de julio de 1898).
- Convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil entre España y la República Federal de Alemania de 14-11-1983, ratificado por instrumento 19-1-1988 (BOE núm. 40, de 16-2-1988).
- Convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil entre España y Austria de 17-2-1984, ratificado por instrumento 11-7-1985 (BOE núm. 207, de 29-8-1985).
- Convenio sobre reconocimiento de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas en materia civil o mercantil entre España y Francia de 28-5-1969 (BOE núm. 63, de 14-3-1970).
- Convenio sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil entre España e Italia de 22-5-1973 (BOE núm. 273, de 15-11-1977).

Convenios multilaterales

- Convención sobre los derechos del niño, hecha en Nueva York el 20-11-1989 (BOE de 1-12-1990) ⁽¹⁸⁾.
- Convenio sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores de 5-10-1961 (BOE núm. 199, de 20-8-1987) ⁽¹⁹⁾.

Estados miembros	BOE	
	Número	Fecha
ALEMANIA	199	20-8-1987
AUSTRIA	199	20-8-1987
	228	22-9-1990
ESPAÑA	199	20-8-1987
	142	15-6-1995
FRANCIA	199	20-8-1987
	138	10-6-1994
	142	15-6-1995
ITALIA	142	15-6-1995
LUXEMBURGO	199	20-8-1987
	121	20-5-1988
	19	22-1-1999
PAÍSES BAJOS	199	20-8-1987
POLONIA	249	18-10-1995
PORTUGAL	199	20-8-1987
	45	21-2-1996
SUIZA	199	20-8-1987
	41	17-2-1994
TURQUÍA	199	20-8-1987

(18) Consúltase la documentación sobre el convenio que ofrece Naciones Unidas (Acnur) en:

<http://www.unhcr.ch>

(19) Consúltase la documentación sobre el convenio que ofrece la Conferencia de La Haya en:

<http://www.hcch.net>

y en general, sobre menores, la que la ofrece el Ministerio de Justicia en:

http://www.mju.es/g_sust_menores.htm

- Convenio europeo de 20-5-1980, sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como el restablecimiento de dicha custodia, ratificado por instrumento de 9-5-1984 (BOE núm. 210, de 1-9-1984) ⁽²⁰⁾.

Estados miembros	BOE	
	Número	Fecha
ALEMANIA	136	7-6-1997
AUSTRIA	224	18-9-1985
BÉLGICA	16	18-1-1986
CHIPRE		
DINAMARCA	251	19-10-1991
	33	7-2-1992
ESPAÑA	210	1-9-1984
	35	10-2-1995
	142	15-6-1995
FINLANDIA	142	15-6-1995
FRANCIA	210	1-9-1984
	121	20-5-1988
	138	10-6-1994
	249	18-10-1995
GRECIA	129	31-5-1993
	249	18-10-1995
IRLANDA	152	25-6-1992
ISLANDIA	32	6-2-1997
ITALIA	249	18-10-1995
LIECHTENSTEIN	248	16-10-1997
LUXEMBURGO	136	8-6-1999
NORUEGA	122	23-5-1989
	233	28-9-1989
PAÍSES BAJOS	45	21-2-1996
	136	7-6-1997
POLONIA	133	1-6-1996

⁽²⁰⁾ Consúltense la información sobre el Convenio que ofrece el Consejo de Europa en:

<http://www.coe.fr/fr/txtjur/traites.htm>

Estados miembros	BOE	
	Número de BOE	Fecha
PORTUGAL	210	1-9-1984
	45	21-2-1996
REINO UNIDO	152	25-6-1992
	136	7-6-1997
	19	22-1-99
	136	8-6-1999
SUECIA	122	23-5-1989
	233	28-9-1989
SUIZA	210	1-9-1984
	124	24-5-1985

- Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, 25-10-1980, ratificado por instrumento 28-5-1987 (BOE 24-8-1987, núm. 202, correc. errores BOE 30-6-1989, núm. 155 y BOE núm. 21, de 24-1-1996) ⁽²¹⁾.

Estados miembros	BOE	
	Número	Fecha
ALEMANIA	26	30-1-1988
	138	10-6-1994
	37	12-2-1998
	258	28-10-1999
ARGENTINA	33	7-2-1992
	19	22-1-1999
AUSTRALIA	202	24-8-1987
	121	20-5-1988
	123	23-5-1990
AUSTRIA	230	24-9-1988
BAHAMAS		
BELICE	233	28-9-1989

⁽²¹⁾ Consúltese la información sobre el Convenio en supra nota (19).

Estados miembros	BOE	
	Número	Fecha
BÉLGICA	258	28-10-1999
BOSNIA-HERZEGOVINA	246	14-10-1994
	248	16-10-1997
	136	7-6-1997
BURKINA FASO	257	24-10-1996
CANADÁ	121	20-5-1988
	202	24-8-1987
	33	7-2-1992
CHILE	35	10-2-1995
CHINA	37	12-2-1998
CHIPRE	257	24-10-1996
COLOMBIA		
CROACIA		
DINAMARCA	33	7-2-1992
ECUADOR	152	25-6-1992
	257	24-10-1996
ESLOVENIA		
ESPAÑA	202	24-8-1987
	240	6-10-1992
	35	10-2-1995
	136	8-6-1999
ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA	230	24-9-1988
FINLANDIA	142	15-6-1995
	253	22-10-1998
FRANCIA	202	24-8-1987

Estados miembros	BOE	
	Número	Fecha
GRAN BRETAÑA	202	24-8-1987
	33	7-2-1992
	253	22-10-1998
	37	12-2-1998
	136	7-6-1997
	19	22-1-1999
GRECIA	138	10-6-1994
HONDURAS		
HUNGRÍA	202	24-8-1987
IRLANDA	33	7-2-1992
	240	6-10-1992
ISLANDIA	253	22-10-1998
ISRAEL	152	25-6-1992
	240	6-10-1992
ITALIA		
LUXEMBURGO	202	24-8-1987
MAURICIO		
MÉXICO	33	7-2-1992
	45	21-2-1996
	133	1-6-1996
	257	24-10-1996
MÓNACO		
NORUEGA	122	23-5-1989
	233	28-9-1989
NUEVA ZELANDA	33	7-2-1992
	251	19-10-1991
PANAMÁ		
PAÍSES BAJOS	26	30-1-1988
	18	21-1-1991
POLONIA		

Estados miembros	BOE	
	Número	Fecha
PORTUGAL	202	24-8-1987
	123	23-5-1990
	45	21-2-1996
	136	8-6-1999
	258	28-10-1999
REPÚBLICA CHECA Y ESLOVACA	129	31-5-1993
	255	25-10-1993
	253	22-10-1998
ANTIGUA REPÚBLICA YUGOSLAVA DE MACEDONIA	33	7-2-1992
	246	14-10-1994
RUMANIA		
SAN CRISTÓBAL Y NIEVES	35	10-2-1995
SUECIA	233	28-9-1989
SUIZA	202	24-8-1987
VENEZUELA	136	7-6-1997
ZIMBABWE		
BIELORRUSIA	253	22-10-1998
GEORGIA	139	11-6-1998
MOLDOVA		
PARAGUAY		
SUDÁFRICA		
TURKMENISTÁN		

- Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial internacional y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE C 27 de 16-1-1998, BOE 31-3-1999) ⁽²²⁾.

Respecto a este Convenio, ya hemos comprobado que incluye sólo el derecho de alimentos excluyendo el Derecho de familia en general art. 2.: “(...)Se excluirá del ámbito de aplicación del presente convenio: 1. El estado y capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, los testamentos y las sucesiones.”

⁽²²⁾ Vid. supra notas (6) y (7).

Textos jurídicos	Estados miembros	BOE		
		Número	Fecha	
<p>Convenio de Bruselas de 1968</p> <p>Convenio de adhesión de España y Portugal, hecho en San Sebastián el 26 de mayo de 1989</p> <p><i>Este texto sólo es de aplicación en las relaciones de España con Portugal, Luxemburgo, Irlanda, Gran Bretaña y Bélgica.</i></p> <p><i>Con los demás socios comunitarios se aplicará el texto de 1996, fruto de la adhesión de Suecia, Austria, Finlandia.</i></p>	ALEMANIA			
	BÉLGICA	253	22-10-1998	
	DINAMARCA	35	10-2-1995	
		133	1-6-1996	
	ESPAÑA	24	28-1-1991	
	FRANCIA	24	28-1-1991	
	GRAN BRETAÑA	33	7-2-1992	
		152	25-6-1992	
	GRECIA	255	25-10-1993	
	ITALIA	152	25-6-1992	
		IRLANDA	33	7-2-1992
			152	25-6-1992
		35	10-2-1995	
	LUXEMBURGO	152	25-6-1992	
	PAÍSES BAJOS	24	28-1-1991	
		249	18-10-1995	
	PORTUGAL	24	28-1-1991	
255		25-10-1993		
<p>Convenio de Bruselas de 1968</p> <p>Convenio de adhesión de la República de Austria, de la República de Finlandia y el Reino de Suecia, de 29 de noviembre de 1996</p>	ALEMANIA	77	31-3-1999	
	AUSTRIA	77	31-3-1999	
	DINAMARCA	77	31-3-1999	
	ESPAÑA	77	31-3-1999	
	FINLANDIA	77	31-3-1999	
	ITALIA	136	8-6-1999	
	PAÍSES BAJOS	77	31-3-1999	
	SUECIA	77	31-3-1999	

3. Régimen autónomo.

El régimen autónomo de la competencia judicial internacional en las materias relacionadas con el Derecho de familia está contenido en los siguientes artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

Artículo 22.2: “Con carácter general, cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los Juzgados o Tribunales españoles, así como cuando el demandado tenga su domicilio en España.”

Está muy discutido que los foros generales de este artículo sean alternativos con los foros generales del art. 22.3 al tratarse de materias no disponibles y en las que existen partes débiles en la relación jurídica.

Artículo 22.3: “En defecto de los criterios precedentes y (...) en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, así como cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española, cualquiera que sea su lugar de residencia, siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro; en materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, cuando el hijo tenga su residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España; para la constitución de la adopción, cuando el adoptante o el adoptado sea español o tenga residencia habitualmente en España; en materia de alimentos, cuando el acreedor de los mismos tenga su residencia habitual en territorio español...”

Artículo 22.5: “Cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España.”

El régimen autónomo en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras se encuentra disperso entre diferentes texto legales.

CÓDIGO CIVIL

Artículo 80: “Las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustadas al derecho del Estado en resolución dictada por el Juez civil competente conforme a las condiciones a las que se refiere el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

Artículo 107: “... las sentencias de separación y divorcio dictadas por Tribunales extranjeros producirán efectos en el ordenamiento español desde la fecha de su reconocimiento conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

REGLAMENTO DEL REGISTRO CIVIL

Artículo 81: “El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo

es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales.”

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.”

Artículo 84: “No es necesario que tenga fuerza directa en España, excepto cuando lo impida el orden público:

1.º Las sentencias o resoluciones extranjeras que determinen o completen la capacidad para el acto inscribible.

2.º Las autorizaciones, aprobaciones o comprobaciones de autoridad extranjera en cuanto impliquen formas o solemnidades del acto en el país en que éste se otorga.”

Artículo 85: “Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española.

Se completarán por los medios legales los datos y circunstancias que no pueden obtenerse de la certificación o parte extranjero, por no contenerlos, por no merecer, en cuanto a ellos autenticidad o por ofrecer, por cualquier otro motivo, dudas sobre su realidad.

La falta de inscripción en el registro extranjero no impide practicarla en el español mediante título suficiente.”

ACUERDOS ENTRE LA SANTA SEDE Y EL ESTADO ESPAÑOL DE 3 DE ENERO DE 1979 SOBRE ASUNTOS JURÍDICOS (BOE DE 15-12-1979).

Artículo VI.1) “El Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico.

Los efectos civiles del matrimonio canónico se producen desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos, será necesaria la inscripción en el Registro Civil, que se practicará con la simple presentación de certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio.

2) Los contrayentes, a tenor de las disposiciones del Derecho Canónico, podrán acudir a los Tribunales eclesiásticos solicitando declaración de nulidad o pedir decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado. A solicitud de cualquiera de las partes, dichas resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia en el orden civil y se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal civil competente.

3) La Santa Sede reafirma el valor permanente de su doctrina sobre el matrimonio y recuerda a quienes celebren matrimonio canónico la obligación grave que asumen de atenerse a las normas canónicas que lo regulan y, en especial, a respetar sus propiedades esenciales.”

- Artículo 7 de la Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas (BOE de 12-11-1992).

- Artículo 7 de la Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España (BOE de 12-11-1992).

- Artículo 7 de la Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España (BOE de 12-11-1992).

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Artículo 951:

“Las sentencias firmes pronunciadas en países extranjeros tendrán en España la fuerza que establezcan los tratados respectivos.”

Artículo 952:

“Si no hubiere tratados especiales con la nación en que se hayan pronunciado, tendrán la misma fuerza que en ella se diere a las ejecutorias dictadas en España.”

Artículo 953:

“Si la ejecutoria procediere de una nación en que por jurisprudencia no se dé cumplimiento a las dictadas por los Tribunales españoles, no tendrá fuerza en España.”

Artículo 954:

“Si no estuviere en ninguno de los casos de que hablan los tres artículos que anteceden, las ejecutorias tendrán fuerza en España si reúnen las circunstancias siguientes:

- 1.^a Que la ejecutoria haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal.

- 2.^a Que no haya sido dictada en rebeldía.

- 3.^a Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España.

- 4.^a Que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica, y los que las leyes españolas requieren para que haga fe en España.”

Artículo 955:

“La ejecución de las sentencias pronunciadas en naciones extranjeras se pedirá ante el Tribunal Supremo.

Se exceptúa el caso en que, según los Tratados, corresponda su conocimiento a otros Tribunales.”

Artículo 956:

“Previa la traducción de la ejecutoria hecha con arreglo a derecho, después de oír, por término de nueve días, a la parte contra quien se dirija y al Fiscal, el Tribunal declarará si debe o no darse cumplimiento a dicha ejecutoria.

Contra este auto no habrá ulterior recurso.”

Artículo 957:

“Para la citación de la parte a quien deba oírse, según el artículo anterior, se librára certificación a la Audiencia en cuyo territorio esté domiciliada.

El término para comparecer será de treinta días.

Pasado dicho término, el Tribunal proseguirá en el conocimiento de los autos, aunque no haya comparecido el citado.”

Artículo 958:

“Denegándose el cumplimiento, se devolverá la ejecutoria al que la haya presentado.

Otorgándose, se comunicará el auto por certificación a la Audiencia, para que ésta dé la orden correspondiente al Juez de Primera Instancia del partido en que esté domiciliado el condenado en la sentencia, o del en que deba ejecutarse, a fin de que tenga efecto lo en ella mandado, empleando los medios de ejecución establecidos en la sección anterior.”

LIBRO III

Jurisdicción voluntaria

.....

TÍTULO IV

Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos
de sustracción internacional

Art. 1.901: En los supuestos en que, siendo aplicable un convenio internacional, se pretenda la restitución de un menor que hubiera sido objeto de un traslado o retención ilícita, se procederá de acuerdo con lo previsto en esta Sección.

Art. 1.902: Será competente el Juez de Primera Instancia en cuya demarcación judicial se halle el menor que ha sido objeto de un traslado o retención ilícitos.

Podrá promover el procedimiento la persona, institución u organismo que tenga atribuido el derecho de custodia del menor, la autoridad central española encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el correspondiente convenio y, en representación de ésta, la persona que designe dicha autoridad.

Las actuaciones se practicarán con intervención del Ministerio Fiscal y los interesados podrán actuar bajo la dirección de Abogado.

La tramitación del procedimiento tendrá carácter preferente y deberá realizarse en el plazo de seis semanas desde la fecha en que se hubiere solicitado ante el Juez la restitución del menor.

Art. 1.903: A petición de quien promueva el procedimiento o del Ministerio Fiscal, el Juez podrá adoptar la medida provisional de custodia del menor prevista en la Sección siguiente de esta Ley y cualquier otra medida de aseguramiento que estime pertinente.

Art. 1.904: Promovido el expediente mediante la solicitud a la que se acompañará la documentación requerida por el correspondiente convenio internacional, el Juez dictará, en el plazo de veinticuatro horas, resolución en la que se requerirá a la persona que ha sustraído o retiene al menor, con los apercibimientos legales, para que en la fecha que se determine, que no podrá exceder de los tres días siguientes, comparezca en el juzgado con el menor y manifieste:

- a) Si accede voluntariamente a la restitución del menor a la persona, institución y organismo que es titular del derecho de custodia; o, en otro caso.
- b) Si se opone a la restitución por existir alguna de las causas establecidas en el correspondiente convenio cuyo texto se acompañará al requerimiento.

Art. 1.905: Si no compareciese el requerido, el Juez dispondrá a continuación del procedimiento de su rebeldía citando a los interesados y al Ministerio Fiscal a una comparecencia que si tendrá lugar en plazo no superior a los cinco días siguientes y decretará las medidas provisionales que juzgue pertinentes en relación con el menor.

En la comparecencia se oirá al solicitante y al Ministerio Fiscal y en su caso y separadamente, al menor su restitución. El Juez resolverá por auto dentro de los dos días siguientes a contar desde la fecha de la comparecencia, si procede o no la restitución, teniendo en cuenta el interés del menor y los términos del correspondiente convenio.

Art. 1.906: Si compareciese el requerido y accediere a la restitución voluntaria del menor, se levantará acta, acordando el Juez, mediante auto, la conclusión del procedimiento y la entrega del menor a la persona, institución y organismo titular del derecho de custodia, así como lo procedente en cuanto a costas y gastos.

Art. 1.907: Si en la primera comparecencia el requerido formulase oposición a la restitución del menor, al amparo de las causas establecidas en el correspondiente

convenio, no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.817 de esta Ley, ventilándose la oposición ante el mismo Juez por los trámites del juicio verbal. A este fin:

a) En el mismo acto de comparecencia serán citados todos los interesados y el Ministerio Fiscal, para que expongan lo que estimen procedente y, en su caso, se practiquen las pruebas, en ulterior comparecencia, que se celebrará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 730 y concordantes de esta Ley dentro del plazo improrrogable de los cinco días a contar desde la primera.

b) Asimismo, tras la primera comparecencia el Juez oírán, en su caso, separadamente al menor sobre su restitución y podrá recabar los informes que estime pertinentes.

Art. 1.908: Celebrada la comparecencia y, en su caso, practicadas las pruebas pertinentes dentro de los seis días posteriores, el Juez dictará auto dentro de los tres días siguientes, resolviendo, en interés del menor y en los términos del convenio, si procede o no su restitución. Contra dicho auto sólo cabrá recurso de apelación en un solo efecto, que deberá resolverse en el improrrogable plazo de veinte días.

Art. 1.909: Si el Juez resolviese la restitución del menor, en el auto se establecerá que la persona que trasladó o retuvo al menor abone las costas del procedimiento así como los gastos en que haya incurrido el solicitante, incluidos los del viaje y los que ocasione la restitución del menor al Estado de su residencia habitual con anterioridad a la sustracción, que se harán efectivos por los trámites previstos en el artículo 928 y concordantes de esta Ley.

En los demás supuestos, se declararán de oficio las costas del procedimiento.
..... ”

B) Previsiones jurídicas de futuro

Según el origen de las fuentes podemos diferenciar entre:

1. Régimen institucional.

Dentro del régimen institucional debemos mencionar por ahora tan sólo un texto ya elaborado, aunque pendiente de la resolución del problema político que genera Gibraltar respecto a las relaciones de España con el Reino Unido.

- Propuesta de reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las decisiones en materia matrimonial y de la responsabilidad parental de los hijos comunes de 1992 ⁽²³⁾.

(23) Vid. supra nota (16).

2. Régimen convencional.

- Convenio de Bruselas de 28-5-1998, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial (DOCE C 221/1 de 16-7-98) ⁽²⁴⁾.

En el caso de que Reino Unido, Irlanda y Dinamarca no modifiquen su situación de exclusión del Título IV del Tratado de Amsterdam, en sus relaciones con España será de aplicación el Convenio mencionado entre las partes que lo ratifiquen y el Derecho internacional privado autónomo de cada país en caso contrario ⁽²⁵⁾.

- Convenio de La Haya de 19-10-1996 concerniente a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los menores ⁽²⁶⁾.

- Convenio del Consejo de Europa sobre el ejercicio de los derechos de los niños ⁽²⁷⁾.

3. Régimen autónomo.

En defecto de norma comunitaria o convencional aplicable, en enero del próximo año 2001, la competencia de los tribunales españoles y el reconocimiento de resoluciones extranjeras y de tribunales eclesiásticos se determinará por el nuevo texto de la LEC aprobada mediante Ley 1/2000, de 7 de enero (BOE de 8 de enero).

Los preceptos más directamente relacionados con el ámbito de la competencia judicial internacional son los siguientes:

LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Artículo 36: “Extensión y límites del orden jurisdiccional civil. Falta de competencia internacional.

“1. La extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles se determinará por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte.

⁽²⁴⁾ Vid. supra nota (12).

⁽²⁵⁾ Vid. supra nota (3).

⁽²⁶⁾ El texto del convenio puede consultarse en las páginas de la Confederación de La Haya. Vid. supra nota (19). Aunque no incide en las materias de matrimonio o filiación objeto de esta crónica, debemos mencionar aquí por su importancia y novedad al recientemente firmado convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre protección internacional de adultos (aún no en vigor) cuyo texto podemos encontrar en las páginas de la conferencia de La Haya, Vid. supra nota (19).

⁽²⁷⁾ Vid. supra nota (20).

2. Los tribunales civiles españoles se abstendrán de conocer de los asuntos que se les sometan cuando concurra en ellos alguna de las circunstancias siguientes:

1.^a Cuando se haya formulado demanda o solicitado ejecución respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción o de ejecución conforme a las normas del Derecho Internacional Público.

2.^a Cuando, en virtud de un tratado o convenio internacional en el que España sea parte, el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado.

3.^a Cuando no comparezca el demandado emplazado en debida forma, en los casos en que la competencia internacional de los tribunales españoles únicamente pudiera fundarse en la sumisión tácita de las partes”.

Artículo 38. Apreciación de oficio de la falta de competencia internacional y de jurisdicción.

“La abstención a que se refieren los dos artículos precedentes se acordará de oficio, con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, tan pronto como sea advertida la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional.”

Artículo 39. Apreciación de la falta de competencia internacional o de jurisdicción a instancia de parte.

“El demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional o por haberse sometido a arbitraje la controversia. (...)”

Respecto a las reglas de competencia territorial interna son de interés los artículos 44, 50, 52, 54, 55 y 56.

Artículo 63. Contenido de la declinatoria, legitimación para proponerla y tribunal competente para conocer de ella.

“1. Mediante la declinatoria, el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta a tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional o a árbitros (...).

2. La declinatoria se propondrá ante el mismo tribunal que esté conociendo del pleito y al que se considere carente de jurisdicción o de competencia.

Artículo 64. Momento procesal de proposición de la declinatoria y efectos inmediatos.

“1. La declinatoria se habrá de proponer dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda, o en los cinco primeros días posteriores a la citación para vista, y surtirá el efecto de suspender, hasta que sea resuelta, el plazo

para contestar, o el cómputo para el día de la vista, y el curso del procedimiento principal.

2. La suspensión del procedimiento principal producida por la alegación previa de declinatoria no obstará a que el tribunal ante el que penda el asunto pueda practicar, a instancia de parte legítima, cualesquiera actuaciones de aseguramiento de prueba, así como las medidas cautelares de cuya dilación pudieran seguirse perjuicios irreparables para el actor, salvo que el demandado prestase caución bastante para responder de los daños y perjuicios que derivaran de la tramitación de una declinatoria desprovista de fundamento.

La caución podrá otorgarse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate.”

Artículo 65. Tramitación y decisión de la declinatoria.

“1. Al escrito de declinatoria habrán de acompañarse los documentos o principios de prueba en que se funde, con copias en número igual al de los restantes litigantes, que dispondrán de un plazo de cinco días, contados desde la notificación de la declinatoria, para alegar y aportar lo que consideren conveniente para sostener la jurisdicción o la competencia del tribunal, que decidirá la cuestión dentro del quinto día siguiente (...)

2. Si el tribunal entendiéndose que carece de jurisdicción por corresponder el conocimiento del asunto a los tribunales de otro Estado, lo declarará así mediante auto, absteniéndose de conocer y sobreseyendo el proceso. (...)”

Artículo 66. Recursos en materia de competencia internacional, jurisdicción, sumisión a arbitraje y competencia objetiva.

“1. Contra el auto absteniéndose de conocer por falta de competencia internacional, por pertenecer el asunto a tribunal de otro orden jurisdiccional, por haberse sometido el asunto a arbitraje o por falta de competencia objetiva, cabrá recurso de apelación.

2. Contra el auto por el que se rechaza la falta de competencia internacional, de jurisdicción o de competencia objetiva, sólo cabrá recurso de reposición, sin perjuicio de alegar la falta de esos presupuestos procesales, en la apelación contra la sentencia definitiva. (...)”

“CAPÍTULO VI

De los medios de prueba y las presunciones

.....

Sección 2.^a—De los documentos públicos

.....

Artículo 323: Documentos públicos extranjeros. [Este precepto sustituye a los arts. 600 y 601 de la LEC de 1881].

1. A efectos procesales, se considerarán documentos públicos los documentos extranjeros a los que, en virtud de tratados o convenios internacionales o de leyes especiales, haya de atribuírseles la fuerza probatoria prevista en el art. 319 de esta Ley.

2. Cuando no sea aplicable ningún tratado o convenio internacional ni ley especial, se considerarán documentos públicos los que reúnan los siguientes requisitos:

1.º Que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio.

2.º Que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.

3. Cuando los documentos extranjeros a que se refieren los apartados anteriores de este artículo incorporen declaraciones de voluntad, la existencia de éstas se tendrá por probada, pero su eficacia será la que determinen las normas españolas y extranjeras aplicables en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos.

.....

TÍTULO II

Del juicio ordinario

CAPÍTULO I

De las alegaciones iniciales

.....

Sección 3.ª—De los efectos de la pendencia del proceso

.....

Artículo 411. Perpetuación de la jurisdicción.

Las alteraciones que una vez iniciado el proceso, se produzcan en cuanto el domicilio de las partes, la situación de la cosa litigiosa y el objeto del juicio no modificarán la jurisdicción y la competencia, que se determinarán según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia.

.....

CAPÍTULO II

De la audiencia previa al juicio

Artículo 416. Examen y resolución de cuestiones procesales, con exclusión de las relativas a jurisdicción y competencia.

.....

2. En la audiencia, el demandado no podrá impugnar la falta de jurisdicción o de competencia del tribunal, que hubo de proponer en forma de declinatoria según lo dispuesto en los artículo 63 y siguientes de esta Ley.

TÍTULO III

Del juicio verbal

CAPÍTULO III

Del juicio

Artículo. 443. Desarrollo de la vista.

.....

2. (...)

El demandado no podrá impugnar en este momento la falta de jurisdicción o de competencia del tribunal, que hubo de proponer en forma de declinatoria según lo dispuesto en el artículo 64 de la presente Ley, sin perjuicio de lo previsto sobre apreciación de oficio por el tribunal de su falta de jurisdicción o de competencia.

.....

CAPÍTULO IV

Del recurso extraordinario por infracción procesal

Artículo 469. Motivos. Denuncia previa en la instancia.

1. El recurso extraordinario por infracción procesal sólo podrá fundarse en los siguientes motivos:

1.º Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional.

.....

LIBRO III

De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares

TÍTULO I

De los títulos ejecutivos

CAPÍTULO II

De los títulos ejecutivos extranjeros

Artículo 523. Fuerza ejecutiva en España. Ley aplicable al procedimiento.

1. Para que las sentencias firmes y demás títulos ejecutivos extranjeros lleven aparejada ejecución en España se estará a lo dispuesto en los Tratados internacionales y a las disposiciones legales sobre cooperación jurídica internacional.

2. En todo caso, la ejecución de sentencias y títulos ejecutivos extranjeros se llevará a cabo en España conforme a las disposiciones de la presente Ley, salvo que se dispusiere otra cosa en los tratados internacionales vigentes en España.

.....

TÍTULO II

De la ejecución provisional de resoluciones judiciales

CAPÍTULO I

De la ejecución provisional: disposiciones generales

Artículo 525. Sentencias no provisionalmente ejecutables.

.....

2. Tampoco procederá la ejecución provisional de las sentencias extranjeras no firmes, salvo que expresamente se disponga lo contrario en los Tratados internacionales vigentes en España.

.....

Artículo 722. Medidas cautelares en procedimiento arbitral y litigios extranjeros.

.....

Con arreglo a los Tratados y Convenios que sean de aplicación, también podrá solicitar de un tribunal español la adopción de medidas cautelares quien acredite ser parte en un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en país extranjero, en los casos en que para conocer del asunto principal no sean exclusivamente competentes los tribunales españoles.

.....

Artículo 778. Eficacia civil de resoluciones de los tribunales eclesiásticos o de decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado.

1. En las demandas en solicitud de eficacia civil de las resoluciones dictadas por los tribunales eclesiásticos o de decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, si no se pidiera la adopción o modificación de medidas, el tribunal dará audiencia por plazo de diez días al otro cónyuge y al Ministerio Fiscal y resolverá por medio de auto lo que resulte procedente sobre la eficacia en el orden civil de la resolución o decisión eclesiástica.

2. Cuando en la demanda se hubiere solicitado la adopción o modificación de medidas, se sustanciará la petición de eficacia civil de la resolución o decisión canónica conjuntamente con la relativa a las medidas, siguiendo el procedimiento que corresponda con arreglo a lo dispuesto en el artículo 770.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA

1. Se deroga la Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881, con las excepciones siguientes:

3.^a Los artículos 951 a 958 sobre eficacia en España de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, que estarán en vigor hasta la vigencia de la Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil ⁽²⁸⁾.

En conclusión, podemos decir que el régimen de la competencia judicial internacional, reconocimiento de resoluciones extranjeras y cooperación de autoridades en materia matrimonial y en las relaciones paterno-filiales quedará configurado dentro de un mapa jurídico en el que se incorporan normas de derecho institucional, convencional y autónomo.

Dependerá de cómo evolucione la situación de Reino Unido, Irlanda y Dinamarca respecto a la comunitariación de estas materias, el que tengamos que aplicar con estos tres países los textos convencionales ya elaborados aunque todavía no en vigor o el Derecho internacional privado autónomo en el caso de

(28) El anteproyecto de ley de cooperación jurídica internacional se puede consultar en las páginas del Ministerio de Justicia:

<http://www.mju.es/nl0.htm>

Cuando entren en vigor las leyes especiales sobre Cooperación Jurídica Internacional en materia civil y jurisdicción voluntaria, quedarán derogados los arts. 951-958 y 901-1909 de la LEC de 1881.

que no llegaran a ratificarse. Con los demás países comunitarios será de aplicación el Reglamento Comunitario siempre que llegue a entrar en vigor que será cuando quede desbloqueado el problema de Gibraltar. También hemos podido comprobar la incidencia de la nueva LEC en el ámbito de la competencia judicial pudiendo disponer el juez y las partes de mecanismos de control de la competencia y de lo que supondrá la futura ley de cooperación jurídica internacional en materia de reconocimiento cuando entre en vigor.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ GONZÁLEZ, S., *et al*, *Legislación de Derecho internacional privado*, Granada, 1998.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Los Convenios complementarios entre los Estados miembros de la CEE”, *Noticias CEE*, núm. 12, 1986, pp. 115-118.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A., *et al.*, *Legislación Básica de Derecho internacional privado*, novena edición, Madrid, 1999.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, primera edición, Madrid 1999, pp. 68 y ss.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “Derecho internacional privado comunitario: convenios vigentes”, *Gaceta jurídica de la CE*, 1997, pp. 5-189.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. y BORRÁS RODRÍGUEZ, A., *Recopilación de Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (1951-1993)*, Madrid, 1996.
- KOHLER, CH., “Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le Traité d’Amsterdam”, *REDI vol. L. (1998)*, 1, pp. 373 y ss. *Id.* “El Tratado de Amsterdam y el Derecho Internacional privado”, *La Ley (Unión Europea)*, núm. 4510, de 30 de marzo de 1998, pp. 1-3.
- SÁNCHEZ LORENZO, S., “Incidencias del derecho comunitario en la interpretación de las normas de Derecho internacional privado estatal a la luz de la Jurisprudencia reciente de las Comunidades Europeas”, *Cuadernos de Derecho judicial*, vol. I, Madrid 1997, pp. 337-375.
- STRUYCKEN, A., “Les conséquences de l’integration européen sur le développement du droit international privé”, *RCADI*, 1992, vol. 232, pp. 257-383.
- VIRGÓS SORIANO M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., *Derecho procesal civil europeo*, Madrid, 1996.

DERECHO COMPARADO

EFFECTOS CIVILES EN LA UNIÓN EUROPEA DE LAS DECISIONES CANÓNICAS DE NULIDAD MATRIMONIAL (*)

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.**

(*) 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.

3. Italia.
4. España.

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). *(Este epígrafe se estudiará en el siguiente número de la Revista de Derecho de Familia).*

I. INTRODUCCIÓN

Hace ya tiempo que hemos tenido que dejar de pensar en la Unión Europea, como un ente lejano o ajeno a nosotros. Para bien o para mal, apreciamos que nuestra integración no ha carecido de consecuencias concretas.

De entre esas consecuencias las económicas son, sin duda, las más aireadas; han sido objeto de amplia difusión, por ejemplo, la introducción del euro o las ayudas comunitarias a la agricultura. Pero otros muchos aspectos distintos de los estrictamente económicos tienen igual o mayor incidencia para los ciudadanos, aunque a esos otros aspectos no se haga tan reiterada y extensa referencia por los medios de comunicación.

En julio del pasado año el Diario Oficial de las Comunidades Europeas publicaba un importante instrumento internacional de compleja denominación ⁽¹⁾ en el que se articulan un conjunto de mecanismos que permitirán que las resoluciones matrimoniales que se dicten en cualquier Estado miembro sean reconocidas y tengan eficacia en todos los demás Estados miembros. Ha sido éste uno de esos otros temas comunitarios “distintos de los económicos” que no mereció titulares de primera página en la prensa, ni una breve mención de los telediarios; pese a ello, es un acto jurídico que está llamado a tener muy especial trascendencia en zona tan singularmente sensible de la existencia humana de los europeos como es su vida familiar.

⁽¹⁾ Técnicamente su denominación es *Acto del Consejo 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*. Aparece publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* (en adelante, *DOCE*), ejemplar de 16 de julio de 1998.

Pues bien, ocurre que este documento —que muy probablemente entrará en vigor en un plazo relativamente próximo⁽²⁾— contempla de modo expreso en uno de sus artículos las resoluciones matrimoniales canónicas que tengan cobertura en los Acuerdos concordatarios suscritos por tres de los países miembros; y lo hace para dotar a esas resoluciones de una proyección en el ámbito comunitario que no resultaba previsible y que ciertamente no fue prevista cuando esos Acuerdos se suscribieron con la Santa Sede por los países respectivos.

Recalamos así de forma inesperada en un tema clásico: la eficacia civil de las resoluciones matrimoniales canónicas; una de esas materias que siempre resulta de especial atractivo tanto para los canonistas como para los especialistas en Derecho eclesiástico y para los juristas en general, que nos descubre ahora una nueva faceta sobre la que no hay, en lo que conozco, estudios específicos de la doctrina especializada⁽³⁾.

El plan con el que he articulado esta investigación comienza por una referencia al dato objetivo de que, en la mayor parte de Europa, hace tiempo que no son eficaces civilmente las resoluciones matrimoniales canónicas. Haré luego un análisis —que necesariamente tendrá que resumirse al máximo— de los rasgos básicos de la disciplina existente en los tres países de la Unión Europea que hoy reconocen eficacia civil a las resoluciones canónicas a través de Concordatos. E intentaré luego presentar las líneas de fuerza que inspiran el Tratado que centra la atención de este trabajo —el llamado *Convenio de Bruselas II*— incidiendo especialmente en la referencia que el mismo hace al reconocimiento de las resoluciones matrimoniales canónicas y en los matices y modulaciones que para el Convenio representa la inclusión de esta clase de resoluciones.

(2) En el momento en que se redactan estas líneas, el texto ya ha sido aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados. No obstante hay que advertir que aun después de que sea aprobado por el Senado, no entrará en vigor hasta que transcurran 90 días desde el momento en que se reciba por el depositario la *última* notificación que han de hacerle cada uno de los quince Estados miembros de que el Convenio ha sido aprobado con arreglo a sus respectivas normas constitucionales.

(3) Reitero aquí el agradecimiento que ya en su día expresé a los organizadores del XV Simposio de Derecho matrimonial canónico, que tuvo lugar en Salamanca entre los días 13 y 17 de septiembre de 1999, por el doble honor que se me dispensó al proporcionarme la ocasión de disfrutar de un cualificado auditorio para intentar transitar por el interesante territorio que sugería el título de la ponencia que se me asignó, con el aliciente que suponía adentrarse en vertientes aún no suficientemente exploradas en un tema de siempre.

II. LA DESAPARICIÓN DE LA EFICACIA CIVIL DE LAS RESOLUCIONES ECLESIAÍSTICAS MATRIMONIALES EN LA MAYOR PARTE DE EUROPA

En fechas no exactamente precisadas, pero que se sitúan entre principios o mediados del siglo X, por un cúmulo de circunstancias ⁽⁴⁾, la Iglesia asume el monopolio del conocimiento jurisdiccional de los litigios matrimoniales, con una correlativa inhibición de los poderes seculares en Europa; y es, curiosamente, a partir del ejercicio de esa jurisdicción —no compartida ya con los poderes seculares— desde donde se construye un segundo monopolio de la Iglesia sobre el matrimonio, esta vez de carácter legislativo. Éste se produce ante la necesidad de contar con un cuerpo jurídico completo que sirva para dar solución a los casos singulares que se proponían a la consideración de los Tribunales de la Iglesia ⁽⁵⁾; pero se construye a través de *decisiones jurisprudenciales*: como es sabido, las Decretales eran respuestas dadas por el Papa a cuestiones concretas que se le planteaban; pero la doctrina que fundamentaba la decisión adoptada en ese caso particular obtenía proyección general debido al prestigio y a la autoridad que suponía el hecho de que se hubieran dado por tan significativo autor.

La realidad es que el Decreto de Graciano (hacia el año 1140) se limita a constatar la competencia legislativa y judicial de la Iglesia sobre el matrimonio como un hecho consumado, no discutido y sobre el que incluso no se siente la necesidad de establecer una fundamentación de tipo dogmático ⁽⁶⁾; y ello hasta tal punto fue así que, cuando se trataba de sentar las bases teóricas justificativas de esa jurisdicción exclusiva de la Iglesia —que se presentaba como un he-

⁽⁴⁾ Los autores señalan como las más importantes el cristianismo de la sociedad medieval, el debilitamiento definitivo del poder secular —sumamente dividido por el feudalismo— y la misma inconveniencia de que dos jurisdicciones conocieran separadamente —aunque fuera en sentido convergente— del matrimonio. Vid. a este respecto J. MALDONADO, *Curso de derecho canónico para juristas civiles*, segunda edición, Madrid, 1970, págs. 314 y siguientes; A. GARCÍA GARCÍA, *Historia del Derecho canónico, 1. El primer milenio*, Instituto de Historia de la Teología española, Salamanca, 1967, pág. 408; A. MOSTAZA RODRÍGUEZ, “La competencia de la Iglesia y el Estado sobre el matrimonio hasta el Concilio de Trento”, en *Ius populi Dei*, Universidad Gregoriana, Roma, 1972, págs. 300-301, etc.

⁽⁵⁾ ESMEIN-GENESTAL, *Le mariage en droit canonique*, Recueil Sirey, 1929, págs. 31 y 58.

⁽⁶⁾ Cfr. M. LÓPEZ ALARCÓN, “Repercusiones de la Constitución española sobre la jurisdicción matrimonial”, en *El hecho religioso en la nueva Constitución española*, CSIC, Salamanca, 1978, pág. 205.

cho— incluso se preferían argumentos de menos calado que la invocación del carácter sacramental del matrimonio⁽⁷⁾.

En el siglo XII nos encontramos, pues, con una jurisdicción eclesiástica exclusiva y excluyente en materia matrimonial y por completo consolidada en el continente europeo, de modo que, además, alcanza multitud de materias conexas⁽⁸⁾.

Pero, como consecuencia de la Reforma protestante, las naciones europeas que desde el punto de vista religioso se escindieron de la Iglesia de Roma pasaron a considerar el matrimonio como un contrato civil, desprovisto de la condición de Sacramento, a tono con las ideas reformadoras.

Corolario lógico de ese planteamiento debería ser la irrelevancia de las resoluciones eclesiásticas sobre esta materia y la asunción de un monopolio jurisdiccional por parte del Estado en esta sede, sin perjuicio de que se admitiera la celebración del matrimonio en forma religiosa, pero con una perspectiva de mero rito externo. Sin embargo, en la realidad histórica tal esquema teórico no funcionó con uniformidad en los distintos países, ni desde luego siguió los mismos ritmos. Veámoslo con algunos ejemplos de cada extremo.

Ya en el año 1529 se detecta la existencia en Estrasburgo de un tribunal para asuntos matrimoniales compuesto de cinco laicos elegidos para tal cometido⁽⁹⁾. En Escocia, la jurisdicción de la Iglesia romana quedó abolida en 1560; luego la jurisdicción de los Tribunales eclesiásticos se transfirió al *Commissary Courts* civil en 1563⁽¹⁰⁾. Y en Dinamarca, con motivo de la Reforma, se formaron unos tribunales mixtos de clérigos y laicos, que no tenían una jurisdicción civil de carácter general sino sólo circunscrita a las causas matrimoniales; la actividad de estos tribunales mixtos matrimoniales no cesó hasta 1711, adqui-

(7) Cfr. ESMEIN-GENESTAL, *o.c.*, pág. 78. Tal dato histórico es, en mi opinión, muy significativo; y quizá no debería menospreciarse al leer el rotundo enunciado del vigente c. 1055 § 2.

(8) J. MALDONADO, *o.c.*, pág. 350.

(9) Cfr. J. GAUDEMET, *Le mariage en occident*, Les editons du cerf, París, 1987, pág. 279.

(10) Aunque, como señala F. LYALL en “Marriage in Scotland”, en el volumen publicado por EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH-STATE RESEARCH con el título *Marriage and Religion in Europe. Les effets civils du mariage religieux en Europe*, pág. 3, esa transferencia jurisdiccional no supuso un corte tan neto como podría parecer, ya que el personal del nuevo Tribunal estaba ampliamente compuesto por antiguos funcionarios que seguían aplicando las viejas reglas.

riendo entonces los tribunales civiles ordinarios la jurisdicción sobre el matrimonio⁽¹¹⁾.

En la Suecia protestante, en cambio, hay que esperar hasta el año 1734 para que el “Código general” allí promulgado sustraiga los procedimientos de divorcio a las jurisdicciones eclesiásticas⁽¹²⁾. Y en Inglaterra, nada menos que hasta la *Matrimonial Causes Act* de 1857 (que ordenó transferir la jurisdicción sobre la materia a un Tribunal civil, la llamada *Court for Divorce and Matrimonial Causes*), los Tribunales eclesiásticos tuvieron jurisdicción exclusiva sobre los matrimonios, incluyendo la nulidad y la separación⁽¹³⁾.

Otra línea de fuerza, posterior en el tiempo pero que en cierto modo acabaría siendo parcialmente convergente con la anterior, se inicia a raíz de la Revolución francesa.

También con gran diferencia de fechas, se impuso a partir de entonces un progresivo e intenso proceso secularizador de la materia matrimonial, que encontró rápido eco en los países del entorno francés. La adopción por parte de varios países europeos del Código de Napoleón —y, con él, del principio de la Constitución revolucionaria de 1791 que consideraba el matrimonio exclusivamente como un contrato civil⁽¹⁴⁾— significó un más definitivo y profundo impulso en la asunción por parte de los poderes estatales de la regulación de la materia matrimonial y, consiguientemente, de la irrelevancia de los pronunciamientos canónicos en la materia.

Debido a la confluencia de ambos factores, la realidad es que, a finales del siglo pasado y principios del siglo XX, con alguna contada excepción, aparte de las naciones que suscribieron un Concordato con la Santa Sede —a las que aludiré seguidamente— en la práctica totalidad de los países europeos, ya se había suprimido el reconocimiento de efectividad a la jurisdicción eclesiástica en materia matrimonial. Así, en Irlanda, la competencia jurisdiccional sobre esta ma-

(11) I. DÜBECK, “Marriage in Denmark”, en *Marriage and Religion in Europe...*, cit., pág. 201-202.

(12) J. GAUDEMET, *o.c.*, pág. 376-377.

(13) D. McCLEAN, “Marriage in England”, en *Marriage and Religion in Europe...*, cit., pág. 188.

(14) Art. 7 de la Constitución de 1791: “La ley considera el matrimonio exclusivamente como contrato civil. El poder legislativo establecerá para todos, sin distinción, el modo mediante el que los nacimientos, matrimonios y fallecimientos serán registrados, y designará los funcionarios públicos que recibirán y custodiarán las actas”.

teria es asumida por los tribunales civiles desde 1870⁽¹⁵⁾, atribuyéndose a la *Hight Court* la tramitación de los procesos de separación, ya que en Irlanda no ha existido el divorcio⁽¹⁶⁾ hasta fechas recientes. Suiza suprime la eficacia secular de la jurisdicción eclesiástica desde el año 1874⁽¹⁷⁾. La ley XXXI de 1894 suprime también la jurisdicción eclesiástica en Hungría⁽¹⁸⁾.

Más tardía es la desaparición del reconocimiento de las resoluciones confesionales en materia matrimonial en Bulgaria, Polonia y Yugoslavia, que se suman a este proceso secularizador sólo a mediados del presente siglo.

En efecto, en Bulgaria era competencia de los Tribunales confesionales la tramitación y resolución de los procesos referentes a los matrimonios, reservándose a los tribunales civiles tan sólo la determinación de los efectos económicos subsiguientes, si los cónyuges no se ponían de acuerdo sobre estos extremos ante los tribunales religiosos; los tribunales musulmanes tenían competencia también sobre estas materias⁽¹⁹⁾. Pero la ley de 3 de mayo de 1945 atribuyó a los tribunales civiles la competencia exclusiva de juzgar en materia matrimonial⁽²⁰⁾, competencia que ya mantendrán inalterada hasta el día de la fecha.

Por lo que se refiere a Polonia, desde la Ley 16, de 28 de marzo de 1836, los Tribunales confesionales de las cuatro religiones principales —entre ellas, la católica— tenían atribuida la jurisdicción para entender de los litigios en materia matrimonial, reconociendo los Tribunales civiles eficacia a las resoluciones eclesiásticas de estas confesiones. Tal situación continuó tras la entrada en vigor del Código de Procedimiento Civil de 29 de noviembre de 1930, de modo que a los jueces civiles sólo correspondía decidir acerca de los efectos de los pronunciamientos de nulidad y de separación, pero conociendo del fondo del asunto los tribunales confesionales⁽²¹⁾. A tono con el sistema de matrimonio

(15) G. BRUNELLI, *Divorzio e nullità de matrimonio negli stati d'Europa*, tercera edición, Giuffrè, Milán, 1958, pág. 290.

(16) G. PRADER, *Il matrimonio nel mondo*, segunda edición, Cedam, Padua, 1986, pág. 314; el divorcio no se implantó en este país hasta que, tras el referéndum de noviembre de 1995, que autorizó la supresión de la prohibición constitucional del divorcio, se ha promulgado una reciente Ley en 1997.

(17) G. BRUNELLI, *o.c.*, pág. 414.

(18) G. BRUNELLI, *o.c.*, pág. 438.

(19) G. BRUNELLI, *o.c.*, pág. 178.

(20) G. BRUNELLI, *o.c.*, pág. 177.

(21) G. BRUNELLI, *o.c.*, pág. 356.

civil obligatorio que desde 1945 se instaura en este país, el Decreto 25 de septiembre del mismo año ya sólo reconocerá en lo sucesivo competencia matrimonial a la jurisdicción estatal, resultando irrelevantes las decisiones de los tribunales religiosos⁽²²⁾. Tal es el criterio que rige en la actualidad.

Finalmente la competencia reconocida a los Tribunales eclesiásticos en diversas regiones de Yugoslavia desapareció mediante la Ley de 9 de abril de 1946, que sólo estableció un periodo transitorio para posibilitar el reconocimiento de las resoluciones religiosas que recayeron en los litigios que hubieran podido estar en curso ante los tribunales confesionales en el momento de entrada en vigor de dicha Ley⁽²³⁾.

En suma, a partir de mediados del siglo XX, ya sólo pequeños países europeos, como Andorra⁽²⁴⁾, Chipre⁽²⁵⁾ y la República de San Marino⁽²⁶⁾ han reconocido eficacia a la jurisdicción eclesiástica católica, sin cobertura concordataria y en virtud de sus leyes internas. En lo que a la República de San Marino se refiere, ha de puntualizarse que, tras la Ley 51, de 28 de septiembre de 1976, la jurisdicción de los Tribunales civiles se configura como *concurrente* con la de los canónicos, si se trata de matrimonios inscritos⁽²⁷⁾; por lo demás el Concordato de 2 de abril de 1992⁽²⁸⁾, concertado entre la Santa Sede y este mínimo enclave existente en Italia, pese a la notable extensión de su texto y a la amplitud de materias que toca, no contiene mención alguna de reconocimiento de la jurisdicción eclesiástica en materia matrimonial.

Y un caso aparte es el de Malta, que sólo en fechas relativamente recientes ha intercambiado los instrumentos de ratificación de un minucioso Acuerdo con la Santa Sede de fecha 3 de febrero de 1993⁽²⁹⁾, dedicado monográficamente al

(22) G. BRUNELLI, *o.c.*, pág. 360.

(23) K. STOYANOVITCH, en *Iuris classeur. Droit comparé*.

(24) G. BRUNELLI, *o.c.*, pág. 110.

(25) G. PRADER, *o.c.*, pág. 145.

(26) G. BRUNELLI, *o.c.*, pág. 387-394.

(27) G. PRADER, *o.c.*, págs. 488-495.

(28) AAS 85 (1993) 324-334; su texto, con traducción al castellano, puede verse en el Tomo III de la obra *Concordatos vigentes*, de C. CORRAL y S. PETSCHEN, Universidad Pontificia de Comillas-Fundación universitaria española, Madrid, 1996, págs. 537-561.

(29) Pese a su fecha, ha habido que esperar hasta el AAS 89 (1997) págs. 679 y ss. (corresponde al ejemplar de 20 de octubre de 1997) para que el Acuerdo fuera oficialmente publicado.

reconocimiento de eficacia civil de los matrimonios canónicos y de las Sentencias dictadas por las Autoridades y Tribunales eclesiásticos sobre dichos matrimonios⁽³⁰⁾. Aunque es, sin duda, el más preciso y completo Convenio suscrito en la materia hasta la fecha por la Santa Sede, ya que Malta no es miembro de la Unión Europea, no se hará aquí su análisis detallado. Parece oportuno, sin embargo, dejar alguna constancia en nota a pie de página del contenido de ese interesante texto concordatario⁽³¹⁾.

⁽³⁰⁾ El título oficial es *Conventio inter Apostolicam Sedem et Melitensem Rem Publicam de civilibus agnoscendis matrimoniorum canonicorum effectibus necnon sententiarum iisdem super conubiis Auctoritatum (sic) Tribunaliumque ecclesiasticorum*.

⁽³¹⁾ Se transcriben a continuación los artículos del Convenio que se dedican a la eficacia civil de las resoluciones canónicas de nulidad de matrimonio y rescriptos *super rato*. (Traducción propia, a partir de la versión en italiano publicada en AAS. Otra traducción, con algunas diferencias y a partir del texto en inglés, puede verse en CORRAL-PETSCHEN, *Concordatos vigentes*, t. III, UPC-Fundación Universitaria Española, Madrid, 1996, págs. 506 y ss.).

Artículo 3:

“La República de Malta reconoce para todos los efectos civiles, en los términos del presente acuerdo, las sentencias de nulidad y los decretos de ratificación de nulidad del matrimonio dictados por los tribunales eclesiásticos y que hayan llegado a ser ejecutivos”.

Artículo 4:

“1. A los fines del reconocimiento de los efectos civiles de que se trata en el artículo 3, la Santa sede toma nota de que:

a) desde el momento en que se notifique al *Registrar of Courts*, por la Cancillería de los Tribunales eclesiásticos, la aceptación de la demanda presentada por al menos una de las partes para obtener la declaración de nulidad del matrimonio canónico celebrado después de la entrada en vigor del presente acuerdo, queda reconocida únicamente a los mismos Tribunales eclesiásticos la competencia para decidir sobre el fondo, con tal de que los tribunales civiles no hayan dictado ya una sentencia que haya pasado a cosa juzgada, basada sobre los mismos capítulos de nulidad;

b) si resulta que ha sido admitida por el juez eclesiástico la renuncia a una causa iniciada ante los Tribunales eclesiásticos o que una causa ha caducado canónicamente, los Tribunales civiles podrán reemprender el examen de la causa eventualmente ya iniciada ante ellos y que hubiera sido suspendida en virtud de lo dispuesto en la letra a).

2. La Iglesia ilustrará a los futuros esposos sobre la específica naturaleza del matrimonio canónico y, consecuentemente, de la jurisdicción eclesiástica en materia de vínculo matrimonial.

Los futuros esposos tomarán nota formalmente de esto por escrito, aceptándolo”.

Artículo 5:

“Las sentencias de nulidad y los decretos de ratificación de nulidad de matrimonio dictados por los tribunales eclesiásticos son reconocidos como eficaces a efectos civiles, a condición de que:

Entro ahora a analizar la situación de aquellos países de la Unión Europea que han efectuado un formal reconocimiento por vía concordataria de la efica-

-
- a) se presente demanda al Tribunal de apelación por las partes o por una de ellas junto con una copia auténtica de la sentencia o decreto, y con una declaración de ejecutividad según el Derecho canónico, emitida por el tribunal que ha dictado la decisión ejecutiva;
 - b) conste al Tribunal de apelación:

- I. que el tribunal eclesiástico era competente para conocer de la nulidad del matrimonio en cuanto éste hubiera sido celebrado según la forma canónica de la Iglesia católica o con dispensa de la misma;

- II. que en el procedimiento judicial canónico se ha asegurado a las partes el derecho de accionar y defenderse en juicio, de modo sustancialmente no contrastante con los principios de la Constitución de Malta;

- III. en el caso de un matrimonio celebrado en Malta después del 11 de agosto de 1975, que haya sido inscrito o transcrito al Registro público el acto del matrimonio prescrito por la ley civil;

- IV. que no existe una sentencia contraria dictada por los tribunales civiles y que haya pasado a cosa juzgada, basada sobre los mismos capítulos de nulidad”.

(Es un dato destacable que, entre los requisitos exigidos para el reconocimiento, no se mencione la posible contradicción entre la resolución canónica y el *orden público* maltés).

Artículo 6:

“Las disposiciones contenidas en los artículos 3 y 5 se aplicarán también:

- a) a los matrimonios canónicos celebrados antes de la entrada en vigor del presente Acuerdo;

- b) a las sentencias de nulidad y a los decretos de ratificación de nulidad del matrimonio dictados por los tribunales eclesiásticos entre el 16 de julio de 1975 y la entrada en vigor del presente acuerdo:

- I. cuando la demanda para el reconocimiento de los efectos civiles se presente por ambas partes o, al menos, por una de ellas no oponiéndose la otra parte;

- II. en el caso de que haya una parte que se oponga, cuando después de que se haya concedido a la misma parte por el Tribunal de apelación un plazo, no superior a dos meses para presentar recurso al tribunal eclesiástico contra la sentencia de nulidad o el decreto de ratificación de nulidad del matrimonio, transcurra inútilmente tal término o si, interpuesto el recurso, el tribunal eclesiástico competente lo hubiera rechazado o hubiera confirmado la precedente sentencia de nulidad o el decreto de ratificación de nulidad del matrimonio”.

Artículo 7:

1. Los decretos del Romano Pontífice *super matrimonio rato et non consumato* se reconocen a efectos civiles por la República de Malta a petición de parte, acompañada de una copia auténtica del decreto pontificio, presentada al Tribunal de apelación por las partes o por una de ellas.

2. El Tribunal de apelación ordenará el reconocimiento de los decretos de que se trata en el número 1 del presente artículo si comprueba que dichos decretos se refieren a matrimonios celebrados según las normas canónicas de la Iglesia católica:

cia de algunas resoluciones canónicas matrimoniales. Son, en concreto, Austria, Portugal, Italia y España.

- a) tras la entrada en vigor del presente Acuerdo;
- b) también antes de la entrada en vigor de este Acuerdo, a condición de que la copia del decreto sea presentada por ambas partes o por lo menos por una de ellas sin que se oponga la otra”.

Artículo 8:

“En el ejercicio de las propias funciones en orden al reconocimiento de los decretos de que se trata en el artículo 7, así como también de las sentencias de nulidad y de los decretos de ratificación de nulidad del matrimonio a los que se refiere el artículo 3, el tribunal de apelación no procederá al nuevo examen del fondo del asunto”.

Artículo 9:

“Los efectos civiles derivados del reconocimiento del que tratan los artículos 3 y 7 quedan regulados por la ley civil”.

El Convenio añade un Protocolo adicional en el que se aclaran diversos puntos. Se transcriben los extremos referentes a los preceptos antes reproducidos:

En relación con el artículo 4.1.a): “La aceptación por parte de la Cancillería de los tribunales eclesiásticos deberá ser inmediatamente notificada por escrito por el Canciller de los mismos tribunales o por quien haga sus veces”.

En relación con el artículo 5.b.I): “Se considera que el tribunal eclesiástico era competente para conocer de la causa de nulidad del matrimonio también cuando éste ha sido impugnado por defecto de cualquier elemento requerido para la validez de la forma canónica o de la dispensa de la misma”.

En relación con los artículos 6.b.I) y 7.2.b): “El plazo improrrogable para la presentación de la nota de oposición al Tribunal de apelación es de 12 días útiles desde la fecha de notificación hecha por el mismo Tribunal a la parte interesada”.

El texto definitivamente cierra con un “Segundo protocolo adicional”, que dice así:

“La Santa sede y la República de Malta, deseando evitar cualquier dificultad de interpretación y asegurar la correcta aplicación del Acuerdo sobre reconocimiento de efectos civiles a los matrimonios canónicos y a las decisiones de la Autoridad y de los tribunales eclesiásticos sobre los mismos matrimonios, firmado el 3 de febrero de 1993, declaran de común acuerdo que:

1. Las sentencias dictadas por los tribunales eclesiásticos en causas de nulidad que sean a favor de la validez del matrimonio, que no hayaN sido apeladas o que hayan sido confirmadas en apelación, comprendidas *mutatis mutandis* las sentencias en las causas de que se trata en el artículo 6.b).I) del Acuerdo, se reconocen a todos los efectos legales en Malta y se considerarán como *res iudicata* y no susceptibles de nuevo examen por los mismos capítulos por los tribunales civiles, a condición de que al Tribunal de apelación conste cuanto se ha establecido en el artículo 5.b) del Acuerdo. El mismo Tribunal, en el sentido del artículo 8 del Acuerdo, no entrará en el nuevo examen del fondo de la causa.

2. Cuando una demanda para obtener la declaración de nulidad del matrimonio se presente al tribunal civil, el juez comprobará su competencia en el sentido del artículo 4.1 del acuerdo y del número 1 de este protocolo”.

III. LOS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA QUE RECONOCEN POR VÍA CONCORDATARIA LA EFICACIA CIVIL DE LAS RESOLUCIONES MATRIMONIALES CANÓNICAS

1. Austria

El Código Civil austríaco de 1811 remitía la regulación del matrimonio a los diferentes ordenamientos confesionales de las religiones reconocidas⁽³²⁾.

En el Concordato concertado entre Austria y la Santa Sede, de 5 de junio de 1933, que fue ratificado el 1 de mayo de 1934⁽³³⁾, la materia matrimonial se trata en el artículo VII y se complementa con un Protocolo adicional añadido a dicho artículo.

He aquí la disposición del artículo VII, § 3 y § 4:

“3. La República de Austria reconoce la competencia de los Tribunales y Dicasterios eclesiásticos en las causas concernientes a la nulidad del matrimonio y a la dispensa del matrimonio rato y no consumado.

4. Las correspondientes decisiones y sentencias, una vez que sean definitivas, se trasladarán al Supremo Tribunal de la Signatura Apostólica. Este examinará si se han guardado las normas del Derecho canónico referentes tanto a la competencia del juez, como a la citación y a la legítima representación o rebeldía de las partes. Dichas decisiones y sentencias, una vez definitivas, se trasladarán con los correspondientes decretos del Supremo Tribunal de la Signatura Apostólica al Tribunal Supremo austríaco. Los efectos civiles se producirán a partir de la declaración ejecutoria del Tribunal Supremo austríaco emitida en sesión secreta”.

Por su parte, el Protocolo adicional aclara:

“1. La República de Austria reconoce también la competencia de las autoridades eclesiásticas en el procedimiento relativo al Privilegio Paulino.

(32) G. BRUNELLI, *o.c.*, pág. 114.

(33) El retraso se debió a razones de tipo político, pues el canciller austríaco Dollfuss no disponía de mayoría segura en la Dieta, por lo que la disolvió, estableciéndose el Estado corporativo, con la eliminación de los socialistas, el 10 de abril de 1934; al día siguiente se produjo el canje de los instrumentos ratificación y entrada en vigor del Concordato. Cfr. C. CORRAL SALVADOR, en CORRAL-GIMÉNEZ, *Concordatos vigentes*, Tomo I, Fundación Universitaria Española, Madrid, 1981, pág. 439.

2. La Santa Sede consiente en que las causas matrimoniales de separación personal sean juzgadas por los Tribunales del Estado”⁽³⁴⁾.

La Constitución de 30 de abril de 1934 no puso en duda la regulación *per remisionem* del Código Civil ni tampoco el valor del Concordato de 1933. Pero se ha discutido la vigencia del Concordato tras la ocupación de Austria por Alemania (ocupación que también se calificó de “anexión”). Y, aunque parece que doctrina y praxis se inclinan por la tesis de la vigencia del Concordato⁽³⁵⁾, lo cierto es que, sin perjuicio de que posteriores Convenciones entre Austria y la Santa Sede han aclarado y desarrollado diversas materias concordatarias⁽³⁶⁾, salvo un corto periodo de tiempo —que, por cierto, presenta matices interesantísimos en los que no puedo detenerme, pues desviarían la atención de lo que es objeto de este trabajo⁽³⁷⁾— *la regulación concordataria del matrimonio no ha tenido vigencia efectiva después del periodo de ocupación nazi*.

⁽³⁴⁾ Los textos respectivos pueden encontrarse en CORRAL-GIMÉNEZ, *Concordatos vigentes*, Tomo I, o.c., págs. 461-462 y 493-494.

⁽³⁵⁾ Dice C. CORRAL, o.c., pág. 440 que “la cuestión quedó zanjada con la nota del Gobierno austríaco de 24 de diciembre de 1957, presentada al Secretario de Estado y aprobada por decisión unánime del Gobierno, reconociéndose la vigencia del Concordato”.

⁽³⁶⁾ Así, por ejemplo, los temas económicos, el alcance de distintas circunscripciones, cuestiones de enseñanza, etc.

⁽³⁷⁾ No me resisto a dejar una mínima constancia de esos matices.

En supuesta ejecución del texto pacticio se dictó la Ley 8, de 4 de mayo de 1935, que interpretó las cláusulas concordatarias en forma un tanto peculiar.

De acuerdo con dicha Ley, la jurisdicción de la Iglesia católica no era exclusiva (ciertamente el texto concordado tampoco llegó a afirmar este extremo), sino *parcialmente concurrente* con la civil.

La declaración de ejecutoriedad de cada resolución eclesiástica por parte del Tribunal Supremo de Austria quedaba supeditada a la comprobación de que afectara a un matrimonio canónico con efectos civiles celebrado *in facie Ecclesiae* (se excluía así la posibilidad de que se tratara de un matrimonio canónico celebrado en forma extraordinaria) y además se exigía que la primera instancia del proceso hubiera sido resuelta por *un Tribunal eclesiástico situado en territorio austríaco, al que los cónyuges hubieran acudido de común acuerdo*; si no se había acudido a la jurisdicción canónica consensuadamente, era preciso que, al menos, no hubieran excluido los litigantes su intervención tras un complejo mecanismo de requerimientos.

Pese a que el matrimonio se hubiera celebrado en forma canónica, cabía la interpelación a los tribunales civiles, que podían pronunciar una sentencia “retirando los efectos al matrimonio canónico”, si los cónyuges se requerían entre ellos para acudir a la autoridad eclesiástica y no hacían declaración de querer iniciar el procedimiento en el plazo de cuatro semanas desde la notificación del requerimiento; aunquemediara esa declaración, si el procedimiento eclesiástico no era iniciado efectivamente en el plazo de tres meses después

En efecto, con motivo de la invasión alemana, se publicó una ley especial para el matrimonio, de 6 de julio de 1938, que estableció el matrimonio civil obligatorio, con prohibición del matrimonio religioso previo; y, desde luego, se consideraron irrelevantes las sentencias y resoluciones matrimoniales eclesiásticas⁽³⁸⁾.

Hoy día sigue vigente el sistema de matrimonio civil obligatorio, aunque se ha eliminado la prohibición de celebrar previamente matrimonio religioso, prohibición que se consideró inconstitucional mediante Sentencia de 19 de diciembre de 1955. Pero, desde luego, continúa el monopolio jurisdiccional a favor de los tribunales civiles.

2. Portugal

El Concordato portugués es de fecha 7 de mayo de 1940. Los instrumentos de ratificación se canjearon el 1 de junio del mismo año⁽³⁹⁾.

El reconocimiento de la jurisdicción eclesiástica se realiza en el artículo XV en los siguientes términos:

de haber respondido afirmativamente al anterior requerimiento, también cabía acudir a la jurisdicción civil. Podía así lograrse una sentencia estatal de supresión de efectos civiles del matrimonio canónico, que aunque obviamente no afectaba a la validez del matrimonio canónico, sí permitía una ulterior celebración de matrimonio civil. Y es un dato muy curioso el que, en estos supuestos, *el Tribunal civil tenía que aplicar como ley de fondo el Derecho canónico*, que tenía que probarse como ley extranjera en el seno del proceso civil.

La eventual sentencia estatal, con todo, no producía la cesación de efectos civiles si previamente se había dictado una sentencia canónica denegatoria de la nulidad o si, dictada, se encontraba en trámite de reconocimiento una sentencia eclesiástica estimatoria (cfr. a este respecto G. BRUNELLI, *o.c.*, págs. 114-121).

Por lo demás, las sentencias y resoluciones eclesiásticas adquirían ejecutoriedad con las limitaciones y requisitos antes indicados. Según la doctrina, una vez declarada la ejecutoriedad de la resolución eclesiástica, ésta adquiría la misma eficacia de una sentencia estatal de nulidad de matrimonio. Y correspondía entonces al Tribunal civil dictaminar en exclusiva sobre la culpabilidad de los cónyuges y sobre sus pretensiones patrimoniales (cfr. G. BRUNELLI, *o.c.*, pág. 119).

En suma, la falta de mención de exclusividad de la jurisdicción eclesiástica originó en el corto periodo de vigencia de la ley de aplicación del Concordato una singular jurisdicción compartida, que ciertamente no era la idea que presidió la redacción del texto pacticio. Pero, como resultado de todo ello, en realidad, la intervención de la jurisdicción eclesiástica resultaba importantemente limitada aunque formalmente reconocida.

(38) Cfr. G. BRUNELLI, *o.c.*, pág. 111; G. PRADER, *o.c.*, pág. 87.

(39) Los textos pueden verse en CORRAL-GIMÉNEZ, *o.c.*, págs. 347-348.

“El conocimiento de las causas referentes a la nulidad del matrimonio católico y a la dispensa del matrimonio rato y no consumado queda reservado a los Tribunales y Dicasterios eclesiásticos competentes.

Las decisiones y sentencias de estos Dicasterios y Tribunales, cuando hayan llegado a ser definitivas, serán elevadas al Tribunal Supremo de la Signatura Apostólica para su control y serán transmitidas después con los respectivos decretos del Supremo Tribunal de la Signatura, por vía diplomática, al Tribunal de apelación del Estado territorialmente competente, el cual las hará ejecutivas y mandará que sean anotadas en los Registros de estado civil, al margen del acta de matrimonio”.

Y el artículo XXIV del mismo Concordato fijaba una singular norma del siguiente tenor:

“En armonía con las propiedades esenciales del matrimonio católico, se entiende que, por el hecho mismo de la celebración del matrimonio canónico, los cónyuges renuncian a la facultad civil de pedir el divorcio que, por esto, no podrá ser aplicado por los Tribunales civiles a los matrimonios católicos”.

Para entender el sentido de esta última cláusula⁽⁴⁰⁾, es preciso tener en cuenta que en Portugal, tras el primer Código Civil que allí entró en vigor en 1867 —que consagraba un sistema de matrimonio civil facultativo, con reconocimiento de plenos efectos civiles al matrimonio canónico y de la competencia exclusiva de los Tribunales eclesiásticos para juzgar de la nulidad del matrimonio católico⁽⁴¹⁾— hay un lapso temporal, iniciado por la Ley de 25 de diciembre de 1910, que impuso el sistema del matrimonio civil obligatorio y estableció además el divorcio civil con carácter general⁽⁴²⁾. Pues bien, para preservar en su integridad el reconocimiento jurisdiccional exclusivo que a favor de la Iglesia se articulaba, se ideó esta fórmula —que podemos calificar como de “renuncia implícita”— que impediría a los jueces civiles pronunciar la disolución del matrimonio canónico.

La regulación concordataria quedó incluida en el Código Civil portugués, cuyo artículo 1587 se modificó por Decreto-ley 30.615 de 25 de julio de 1940;

(40) Luego sustancialmente repetida en el art. XV.2 del Concordato concertado el 16 de junio de 1954 con la República Dominicana.

(41) M. TEIXEIRA DE SOUSA, “La mariage religieux et son efficacité civile. Le cas portugais”, en *Marriage and Religion in Europe...*, cit., pág. 61-62.

(42) A. LEITE, “El matrimonio civil y el divorcio en Portugal”, en *El hecho religioso en la nueva Constitución española*, CSIC, Salamanca, 1979, pág. 256.

los artículos 1625 y 1626 del mismo Código recogieron la reserva jurisdiccional de las causas referentes a la nulidad del matrimonio y dispensa *super rato*; y el artículo 1790 vino a incluir la antes expresada fórmula concordataria de “renuncia implícita” al divorcio derivada del mero hecho de la celebración del matrimonio canónico, consagrando así la correlativa imposibilidad para los jueces civiles de pronunciarse sobre una eventual disolución de estos matrimonios.

La nueva situación política instaurada después del 25 de abril de 1974⁽⁴³⁾ dio lugar a una intensificación de las numerosas presiones que habían tenido lugar en Portugal para extender el divorcio civil al matrimonio canónico, ya que la “renuncia implícita” pactada concordatariamente se consideraba inconstitucional⁽⁴⁴⁾. Y, de este modo, se llegó a una modificación del Concordato de 7 de mayo de 1940, dando una nueva redacción al polémico artículo XXIV mediante Acuerdo de 15 de febrero de 1975, cuyos instrumentos de ratificación se canjearon el 23 de abril del mismo año⁽⁴⁵⁾, en los siguientes términos:

“Celebrando el matrimonio católico, los cónyuges asumen por ese mismo hecho, *ante la Iglesia*, el compromiso de atenerse a las normas canónicas que lo regulan y, en particular, de respetar sus propiedades esenciales. La Santa sede, mientras reafirma la doctrina de la Iglesia católica acerca de la indisolubilidad del vínculo matrimonial, recuerda a los cónyuges que han contraído matrimonio canónico el grave deber que les incumbe de no valerse de la facultad civil de solicitar el divorcio”.

Se mantuvieron, por lo demás, los restantes preceptos del Concordato.

Así pues, la reserva jurisdiccional reconocida a la Iglesia en materia matrimonial quedó circunscrita al punto de que sólo los Tribunales y Dicasterios eclesiásticos, con exclusión de los civiles, podían pronunciar una resolución por la que se declarara la nulidad de un matrimonio celebrado canónicamente o que disolviera el vínculo en cuanto rato y no consumado. Pero los tribunales civiles, en adelante, ya no tenían limitada su jurisdicción para decretar la disolución de un matrimonio canónico por divorcio.

Poco después de la ratificación de este protocolo, se revocó el artículo 1790 del Código Civil portugués. Y, por Decreto-ley 496/1977, de 25 de no-

(43) La llamada “Revolución de los claveles”.

(44) Cfr. A. LEITE, *o.c.*, págs. 260 y ss.

(45) El texto puede verse en CORRAL-GIMÉNEZ, *o.c.*, págs. 382-383.

viembre, se ampliaron las causas de divorcio, incluyéndose la disolución por mutuo consentimiento ⁽⁴⁶⁾.

Aunque algunos autores han cuestionado la constitucionalidad de la reserva jurisdiccional que existe en favor de la Iglesia Católica para entender de los procesos de nulidad de matrimonio canónico ⁽⁴⁷⁾, la doctrina mayoritaria considera que esa reserva es constitucional ⁽⁴⁸⁾.

En la actualidad, pues, según los artículos 1625 ⁽⁴⁹⁾ y 1626 ⁽⁵⁰⁾ del Código Civil, se reconoce la eficacia en el ámbito estatal de las sentencias canónicas de nulidad de matrimonio y resoluciones *super rato*, cuya competencia exclusiva corresponde a la Iglesia; y, para que las decisiones eclesiásticas sean civilmente reconocidas, es preciso tan sólo el control interno del Tribunal Supremo de la Signatura Apostólica, su transmisión por vía diplomática y el reconocimiento del Tribunal de apelación competente territorialmente, que no puede someter a la resolución canónica de que se trate más que a un examen de regularidad puramente formal, sin que quepa revisar su fondo ⁽⁵¹⁾. En otro orden de cosas, cabe señalar que se mantiene la disposición contenida en el Código Civil de que los tribunales eclesiásticos pueden solicitar el auxilio de los tribunales civiles para realizar las citaciones y notificaciones de las partes, peritos y testigos, ya sea como diligencias con carácter probatorio o de otra naturaleza.

(46) Cfr. A. LEITE, *o.c.*, pág. 264.

(47) Expresa ciertas reservas, por ejemplo, M. TEIXEIRA DE SOUSA, “Le mariage...”, cit., página 64, reservas que salva a través de una equiparación de la jurisdicción eclesiástica de la Iglesia católica y las jurisdicciones extranjeras.

(48) Cfr. PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, T. IV, Coimbra editora, 2.ª ed., pág. 150, lugar en que citan las opiniones mayoritarias a favor y algún autor en contra.

(49) “O conhecimento das causas respeitantes à nulidade do casamento católico e à dispensa do casamento rato e não consumado é reservado aos tribunais e repartições eclesiásticas competentes”.

(50) “1. As decisões dos tribunais e repartições eclesiásticas quando definitivas, sobem ao Tribunal da Assinatura Apostólica para verificação, e são depois, com os decretos desse Tribunal, transmitidas por via diplomática ao Tribunal da Relação territorialmente competente, que as tornará executórias, independentemente de revisão e confirmação, e mandará que sejam averbadas no registro civil.

2. O tribunal eclesiástico pode requisitar aos tribunais judiciais a citação ou notificação das partes, peritos ou testemunhas, bem como diligências de carácter probatório ou de outra natureza”.

(51) La doctrina y la praxis son unánimes en señalar que no cabe aplicar al caso el tipo de revisión que previene el artículo 1096 y concordantes del *Código de processo civil*, revisión a la que han de someterse las sentencias extranjeras para el otorgamiento o no de exequátur.

En la práctica, sin embargo, el trámite de incorporación de las resoluciones canónicas al ordenamiento portugués supone una demora importante. En efecto, aparte del tiempo que se invierte en obtener el Decreto de la Signatura Apostólica⁽⁵²⁾, el proceso civil —que, de acuerdo con la norma concordada y el Código Civil, consiste en una mera labor de constatación de que la sentencia canónica viene acompañada del Decreto del Tribunal Supremo de la Signatura y que ha sido expedida por la vía diplomática correspondiente⁽⁵³⁾— es, según parece, de una innecesaria y aún no resuelta complejidad: al no haberse hecho las previsiones legales oportunas para adaptar el procedimiento a la especialidad que representa la teóricamente sencilla vía de homologación, los Tribunales de apelación vienen aplicando el cauce *procesal* —aunque no exigiendo los requisitos de fondo— del exequátur normal de sentencias extranjeras y ello hace que se acumulen trámites superfluos⁽⁵⁴⁾. Obtenida resolución civil firme de reconoci-

(52) Un ejemplo relativamente reciente aparece en un “Acórdão” de fecha 28 de marzo de 1995 de la *Relação de Coimbra, Secção Cível*, publicado en la revista portuguesa *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XX (1995), Tomo II, pág. 20-II; según resulta del texto de esta resolución, la sentencia canónica de nulidad de matrimonio dictada en primera instancia por el Tribunal eclesiástico de Leiria era de fecha 8 de enero de 1993 y fue confirmada por el Tribunal Patriarcal de Lisboa mediante sentencia de 11 de noviembre de 1993; pues bien, el Decreto de “verificación” del Tribunal Supremo de la Signatura Apostólica es de fecha 22 de diciembre... ¡de 1994! (Agradezco a D. Jose Joaquim ALMEIDA LOPES, Magistrado del Supremo Tribunal Administrativo de Porto y también Juez del Tribunal Eclesiástico de esa bella ciudad portuguesa, la reseña de esa resolución que amablemente me hizo llegar, junto con otra abundante documentación de gran utilidad.)

(53) Cfr. F.M. PEREIRA COELHO, *Curso de Direito da Família*, T. I, Coimbra, 1973, págs. 383-384. (La reseña me ha sido facilitada por D. J.J. ALMEIDA LOPES.)

(54) Entre la documentación que amablemente me hizo llegar D. J.J. ALMEIDA LOPES, me incluyó un informe que él había elevado con una propuesta de simplificación del trámite para la que bastaría una mínima precisión legal. Hoy por hoy, como describe en su exposición, se da este largo proceso: tras las diligencias iniciales de la Secretaría del Tribunal, tiene lugar el reparto del proceso de exequátur por un Juez instructor; concluido el proceso por el relator, se da vista al Fiscal, tras lo cual el proceso vuelve al relator, que manda el proceso para estudio de los jueces restantes, lo que implica una importante demora por el exceso de asuntos que han de resolver; hecho ese estudio por los otros jueces, el relator ordena que se inscriba el proceso en el listado de juicios, para lo que el proceso pasa a Secretaría; mientras, el relator redacta el proyecto de resolución que será leído en el día designado para que tenga lugar la sesión; y sólo ese día, cuando el proyecto es aprobado, se notifica la resolución a los cónyuges, tras lo que hay que esperar el plazo correspondiente para que pase a cosa juzgada; si no hay recurso, la Secretaría comunica la resolución al Registro civil a fin de que la inscriba.

Según el informe antes citado, bastaría para evitar tan penoso y complejo trámite con una previsión legal que, retirando la materia a las *Secções da Relação*, asignara la homologación de las sentencias canónicas de nulidad a la competencia del Presidente del Tribunal.

miento de la canónica, se procede a la inscripción en el Registro civil⁽⁵⁵⁾; los demás efectos civiles se determinan por las autoridades estatales⁽⁵⁶⁾.

En fin, cabe anotar que no se considera que deba suspenderse la acción de divorcio ejercitada durante la pendencia de un procedimiento canónico de dispensa *super rato* por entenderse que, aunque en ambos casos se pretende la disolución del matrimonio, es distinto su fundamento⁽⁵⁷⁾.

3. Italia

A los fines de este trabajo, sería impropio una detenida exposición de las múltiples particularidades que presenta la evolución legislativa y jurisprudencial de Italia en materia de reconocimiento de las resoluciones matrimoniales canónicas, de la cambiante interpretación jurisprudencial de las normas sucesivamente vigentes y de las intrincadas argumentaciones y elaboraciones doctrinales de ese país.

No obstante, parece imprescindible ofrecer los rasgos básicos que caracterizan la peculiar situación de la jurisdicción eclesiástica sobre el matrimonio en el ordenamiento italiano. Y ello, debido a los sucesivos avatares que ha venido atravesando, no es cuestión que pueda despacharse en pocos párrafos.

El primer Código Civil de la Italia unida, del año 1865, introdujo el matrimonio civil obligatorio, negando cualquier relevancia al matrimonio religioso y, *a fortiori*, a las decisiones de los Tribunales eclesiásticos. Esta toma de posición nacía de la voluntad de laicizar el estado civil de los ciudadanos, introduciendo una ley que fuera igual para todos sin distinción de religión, y de hacer efectivo en la materia matrimonial el ideal de la separación, al que se adscribían

⁽⁵⁵⁾ Según el *Código de registro civil*, aprobado por Decreto-ley núm. 131/1995, de 6 de julio, es preceptivo el *averbamento* (anotación al margen de las alteraciones del contenido de los asientos registrales) de la resolución canónica en la inscripción de nacimiento de los cónyuges (art. 69) y en la de matrimonio (art. 70); En concreto, el art. 78 establece la obligación que pesa sobre el órgano jurisdiccional de comunicar, mediante certificación, al Registro las decisiones dictadas en procesos referentes a hechos sujetos a Registro.

⁽⁵⁶⁾ Según el art. 1905 del Código Civil, en redacción dada por Ley 84/1995, de 31 de agosto, en los casos de separación, divorcio o nulidad de matrimonio, la situación de los hijos, los alimentos debidos a éstos y la forma de prestarlos pueden ser regulados por acuerdo de los padres que deberá obtener aprobación judicial; faltando acuerdo, decide el Tribunal civil.

⁽⁵⁷⁾ 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.

la mayor parte de las fuerzas políticas que habían llevado a efecto el resurgimiento nacional italiano⁽⁵⁸⁾.

El 11 de febrero de 1929 se suscribió el Concordato entre la Santa Sede e Italia, bajo el régimen fascista. El canje de instrumentos de ratificación tuvo lugar el 7 de junio del mismo año. El artículo 34 de dicho Concordato, que ha estado vigente hasta su sustitución en 1984, partía de la base de reconocer efectos civiles “al sacramento del matrimonio, regulado por el Derecho canónico”. Y el tema de la jurisdicción en materia matrimonial, de acuerdo con los párrafos cuarto, quinto, sexto y séptimo, de dicho precepto concordado se resolvía en los siguientes términos:

“Las causas referentes a la nulidad del matrimonio y dispensa del matrimonio rato y no consumado quedan reservadas a la competencia de los Tribunales y Dicasterios eclesiásticos.

Las correspondientes resoluciones y sentencias, una vez que hayan llegado a ser definitivas, se trasladarán al Supremo Tribunal de la Signatura, el cual controlará si se han respetado las normas del Derecho canónico referentes a la competencia del juez, a la citación y a la legítima representación o rebeldía de las partes.

Dichas resoluciones y sentencias definitivas, con los correspondientes Decretos del Supremo Tribunal de la Signatura, se transmitirán al Tribunal de apelación del Estado territorialmente competente, el cual, con resolución dictada en Sala de gobierno, los hará ejecutivos a los efectos civiles y ordenará que sean anotados en los Registros del estado civil al margen del acta de matrimonio.

En cuanto a las causas de separación personal, la Santa sede consiente en que sean juzgadas por la autoridad judicial civil”.

Para la ejecución del Concordato se dictaron las leyes 810 y 847 de 1929; especialmente la ley 847, de 29 de mayo, denominada “ley matrimonial”, se ocupó de dar efectividad en el Derecho interno italiano a las previsiones concordatarias; concretamente, el artículo 17 de dicha ley constituía práctica reproducción de lo convenido concordatariamente respecto a la jurisdicción matrimonial.

(58) Cfr. F. FINOCCHIARO, “Il sistema matrimoniale italiano”, en *Los Acuerdos concordatarios españoles y la revisión del Concordato italiano*, Departamento de Derecho canónico de la Universidad Central de Barcelona-Instituto Italiano de Cultura de Barcelona, Barcelona, 1980, págs. 272-273.

En el año 1948 se promulgó la Constitución de la República italiana que, como es obvio, contiene una serie de principios situados en abierto contraste con los que inspiraron el régimen fascista, bajo el cual había sido concertado el Concordato de 1929.

A diferencia de lo que ha ocurrido en la Constitución española de 1978, que intencionadamente eludió el problema, los constituyentes italianos decidieron mencionar de modo expreso en el texto constitucional el tema de las relaciones Iglesia-Estado. En efecto, el artículo 7 dispuso en su primer apartado que “el Estado y la Iglesia católica son, cada uno en su propio orden, independientes y soberanos”; el párrafo segundo del mismo artículo añadió: “Sus relaciones están reguladas por los pactos de Letrán. Las modificaciones de los pactos, aceptadas por las dos partes, no precisan el procedimiento de revisión constitucional”.

Tanto los autores de la fórmula consagrada en el artículo 7 como los que se habían opuesto a la misma estaban, al menos, de acuerdo en que con ella no se atribuía valor constitucional a las normas derivadas de los pactos lateranenses; así resulta con toda claridad de las actas de discusión del precepto⁽⁵⁹⁾.

Pero, pese a ello, desde un primer momento vino a sostenerse que, con la fórmula en cuestión, se habían recibido las normas de los pactos de 1929 atribuyéndoles el mismo valor formal que a los preceptos de la propia Constitución. Y tal interpretación condujo a considerar que dichas normas, así como las correspondientes de ejecución, gozaban de una “cobertura constitucional” que, en la práctica, consagraba un rígido sistema que impedía la revisión de las disposiciones de derivación concordataria a la luz de los principios constitucionales⁽⁶⁰⁾. Venía a consagrarse así una especial resistencia en orden a revisar a partir de módulos constitucionales la efectividad —cuasi automática desde la perspectiva pacticia— de las resoluciones canónicas de nulidad y dispensa de matrimonio rato y no consumado.

En los años 70 se pronunciaron una serie de sentencias de la *Corte Costituzionale* italiana que dieron en modificar este esquema, al sentar el principio de que resultaba posible y obligado el control constitucional de las normas de derivación concordataria conforme a un módulo valorativo verdaderamente difuso y nunca bien concretado: los denominados “principios supremos” del orden

(59) Cfr. al respecto F. MARGIOTTA BROGLIO, “Costituzione e revisione dei patti lateranensi” en el volumen antes citado *Los Acuerdos...*, págs. 24-28.

(60) F. MARGIOTTA BROGLIO, *o.c.*, pág. 29.

constitucional italiano⁽⁶¹⁾. En este sentido son especialmente importantes las sentencias 30, 31 y 32, de 1971, todas de 1 de marzo⁽⁶²⁾.

En otro orden de ideas, como es sabido, la Ley 898, de 1 de diciembre de 1970, implantó el divorcio en Italia y la posibilidad de que las mismas causas que constituían motivo de divorcio para los matrimonios civiles operaran como motivos de “cesación de los efectos civiles” de los matrimonios canónicos⁽⁶³⁾. La reserva de competencia a la jurisdicción eclesiástica en materia matrimonial quedó así afectada por la posibilidad de que la jurisdicción civil incidiera eficazmente en matrimonios canónicos. Pero, al mismo tiempo, la atribución a los Tribunales eclesiásticos del conocimiento con carácter exclusivo de las controversias en materia de nulidad de matrimonios concordatarios fue considerada legítima por la Corte constitucional en varias sentencias⁽⁶⁴⁾. Realmente, la concreta referencia contenida en el artículo 7 de la constitución italiana a la que antes se ha aludido, que ordenaba regular las relaciones Iglesia-Estado conforme a los Pactos lateranenses, brindaba un sólido apoyo a esta interpretación.

(61) En aquel momento sólo se llegó a establecer la posibilidad de impugnar la transcripción del matrimonio canónico por un solo motivo que fuera distinto a aquellos que expresamente citaba la ley matrimonial de desarrollo del Concordato: en concreto, cuando el matrimonio hubiera sido celebrado con una persona en estado de incapacidad natural. Lo importante, sin embargo, fue que quedó sentada esa posibilidad de control y rota la incondicional “cobertura constitucional”, que se venía considerando que protegía las normas concordatarias y de ella derivadas.

(62) El texto de las mismas puede verse en la revista *Il diritto ecclesiastico*, 1971, II, págs. 32 y ss.

(63) La constitucionalidad de dicha ley fue afirmada por las sentencias del Tribunal constitucional 169, de 8 de julio de 1971, y 176, de 11 de diciembre de 1973. Cfr. al respecto F. FINOCCHIARO, *o.c.*, pág. 275; muy explícito es el amplio estudio monográfico de R. COPPOLA *Introduzione del divorzio e sue conseguenze in Italia*, CSIC, Salamanca, 1980, págs. 50 y ss.

(64) Entre las que destacan la ya citada número 30 de 1971, de 1 de marzo (que sostuvo que no resultaba violado el principio de unidad de jurisdicción, al ser los Tribunales eclesiásticos órganos extraños al ordenamiento interno y, por lo tanto, no especiales, por no ser estatales, sino análogos a los tribunales de la Comunidad Económica Europea; el texto de la sentencia puede verse en la revista *Il diritto ecclesiastico*, 1971, II, págs. 32-34) y la número 175, de 1973, 11 de diciembre (que, admitiendo que la jurisdicción eclesiástica constituía una hipótesis de derogación de la jurisdicción estatal, no resultaba inconstitucional, por no existir un principio de inderogabilidad absoluta expresamente plasmado en la Constitución; el texto de la sentencia puede encontrarse en la revista *Il diritto ecclesiastico*, 1974, II, páginas 18-29).

En este contexto la *Corte Costituzionale* italiana pronunció unas importantes sentencias en el año 1982⁽⁶⁵⁾. Especialmente relevante fue la sentencia número 18, de 2 de febrero de 1982, pues declaró la inconstitucionalidad de aquellos preceptos de las leyes de aplicación del Concordato que, a la hora de dar efectividad a las sentencias canónicas de nulidad de matrimonio, no reconocían al juez italiano facultades para examinar si se habían respetado los derechos de defensa del ciudadano —el *diritto di agire e resistere*— y para comprobar que las sentencias de nulidad de matrimonio no contrastan con el “orden público”⁽⁶⁶⁾; declaró asimismo la inconstitucionalidad de las leyes de aplicación, en cuanto admitían la ejecutabilidad de los rescriptos canónicos referentes a la disolución de matrimonio por dispensa *super rato*.

Tras las determinaciones de la Corte constitucional, la Corte de casación italiana se vio en la necesidad de intentar hacer aplicación uniforme de los principios sentados en la sentencia 18, de 2 de febrero de 1982. Pues los tribunales inferiores, al interpretar esa doctrina constitucional, incurrieron en notorias divergencias⁽⁶⁷⁾.

(65) Me refiero a las Sentencias 16 y 18, de 2 de febrero de 1982. Los textos pueden verse en la revista *Il diritto de famiglia e delle persone*, 1982, núm. 2, págs. 315-327 y 328-370, respectivamente. Estas sentencias generaron una copiosísima literatura. Por poner un ejemplo, la revista *Il diritto ecclesiastico* dedicó completo el núm. 4 (octubre-diciembre) de 1982 al estudio monográfico de estas sentencias. Y también en España hubo estudios de tan importantes pronunciamientos; p.ej. véase el completo trabajo de A. REINA BERNÁLDEZ “Matrimonio concordatario y jurisprudencia constitucional”, en *Estudios de Derecho canónico y de Derecho eclesiástico en homenaje al Profesor Maldonado*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1983, págs. 673-730; también J.M. SERRANO RUIZ, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional italiano sobre efectos civiles de las decisiones canónicas en las causas matrimoniales”, en *REDC*, 39 (1983), págs. 95-141.

(66) La sentencia dio la siguiente definición del orden público: “aquellas reglas fundamentales puestas por la Constitución y por las leyes básicas de los institutos jurídicos en que se articula el ordenamiento positivo en su perenne adecuación a la evolución de la sociedad”.

(67) Vid. al respecto el número 2 del año 1982 de la revista *Il diritto di famiglia e delle persone*, págs. 518 y siguientes, y el número 3 de la misma revista, págs. 891 y siguientes, con notas de C. CARIDI; allí puede encontrarse un amplio repertorio de resoluciones bastante dispares de los Tribunales de apelación italianos; incluso, algunas de las resoluciones de estos Tribunales entendían que debía aplicarse en lo sucesivo el procedimiento establecido en Derecho italiano para reconocimiento de las sentencias extranjeras.

La propia Corte de casación vaciló en sus primeras sentencias, sobre todo a propósito de la concreción del límite del orden público⁽⁶⁸⁾. Pero pronto el pleno de la Corte de casación conectó inequívocamente el concepto de orden público con el elaborado en el ámbito del Derecho internacional privado, bien que “adecuado a la peculiaridad de la relación Iglesia-Estado”, matiz que obligaba a interpretar el “orden público” en un sentido especial —probablemente en un sentido más flexible— en esta sede⁽⁶⁹⁾. Según esto, en fin, la declaración de ejecutabilidad de una sentencia canónica sólo podría negarse en presencia de una contradicción con las reglas fundamentales en las que se inspira en un momento determinado el Derecho del Estado al definir la estructura del instituto matrimonial; contradicción que debía resultar tan acentuada que obligara a considerar que la sentencia canónica era totalmente incompatible con esas reglas básicas.

Fue a propósito de las causas canónicas de nulidad por exclusión de un elemento o propiedad esencial del matrimonio cuando se individualizó la primera de esas reglas fundamentales que no podían ser contradichas: según la Corte de casación, el principio de la tutela de la buena fe y del *affidamento incolpevole*⁽⁷⁰⁾ debía ser considerado como uno de los fundamentales que han sido puestos por la Constitución y las leyes básicas que regulan el instituto matrimonial⁽⁷¹⁾.

(68) En efecto, la sentencia 3024, de 15 de mayo de 1982, dictada por la Sección primera de la Corte de casación (su texto en *Il diritto ecclesiastico*, II, 1982, págs. 176 y ss.), vino a decir que “normas de orden público” en el sentido de la sentencia de la Corte constitucional, eran sólo aquellas referibles a concretos y específicos “principios supremos” del ordenamiento constitucional; con tal “interpretación” o bien se volvía a dejar la cuestión en la misma inconcreción anterior, o bien se venía a crear una especie de *tertium genus* que, desde luego, no parecía identificable con el llamado orden público interno, ni tampoco con el denominado orden público internacional; sería entonces un orden público diferente, cuyo contenido resultaba imposible precisar.

(69) Cfr. la Sentencia dictada por las *Sezioni unite* número 5026, de 1 de octubre de 1982; su texto puede verse en *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1983, núm. 3, págs. 858-862.

(70) No resulta fácil encontrar un término que traduzca en castellano la expresión italiana con exactitud. La tutela del *affidamento incolpevole* expresa la idea de que merece protección la conducta de quien actúa confiando en que el otro va a proceder correctamente, sin que medie negligencia ante ese proceder ajeno; o, más sencillamente, con la diligencia habitualmente exigible en Derecho.

(71) Señala R. BOTTA, *Matrimonio religioso e giurisdizione dello Stato*, Il Mulino, Bolonia, 1993, pág. 25, que el principio así afirmado no es ya objeto de discusión en la jurisprudencia italiana y ha sido pacíficamente asumido por los Tribunales.

En aplicación de tal principio, se estableció el criterio de que no procede reconocer la eficacia civil de las sentencias canónicas declarativas de la nulidad del matrimonio si su fundamento consistía, por ejemplo, en la exclusión de algún elemento o propiedad esencial del matrimonio que hubiera sido verificada por sólo una de las partes —supuesto que, para los civilistas, es técnicamente un caso de “reserva mental”, no de “simulación”— en la coyuntura de que tal reserva no hubiera sido comunicada a la otra parte antes de la celebración del matrimonio. El criterio se matizó luego en el sentido de que el reconocimiento de tales sentencias, pese a todo, sería posible si la parte que no conoció antes del matrimonio la reserva mental era la que instaba la homologación de la sentencia canónica o, al menos, no se oponía a ella; y también en el caso de que el desconocimiento por una parte de la reserva mental efectuada por la otra obedeciera a una falta de la normal y exigible diligencia⁽⁷²⁾.

En cambio, no se han considerado contrastantes con el orden público italiano las sentencias canónicas de nulidad por el mero hecho de que puedan estar fundadas en motivos distintos a los contemplados en el Derecho italiano

(72) A esta doctrina —hoy pacífica, como antes se ha dicho— se llegó no sin algunas discrepancias.

En efecto, las sentencias de la Corte de casación 1225, de 17 de febrero de 1983 (su texto puede verse en *Il diritto ecclesiastico*, 1983, núms. 1-2, págs. 77-95, con comentario de M. PETRONCELLI), y la 243, de 12 de enero de 1984 (Cfr. *Il diritto ecclesiastico*, 1984, núms. 1-2, págs. 64-67) puntualizaron, respectivamente, que era posible reconocer las sentencias canónicas fundadas en reserva mental unilateral realizada por uno de los cónyuges y no comunicada al otro, si el que pedía el reconocimiento civil de la sentencia era precisamente el cónyuge que ignoró la reserva; también cuando ese cónyuge que ignoraba la reserva unilateral efectuada por el otro no se oponía al reconocimiento. En tales casos, debería entenderse que ese contrayente no culpable renunciaba a la protección específica de su buena fe. Y, aún más, la sentencia 2855, de 10 de mayo de 1984, precisó todavía que si una exclusión unilateral había sido exteriorizada por el cónyuge excluyente y no había sido captada por el otro a causa de su negligencia, la sentencia canónica podía ser reconocida, en razón de la falta de diligencia del contrayente que nada excluyó (la sentencia aparece transcrita en un muy ilustrativo volumen publicado “a cura di S. BERLINGÓ e V. SCALISI” con el título *Effetti civili delle sentenze ecclesiastiche in materia matrimoniale*, Giuffrè, Milán, 1985, págs. 277-284. En este volumen, tras una serie de intervenciones de conocidos especialistas en la materia, se incluye un utilísimo apéndice documental de las diversas sentencias recaídas en esos años iniciales).

Se separó de esas interpretaciones la sentencia de la Corte de casación 5749, de 14 de noviembre de 1984 (en *Effetti...*, *cit.*, págs. 306-309), afirmando que las sentencias canónicas fundadas en reserva mental unilateral no eran en ningún caso reconocibles por el ordenamiento italiano, aun cuando el cónyuge que no hubiera hecho la exclusión fuera el que pidiera su eficacia o no se opusiera a la misma; razonaba esta sentencia que si la razón de denegación de eficacia estribaba en el contraste de esas sentencias con el orden público italiano, tal contraste no podía subsanarse por una renuncia efectuada “a posteriori” ya que las cuestiones de orden público no son renunciables.

como causas de nulidad matrimonial⁽⁷³⁾. Tampoco se ha considerado que se oponga al orden público italiano el que se haya declarado la nulidad en sede canónica con base en supuestos en los que el Código Civil consideraría

Esta disparidad de criterios en el seno de la propia Corte de casación provocó una intervención del Plenario (me tomo la licencia de traducir así el término *Sezioni unite*) que se pronunció en sentencia 6128, de 6 de diciembre de 1985, confirmando el criterio de los primeros pronunciamientos; señaló esa sentencia que el principio de la tutela de la buena fe y de la confianza no culpable no es un principio inderogable, sino que se vincula a valores individuales que pertenecen a la esfera de disponibilidad del sujeto y que, por lo tanto, se dirige a tutelar tales valores contra los ataques injustos de tipo externo, no contra la voluntad del beneficiario de esa tutela: como es a ese beneficiario a quien debe reconocerse el derecho de optar, en su caso, por la no conservación del valor del negocio viciado por hechos de la otra parte, afirmó aquí la Corte de casación que debe declararse eficaz una sentencia canónica de nulidad fundada en reserva mental unilateral no comunicada a la otra parte o que no resultara reconocible para esa otra parte, si el cónyuge que ignoraba o no podía conocer el vicio del consentimiento puesto por su consorte pide el reconocimiento de la sentencia o no se opone a él (vid. el texto en *Il diritto ecclesiastico*, núm. 4, 1985, págs. 516-527).

Esta matizada doctrina es hoy comúnmente compartida por la jurisprudencia, según señala R. BOTTA, *o.c.*, pág. 28; el autor aporta numerosos ejemplos de pronunciamientos en este sentido. Para una crítica de la misma (llega a calificarla en algún momento como “contradicción en los términos”), vid. M. CANONICO, *L'efficacia civile delle sentenze de nullità matrimoniale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Perugia, 1996, págs. 128 y ss.

⁽⁷³⁾ Cabe citar, a este respecto, las sentencias 445, de 1 de marzo de 1984 (el texto en *Effetti...*, *cit.*, págs. 250-251) y 2357, de 12 de abril de 1984 (Cfr. *Effetti...*, *cit.*, págs. 257-261), que consideran reconocibles civilmente las sentencias fundadas en amencia de uno de los cónyuges, aunque sea distinto el régimen canónico y civil de esta causa de nulidad.

La número 6621, de 18 de diciembre de 1984 (*Effetti...*, *cit.*, páginas 310-314), que reconoció eficacia a una sentencia canónica basada en incapacidad de uno de los cónyuges para asumir las obligaciones conyugales.

Las sentencias números 2351, de 12 de abril de 1984 (*Effetti...*, *cit.*, págs. 251-257) y 3944, de 5 de julio de 1984 (*Effetti...*, *cit.*, págs. 292-297), aceptaron la eficacia de sentencias canónicas de nulidad fundadas en miedo reverencial, a pesar de que tales motivos no se encuentran en el elenco de los reconocidos por el Código Civil italiano.

Con mayor razón se declararon eficaces civilmente pronunciamientos canónicos de nulidad basados en *miedo común*, como hizo la sentencia 7447, de 16 de diciembre de 1983 (*Effetti...*, *cit.*, páginas 233-241); igual ocurrió con la causal de *impotencia*: la sentencia 1376, de 18 de febrero de 1985 (*Effetti...*, *cit.*, páginas 333-336) homologó una sentencia canónica que había declarado la nulidad del matrimonio por esta causa. En estos casos, las meras diferencias de régimen —que indudablemente existen entre ambos ordenamientos— no se han considerado bastantes para entender que la regulación canónica contrasta con el orden público italiano.

convalidado el matrimonio por el transcurso del tiempo o prescrita la acción⁽⁷⁴⁾.

En lo que respecta a la vertiente procesal del límite del orden público —es decir, la posible oponibilidad de eventuales defectos procedimentales redundantes en violación del derecho de defensa— la doctrina de la Corte de casación ha consistido en entender que, salvo concreta prueba en contra, se presume que las sentencias canónicas han sido precedidas por un proceso en el que se ha observado la tramitación debida; para que una sentencia canónica resulte civilmente ineficaz por este motivo sería preciso demostrar que el derecho de defensa ha sido violado “en su núcleo más restringido y esencial” y en ese singular proceso canónico en el que se haya pronunciado la sentencia a cuya homologación se oponga la parte demandada⁽⁷⁵⁾.

Las antes citadas sentencias de la Corte constitucional y también las que inmediatamente la subsiguieron de la Corte de casación provocaron un notable impulso para las inacabables negociaciones que habían venido teniendo lugar en orden a sustituir el Concordato de 1929. De hecho, si se analizan los nuevos textos pactados el 18 de febrero de 1984, ha de concluirse que su intención ha

(74) Vid. al respecto la Sentencia 2351, de 12 de abril de 1984; la 2357, de la misma fecha; la 3944, de 5 de julio de 1984; y la 1370, de 18 de febrero de 1985 (en *Effetti...*, *cit.*, páginas 251-257; 257-2611; 292-297; y 331-333, respectivamente) y, sobre todo, las 4700, 4701, 4702 y 4703, de 20 de julio de 1988 (en *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* 1989/1, págs. 440 y ss.) que descartan la irrelevancia para la *delibazione* del hecho de que los cónyuges simuladores hayan convivido por plazos superiores a los que determinarían la convalidación del matrimonio civil.

(75) Se ha precisado en lo que a este punto se refiere que no cabe inferir la violación del *diritto di agire e resistere* de simples diferencias comparativas entre el régimen canónico y estatal italiano; que tampoco puede deducirse que se ha producido tal lesión si las normas canónicas resultan incluso contrastantes *in genere* con el derecho de defensa, tal como éste se concibe en el ámbito estatal, sino que tales lesiones han de comprobarse en concreto, es decir, deben haberse producido en el particular juicio canónico cuya sentencia trata de reconocerse; y, finalmente, se ha establecido que si bien el Decreto de la Signatura apostólica que garantiza la regularidad del juicio canónico no es por completo inatacable, tiene en cambio la eficacia de provocar el que sea la parte que acuse la existencia de una violación del derecho de defensa quien soporte la carga de aportar “precisos datos de hecho y de Derecho” que acrediten cumplidamente la lesión; tales violaciones, por lo demás, no pueden apreciarse de oficio sino a instancia de parte.

Pueden verse a este respecto las sentencias 770, de 28 de enero de 1983 (en *Effetti...*, *cit.*, págs. 205-209); 2208, de 28 de marzo de 1983 (en *Effetti...*, *cit.*, págs. 218-222); 4526, de 6 de julio de 1983 (en *Effetti...*, *cit.*, págs. 222-223); 7448, de 16 de diciembre de 1983 (en *Effetti...*, *cit.*, págs. 241-243); 777, de 5 de febrero de 1985 (en *Effetti...*, *cit.*, págs. 329-331); y más recientemente la especialmente expresiva 4891, de 23 de abril de 1992 (en *Il diritto ecclesiastico*, II, 1992, págs. 113-117).

sido reflejar la doctrina jurisprudencial a que se ha hecho referencia en los párrafos inmediatamente anteriores.

Efectivamente, el artículo 8.2 del nuevo Concordato fija en los términos que siguen las condiciones en las que en las sentencias de nulidad eclesiásticas pueden ser reconocidas a efectos civiles:

“Las sentencias de nulidad de matrimonio pronunciadas por los Tribunales eclesiásticos que estén provistas del decreto de ejecutividad del órgano eclesiástico superior de control, a petición de las partes o de una de ellas, son declaradas eficaces en la República italiana mediante sentencia del Tribunal de apelación competente, cuando éste compruebe:

a) que el juez eclesiástico era el juez competente para conocer de la causa en cuanto el matrimonio se hubiera celebrado de conformidad con lo previsto en el presente artículo;

b) que en el procedimiento seguido ante los Tribunales eclesiásticos ha quedado asegurado a las partes el derecho de accionar y de defenderse en juicio de manera no discordante con los principios fundamentales del ordenamiento italiano;

c) que concurren las otras condiciones requeridas por la legislación italiana para la declaración de eficacia de las sentencias extranjeras”⁽⁷⁶⁾.

En un protocolo adicional se aclara, con referencia a los preceptos antes transcritos, que:

“A los fines de aplicación de los artículos 796 y 797⁽⁷⁷⁾ del Código italiano de Procedimiento Civil, se deberá tener en cuenta la especificidad del ordenamiento canónico por el que está regulado el vínculo matrimonial, que es en el que ha tenido origen. En particular,

⁽⁷⁶⁾ Traducción propia, a partir del texto oficial en italiano, publicado en AAS, vol. LXXVII (1985), págs. 527-528.

⁽⁷⁷⁾ Los artículos 796 y 797 del Código italiano de Procedimiento Civil dicen así:

“Artículo 796. *Juez competente.* El que quiera hacer valer en la República una sentencia extranjera, debe proponer demanda mediante citación ante el tribunal de apelación del lugar en el que la sentencia debe tener eficacia.

La declaración de eficacia puede ser solicitada por vía diplomática cuando esté permitido por los convenios internacionales o en caso de reciprocidad. En este caso, si la parte interesada no ha nombrado procurador, el presidente del tribunal de apelación, a petición del ministerio público, nombrará un curador especial para proponer la demanda.

La intervención del Ministerio público siempre es necesaria.”

1. se deberá tener en cuenta que los reenvíos hechos por la ley italiana a la ley del lugar en que se ha desarrollado el juicio se entienden efectuados al Derecho canónico;
2. se considera sentencia pasada a cosa juzgada la sentencia que ha llegado a ser ejecutiva, según el Derecho canónico;
3. se entiende que, en todo caso, no se procederá a la revisión del fondo del asunto”.

Cabe observar que, a tono con la doctrina de la Corte constitucional, ha desaparecido en el nuevo Concordato la posibilidad de reconocer eficacia civil a las resoluciones sobre dispensa de matrimonio rato y no consumado⁽⁷⁸⁾. Y, en síntesis, el tratamiento que se da a las sentencias canónicas de nulidad matrimonial queda sustancialmente equiparado al régimen de exequátur de las sentencias extranjeras⁽⁷⁹⁾.

“*Artículo 797. Condiciones para la declaración de eficacia.* El tribunal de apelación declarará mediante sentencia la eficacia en la República de la sentencia extranjera cuando compruebe:

1. Que el juez del Estado en el que se ha pronunciado la sentencia podía conocer de la causa según los principios sobre competencia jurisdiccional vigentes en el ordenamiento italiano.
2. Que la citación se ha notificado de conformidad con la ley del lugar en que se ha desarrollado el juicio y que en ella se ha fijado el plazo adecuado para comparecer.
3. Que las partes se han personado en juicio según la ley del lugar o la rebeldía se ha comprobado y declarado válidamente conforme a la misma ley.
4. Que la sentencia ha pasado a cosa juzgada según la ley del lugar en que ha sido pronunciada.
5. Que tal sentencia no es contraria a otra pronunciada por un juez italiano.
6. Que no está pendiente ante un juez italiano un juicio con el mismo objeto y entre las mismas partes, planteado antes de que la sentencia extranjera hubiera pasado a cosa juzgada.
7. Que la sentencia no contiene disposiciones contrarias al orden público italiano.

A los fines de ejecución, el título lo constituye la sentencia extranjera y la del tribunal de apelación que declara su eficacia” (traducción propia).

⁽⁷⁸⁾ No obstante, algún Tribunal de apelación sigue entendiendo que puede reconocerse la eficacia civil de los rescriptos *super rato*, si reúnen los requisitos que se exigen a cualquier otra sentencia extranjera y siguiendo su mismo régimen.

⁽⁷⁹⁾ El art. 796 del Código de procedimiento italiano ha sido derogado por Ley núm. 218, de 31 de mayo de 1995, que regula la eficacia de las sentencias y actos extranjeros en los arts. 64 al 71. Aunque no faltan voces discrepantes, la doctrina italiana parece convenir en que, pese a la reforma legal, debe entenderse que, en lo que toca a las sentencias canónicas, han de seguir aplicándose los derogados arts. 796 y 797, ya que existe una directa mención de los mismos en el protocolo adicional de los Acuerdos de Villa Madama. La no

En fin, debe repararse en que, aparte de que las causas de separación conyugal ya ni siquiera se mencionan, el texto omite toda referencia a un eventual reconocimiento de jurisdicción exclusiva o reserva de jurisdicción en favor de la Iglesia católica en materia de nulidad de matrimonio concordatario. Ello ha dado lugar a una intensa polémica acerca de si la omisión significa o no la supresión de la reserva concordataria de 1929⁽⁸⁰⁾. La Corte de casación se ha pronunciado en Sentencia núm. 1824, de 13 de febrero de 1993⁽⁸¹⁾ en el sentido de que, de acuerdo con el vigente texto concordatario, es posible solicitar ante la jurisdicción civil italiana la declaración de nulidad de un matrimonio canónico. Naturalmente esa eventual declaración civil de nulidad del matrimonio carecería de toda posible eficacia en el ámbito eclesial.

aplicabilidad de la nueva ley internacional a las resoluciones matrimoniales canónicas puede verse en M. CANONICO, *L'efficacia civile delle sentenze de nullità matrimoniale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Perugia, 1996, págs. 37-47.

El "Informe Borrás", p. 123 (al que aludiré al tratar del Convenio de *Bruselas II*), hace una referencia a este punto, asegurando que en la práctica se entiende que los arts. 796 y ss. continúan en vigor para el reconocimiento de resoluciones canónicas de nulidad de matrimonio.

⁽⁸⁰⁾ Da amplia noticia de esa polémica, enunciando los argumentos a favor y los aducidos en contra de la reserva jurisdiccional, M.M. MARTÍN GARCÍA en su reciente monografía *Conflictos de jurisdicción entre la Iglesia y el Estado: el caso italiano*, Navarra gráfica ediciones, 1999, especialmente en págs. 86 y ss. Una enumeración bastante completa de los autores que se pronuncian en contra y a favor de la subsistencia de una reserva de jurisdicción con sus respectivos argumentos puede verse en M. CANONICO, *L'efficacia civile...*, cit., págs. 52-53 y ss.; el autor muestra sus preferencias por la tesis que sostiene la continuidad de la reserva jurisdiccional (págs. 67-75). Vid. también R. BOTTA, *Matrimonio religioso e giurisdizione dello Stato*, cit., pág. 46, que, en sentido diverso, razonando que el Acuerdo ha de interpretarse en clave de libertad religiosa individual, llega a conclusiones contrarias especialmente en págs. 63 y ss.

⁽⁸¹⁾ Su texto puede verse en *Il diritto ecclesiastico*, II, 1992, págs. 315 y ss.; incluyen el texto también como apéndice R. BOTTA, *ob. cit.*, págs. 117-130 y M.M. MARTÍN GARCÍA, *o.c.*, págs. 163-169, aunque hace constar la Sentencia como de fecha 17 de diciembre de 1992.

En el caso que dio motivo a este pronunciamiento, el marido había solicitado ante un juez civil la declaración de nulidad del matrimonio que contrajo canónicamente en 1984; alegaba que la esposa le había ocultado los graves desarreglos psíquicos que ella padecía. La demandada había planteado como objeción previa la falta de jurisdicción del juez civil, excepción que trataba de fundamentar en la existencia de una supuesta reserva a favor de los Tribunales de la Iglesia, reserva que, según dicha esposa demandada, habría mantenido el Acuerdo de 1984 modificadorio del Concordato de 1929.

4. España

Naturalmente no haré aquí un examen detallado de la evolución que ha seguido en nuestro país la eficacia civil de las resoluciones canónicas⁽⁸²⁾.

Baste señalar que, hasta la Constitución de 1978 y entrada en vigor de los Acuerdos de 1979 por los que se sustituyó el Concordato de 1953, con los únicos paréntesis que representaron la efímera vigencia de la Ley de matrimonio civil obligatorio del año 1870 y la legalidad republicana entre 1932 y 1938, fue

La sentencia rechaza la objeción. Razona que la reserva jurisdiccional pactada en 1929 constituía una consecuencia coherente con la filosofía general de aquel texto y no era inconstitucional. Pero añade que, incluso en el caso de que esa consecuencia “coherente” se considerase una consecuencia “necesaria” del compromiso pacticio, nada impide que hubiera un cambio en esta sede. Partiendo entonces de la absoluta paridad con que se conciben las respectivas esferas de soberanía de las Partes en el Acuerdo, observa la sentencia que el vigente texto no contiene ninguna disposición por la que la jurisdicción en materia matrimonial aparezca como una prerrogativa del ordenamiento canónico y no como expresión de la soberanía reconocida concurrentemente a ambos ordenamientos. Subrayando que el artículo 13 del Acuerdo de Villa Madama señala que quedan derogadas las disposiciones del Concordato de 1929 que no hayan sido reproducidas, concluye la sentencia que la reserva jurisdiccional no se mantiene actualmente al no aparecer en el artículo 8 del Acuerdo de 1984. Y, rechazando la tesis de que, en lo que a los matrimonios concordatarios se refiere, la jurisdicción de los jueces italianos pueda entenderse limitada en la actualidad a sólo la nulidad de la transcripción en el Registro del matrimonio celebrado canónicamente, resuelve la sentencia que cabe que una persona casada canónicamente pueda solicitar ante el juez civil la declaración de nulidad del matrimonio celebrado *coram Ecclesia*.

Para una crítica de esta sentencia, vid. M.M. MARTÍN GARCÍA, *o.c.*, págs. 132 y ss. Para esta autora, la reserva jurisdiccional no sólo es “coherente” con el sentido del Acuerdo de Villa Madama sino que debe entenderse también vigente en la actualidad.

Por contra, R. BOTTA, *o.c.*, págs. 65 y ss., afirma que la reserva de jurisdicción no sólo no es expresa en el nuevo Concordato de 1984 sino que ya no resultaría coherente entender que subsiste, habida cuenta del nuevo sentido de las relaciones Iglesia-Estado, que no pueden continuar leyéndose desde la perspectiva de la relación de dos instituciones sino que, en este sector, hay que interpretar a partir de las claves que proporcione entender que la finalidad básica del texto concordatario consiste en la tutela del sentimiento religioso de los cónyuges.

(82) Un análisis detallado de esa evolución intenté efectuarlo en “Ejecución de sentencias matrimoniales en España, Constitución y Tribunal Constitucional”, *RDP*, 1984, págs. 27 y ss., trabajo al que me remito.

una constante en España el reconocimiento incondicionado de la eficacia civil de las resoluciones canónicas en materia matrimonial⁽⁸³⁾.

En el sistema actual el precepto clave es el artículo VI.2 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos suscrito entre España y la Santa Sede el 3 de enero de 1979, que dice:

“Los contrayentes, a tenor de las disposiciones del Derecho canónico, podrán acudir a los tribunales eclesiásticos solicitando declaración de nuli-

(83) Ese amplio reconocimiento tuvo, como es sabido, consagración bilateral mediante el art. XXIV del Concordato de 1953 en los términos que siguen:

“1. El Estado español reconoce la competencia exclusiva de los Tribunales y Dicasterios eclesiásticos en las causas referentes a la nulidad del matrimonio canónico y a la separación de los cónyuges, en la dispensa del matrimonio rato y no consumado y en el procedimiento relativo al Privilegio Paulino.

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

3. Las sentencias y resoluciones de que se trate, cuando sean firmes y ejecutivas, serán comunicadas por el Tribunal eclesiástico al Tribunal civil competente, el cual decretará lo necesario para su ejecución en cuanto a efectos civiles y ordenará —cuando se trate de nulidad, de dispensa *super rato* o aplicación del privilegio paulino— que sean anotadas en el registro del estado civil al margen del acta de matrimonio.

4. En general, todas las sentencias, decisiones en vía administrativa y decretos emanados de las Autoridades eclesiásticas, en cualquier materia dentro del ámbito de su competencia, tendrán también efecto en el orden civil cuando hubieren sido comunicados a las competentes Autoridades del Estado, las cuales prestarán además el apoyo necesario para su ejecución”.

Nótese que este texto:

a) En el número 1, atribuía a los Tribunales de la Iglesia una competencia *exclusiva* en las causas matrimoniales referentes al matrimonio canónico; pero también les atribuía esa clase de competencia aunque el matrimonio no fuera canónico, si se trataba de aplicar el denominado “privilegio paulino”, que es una clase de disolución eclesiástica que, por definición, opera sobre matrimonios no canónicos.

b) Atribuía eficacia *incondicionada y automática* en el número 3 a las sentencias y resoluciones matrimoniales de nulidad, separación, dispensa de matrimonio rato y no consumado y referentes al privilegio paulino. El Tribunal civil no podía efectuar respecto a estas resoluciones la menor valoración, pues el precepto utilizaba los términos inequívocamente imperativos “...decretará lo necesario para su ejecución en cuanto a efectos civiles y ordenará...” lo preciso para la inscripción en el Registro.

c) Admitía también en el número 4, por último, la eficacia de cualquier otra resolución canónica —judicial o administrativa— de modo que, tras su comunicación, debían las Autoridades estatales prestar “el apoyo necesario para su ejecución”.

dad o pedir decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado. A solicitud de cualquiera de las partes, dichas resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia en el orden civil si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el tribunal civil competente”.

Véase que el nuevo texto:

a) No atribuye a las Autoridades eclesiásticas competencia exclusiva en materia matrimonial, aunque se trate de matrimonio canónico.

b) Las resoluciones eclesiásticas susceptibles de ser reconocidas se reducen concretamente a las sentencias de nulidad matrimonial y a las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, no mencionándose ya las sentencias sobre separación conyugal ni las otras modalidades canónicas de disolución.

c) El reconocimiento no es directo sino que se condiciona a la previa “declaración de ajuste al Derecho del Estado”.

Es obligado omitir aquí la intensa y prolija polémica doctrinal que se planteó en nuestro país en torno a la interpretación que debiera darse al precepto concordatario. Tampoco me detendré en los avatares parlamentarios que siguieron la nueva redacción del art. 80 del Código Civil y la Disposición adicional segunda de la Ley 30/1981, de 7 de julio, normas con las que nuestro Derecho interno pretendió desarrollar el texto pacticio⁽⁸⁴⁾.

No puedo menos, sin embargo, que dejar constancia de que esos dos preceptos —hoy por hoy, decisivos en la materia— son el resultado de una tramitación en la que cabe localizar toda suerte de situaciones chocantes: desde enmiendas que prosperaron a pesar de que nunca fueron presentadas, hasta el má-

(84) Dicen estos preceptos:

Artículo 80 del Código Civil: “Las resoluciones dictadas por los tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustados al Derecho del Estado en resolución dictada por el juez civil competente conforme a las condiciones a las que se refiere el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

La *Disposición adicional segunda de la Ley 30/1981, de 7 de julio*, según la versión que apareció en el *BOE*, dice:

“1. Corresponderá el conocimiento de las demandas en solicitud de la eficacia civil de las resoluciones dictadas por los tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado al Juez de primera instancia del lugar del domicilio conyugal, y si los cónyuges residieran en distintos partidos judiciales, al de la misma clase del último domicilio del matrimonio o del lugar de residencia del otro cónyuge, a elección del demandante.

ximo de irregularidad que supone el hecho de que el *BOE* ha publicado un texto que, siendo básico para este tema, *no fue aprobado ni por el pleno del Congreso ni por el Pleno del Senado*. Me refiero al número 2 de la Disposición adicional segunda de la Ley 30/1981, de 7 de julio, texto oficial que, pese a carácter espurio, sigue circulando hoy como moneda de curso legal, al no haberse rectificado nunca esa extrema anomalía⁽⁸⁵⁾.

Tratando de sintetizar al máximo, diré que, contra lo que realmente fueron los propósitos del legislativo⁽⁸⁶⁾, la doctrina mayoritaria ha venido a entender —partiendo en su reflexión del texto oficialmente publicado de esos preceptos legales— que las sentencias y resoluciones matrimoniales canónicas en España han de reconocerse en condiciones análogas, en líneas generales, a las exigidas para el reconocimiento de las sentencias extranjeras. Así pues, con arreglo a esa doctrina mayoritaria, bastaría que la resolución eclesiástica conste en un docu-

2. Presentada la demanda por cualquiera de las partes, el Juez dará audiencia por el plazo de nueve días al otro cónyuge y al Ministerio fiscal; y si, no habiéndose formulado oposición, aprecia que la resolución es auténtica y ajustada al Derecho del Estado, acordará por auto la eficacia en el orden civil de la resolución o decisión eclesiástica, procediendo a su ejecución con arreglo a las disposiciones del Código Civil sobre las causas de nulidad y disolución.

3. Contra el auto que dicte el Juez no se dará recurso alguno, pero si fuera denegatorio o se hubiera formulado oposición, quedará a salvo el derecho de las partes y del Fiscal para formular su pretensión en el procedimiento correspondiente”.

(85) Un examen pormenorizado de estos extremos puede verse en mi monografía *Ejecución de sentencias matrimoniales canónicas en España*, Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1988, especialmente págs. 536-576 y ss.

El texto del número 2 de la Disposición adicional segunda de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que verdaderamente fue aprobado por las Cortes fue el siguiente:

“2. Presentada la demanda por cualquiera de las partes, después de oír por término de nueve días a los interesados y al Ministerio fiscal, si no hay oposición, y si la resolución es auténtica y ajustada al Derecho del Estado y cumple los requisitos del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Juez acordará por auto la eficacia en el orden civil de la resolución o decisión eclesiástica, procediendo a su ejecución con arreglo a las disposiciones de este Código sobre las causas de nulidad y disolución”.

(86) Después de un detenido examen de los Diarios oficiales y del Diario de sesiones, en mi opinión, resulta indiscutible que lo que las Cámaras creyeron haber aprobado fue supeditar el reconocimiento de las sentencias y resoluciones canónicas a *tres requisitos*: 1) equivalencia de la causal canónica de nulidad matrimonial con alguna de las reconocidas en el Código Civil; 2) aceptación por ambas partes de la jurisdicción eclesiástica o, al menos, no constitución de una de ellas en rebeldía en el proceso canónico; y 3) no oposición de ninguna de las partes en el trámite civil de reconocimiento.

Si se lee el texto del núm. 2 de la Disposición Adicional segunda de la Ley 30/1981 en su versión realmente aprobada (véase en la nota anterior), esta conclusión resulta nítida.

mento auténtico, que no resulte contraria al orden público y que se haya dictado en un procedimiento en que el demandado haya tenido la oportunidad de comparecer y defenderse. O, dicho en una sola frase, bastaría con la concurrencia de los requisitos generales que establece el artículo 954 de la LEC y que no haya oposición de parte en el trámite civil de reconocimiento.

De este modo, frente a los *tres requisitos* que, según creo, el legislativo pensaba haber establecido —ajuste en cuanto al fondo a las causales civiles, más condiciones del art. 954 de la LEC, más ausencia de oposición— la lectura doctrinal mayoritaria lo que hace es reducirlos a *dos* —condiciones del art. 954, más ausencia de oposición— eliminándose así precisamente el requisito por excelencia que parecía resultar *expresis verbis* del texto pacticio: el “ajuste al Derecho del Estado”.

No se negará que la anterior conclusión es verdaderamente llamativa: nótese que allí donde hay un Tratado internacional que regula la materia —lo que, en buena lógica, determinaría la aplicación del art. 951 de la LEC⁽⁸⁷⁾— la norma que se prefiere tomar como decisiva es la del art. 954, es decir, una de las que procede aplicar para el reconocimiento de sentencias que provengan de países extranjeros con los que *no* hay Tratado; y esto ocurre con el agravante de que la norma en cuestión —el art. 954 de la LEC— tiene como presupuesto básico de aplicación la idea de la reciprocidad, que aquí evidentemente no existe⁽⁸⁸⁾.

Pero, si desde la teoría descendemos a la práctica diaria, la cuestión es todavía más singular.

La legalidad vigente atribuye a los Jueces de primera instancia la decisión —sin recurso alguno— de las pretensiones de reconocimiento civil de resoluciones canónicas, lo que propicia, sobre el papel, criterios variados. Tratando, pues, de averiguar cuál sea el funcionamiento real del sistema, al margen de la experiencia personal, cabe acudir a aquellas Revistas jurídicas que de modo esporádico publican algunos Autos resolutorios de esta clase de procedimien-

(87) “Las sentencias firmes pronunciadas en países extranjeros tendrán en España la fuerza que establezcan los Tratados respectivos”.

(88) El Derecho canónico no reconoce eficacia alguna a las sentencias matrimoniales civiles sobre nulidad de matrimonio, si se trata de un matrimonio canónico. Por tanto, si se quisiera operar como si no hubiera Tratado, el precepto que habría que aplicar es el art. 953 de la LEC:

“Si la ejecutoria procediere de una nación en que por jurisprudencia no se dé cumplimiento a las (sentencias) dictadas por los Tribunales españoles, no tendrá fuerza en España”.

tos⁽⁸⁹⁾. Contamos también con unos pocos estudios doctrinales que han tratado de recopilar varios de estos pronunciamientos, unas veces en términos generales y otras a propósito del reconocimiento civil que han podido obtener los pronunciamientos canónicos dictados sobre un tema concreto⁽⁹⁰⁾. Pues bien, aunque ninguno de esos estudios o publicaciones es —ni pretenden serlo— exhaustivo, cabe afirmar que, en líneas generales, reflejan lo que es práctica generalizada: *salvo casos excepcionales, lo que resulta decisivo es que haya o no oposición; no habiendo oposición resulta casi insólito que el reconocimiento se deniegue; habiéndola, en cambio, la denegación del reconocimiento está casi asegurada*, aunque no siempre es así.

Nos encontramos así con el curioso fenómeno de que, tras reducir la doctrina mayoritaria a *dos* los requisitos del reconocimiento civil de resoluciones canónicas —condiciones del art. 954 y no oposición—, en la práctica puede afirmarse que los requisitos, al final, se reducen a *uno*.

Si este proceder de los Juzgados puede causar más de una perplejidad doctrinal, creo que no puede dudarse de su evidente sentido pragmático.

En efecto, en un ordenamiento como es el que actualmente tenemos en España —tan sumamente facilitador de soluciones desvinculatorias, vía divorcio— no resultaría muy coherente obstaculizar la eficacia civil de una resolución canónica aceptada por ambas partes que, en definitiva, tras un lapso de

(89) En especial, en *Revista Jurídica de Cataluña*.

(90) En lo que conozco, con carácter general han tratado el tema, citando elencos de resoluciones concretas, M. CALVO TOJO, “La eficacia civil de las resoluciones matrimoniales canónicas. Temática sustantiva”, en *Curso de Derecho Matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, VIII, Salamanca, 1989, págs. 371 y ss.; un estudio mucho más amplio es el de A. MOTILLA DE LA CALLE, “Resoluciones matrimoniales canónicas y jurisdicción de los Tribunales civiles: líneas jurisprudenciales en el Derecho español”, en la revista *Il diritto ecclesiastico*, 1992, págs. 808 y ss. Por mi parte, incluí un conjunto de este tipo de resoluciones en mi trabajo *Ejecución de sentencias matrimoniales canónicas en España*, Madrid, 1988, págs. 650 y ss.

A propósito de concretos capítulos de nulidad, deben citarse los trabajos de M.T. ARECES PIÑOL, “La declaración de ‘ajuste al Derecho del Estado’ en el supuesto de la simulación”, en *Revista de Derecho Privado*, 1988, págs. 549 y ss.; J.M. MARTINELL, “Incidencia de la causa de nulidad canónica en la declaración de ajuste (referencia especial a la incapacidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio)”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, IV, 1988, págs. 549 y ss.; L. RUANO ESPINA, “Eficacia civil de las resoluciones canónicas de nulidad fundadas en el *error qualitatis personae*”, en *Revista Española de Derecho Canónico*, 1991, págs. 545 y ss.

tiempo no breve⁽⁹¹⁾, pretende producir el efecto de que los que fueron cónyuges dejen de serlo: homologando la eficacia civil de una sentencia canónica consentida por ambos, lo que viene a viabilizarse es que los cónyuges obtengan a través de una opción confesional lo que lograrían también seguramente a través de un trámite civil, pero que subjetivamente sería para ellos tal vez menos satisfactorio o más forzado. Por contra, interponer frente a ese deseo conjunto una fantasmagórica y poco objetivable voluntad del ordenamiento jurídico que obligara a transitar a esas personas por un cauce que no desean para, a la postre, concederles lo mismo, resultaría difícilmente justificable.

Valoraciones al margen, el hecho es que la oposición de parte en el trámite civil de reconocimiento determina, en la actual regulación, que no quepa dictar resolución estimatoria en el trámite previsto como normal por la Ley 30/1981. Y, pese a que esa intensa eficacia obstativa de la oposición de parte ha sido criticada tanto por la doctrina mayoritaria como en algún pronunciamiento del Tribunal Supremo⁽⁹²⁾, hoy por hoy este parece ser un punto especialmente consolidado: dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional, la *STC 265/1988, de 22 de diciembre*, y la *STC 328/1993, de 8 de noviembre*, han estimado sendos recursos de amparo promovidos en dos supuestos en los que, tras haberse formulado oposición en el trámite de la Disposición Adicional segunda de la Ley 30/1981, los Juzgados de Primera Instancia habían dictado sendos Autos reconociendo la eficacia civil de las resoluciones canónicas respectivas⁽⁹³⁾; ambas Sentencias han establecido la vinculante doctrina constitucional de que, mediando oposición, es contrario al art. 24 de la Constitución otorgar el reconocimiento⁽⁹⁴⁾.

Sin embargo, ha de matizarse que la oposición, siendo determinante en un momento inicial, no se interpreta hoy como un obstáculo absoluto. En caso de que se dicte Auto de archivo o denegatorio, queda abierta a las partes la posibi-

(91) Es sabido que los procesos canónicos de nulidad de matrimonio, aunque actualmente han acortado su duración, significan un plazo de tiempo siempre más que suficiente para superar lo que puede considerarse un adecuado periodo de reflexión.

(92) Vid. la STS de 25 de septiembre de 1991, *Aranzadi de Jurisprudencia*, núm. marginal 6277.

(93) Es curioso señalar que en los dos casos se trataba de decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado.

(94) Con el título “Reconocimiento de sentencias y resoluciones canónicas (una importante Sentencia del Tribunal Constitucional)”, publiqué un comentario a la primera de estas sentencias en la revista *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, V, 1989, págs. 227 y ss.

lidad de acudir a un “procedimiento correspondiente”⁽⁹⁵⁾ del que habla el número 3 de la Disposición Adicional segunda de la Ley 30/1981, de 7 de julio. Y el Tribunal Supremo, zanjando la división doctrinal que existía al respecto, ha aclarado ya por dos veces⁽⁹⁶⁾ que ese “procedimiento correspondiente” consiste en la posibilidad de tramitar un juicio declarativo ordinario de menor cuantía que tendrá por objeto precisamente insistir en la petición de reconocimiento.

Ello significará emprender un largo y costoso camino —quizá por eso escasamente transitado— cuya injustificada complicación y dilación es difícil de entender. Porque, al mismo tiempo, a través de las SSTS de 1 de julio de 1994⁽⁹⁷⁾, 23 de noviembre de 1995⁽⁹⁸⁾ y de 17 de junio de 1996⁽⁹⁹⁾ parece ya consolidada la doctrina del Tribunal Supremo que interpreta la exigencia del “ajuste al Derecho del Estado” en términos de máxima amplitud para el reconocimiento y máxima restricción para el alcance del límite del orden público en esta sede⁽¹⁰⁰⁾.

(95) Sobre el tema, R. RODRÍGUEZ CHACÓN, “Eficacia civil de las sentencias canónicas y proceso alternativo”, en el volumen colectivo *Cuestiones básicas de Derecho Procesal Canónico*, UPSA, Salamanca, 1993, págs. 213 y ss.

(96) SSTS de 24 de septiembre de 1991 (*Aranzadi de Jurisprudencia*, núm. marginal 6277) y de 23 de noviembre de 1995 (*Aranzadi de Jurisprudencia*, núm. marginal 8433).

(97) *Aranzadi de Jurisprudencia*, núm. marginal 6420.

(98) Ya citada, *Aranzadi de Jurisprudencia*, núm. marginal 8433.

(99) *Aranzadi de Jurisprudencia* núm. marginal 5072.

(100) La *Sentencia de 1 de julio de 1994* no resuelve como tema central un problema de declaración de “ajuste al Derecho del Estado”. En el caso, el Tribunal Supremo se enfrentaba concretamente a un problema de calificación de la buena o mala fe con que había procedido la esposa en la celebración de un matrimonio declarado nulo por la jurisdicción eclesiástica, jurisdicción que no había hecho un pronunciamiento explícito sobre si intervino buena o mala fe. Tampoco el Auto dictado por la jurisdicción civil en el momento de homologar la sentencia canónica calificó a la esposa como contrayente de buena o mala fe. Y, en ese contexto, la cuestión central que se planteaba era si resultaba o no correcto que, en un posterior juicio declarativo, se considerara —como se consideró— a la esposa contrayente de mala fe a los fines de permitir que el marido pudiera ejercitar la singular opción liquidatoria del régimen económico matrimonial que se prevé en el párrafo segundo del art. 95 del Código Civil, cuando uno de los contrayentes es de buena fe y el otro de mala fe.

Sin embargo, esa STS incluyó como *obiter dictum* una importante definición del alcance y contenido que atribuía a la “declaración de ajuste”, en los términos que siguen: “...debe ponderarse —dice el Tribunal Supremo— que según el artículo 80 del Código Civil y la Disposición Adicional Segunda de la Ley 30/1981, la eficacia en el orden civil de las sentencias canónicas depende exclusivamente, sin mayores cortapisas, de la superación de un *juicio de homologación que se ciñe a dos extremos concretos*: a) *autenticidad* de la

El balance que resulta de todo lo anterior es poco coherente, lleno de paradojas y, si se me permite la expresión, de un funcionamiento próximo a lo sádico. No se entiende por qué la eficacia obstativa de la oposición de parte haya de ser absoluta en el primer procedimiento de la Disposición adicional segunda

sentencia firme, esto es, comprobación o verificación de su validez extrínseca o, en otras palabras, que el documento es veraz y no falso o falsificado, y b) adecuación de la sentencia (en su contenido) al derecho del Estado, *lo cual comporta un examen de fondo que sólo se extiende a constatar si las declaraciones de la sentencia, conforme al Derecho canónico, no están en contradicción con los conceptos jurídicos y disposiciones equiparables o análogas del Derecho estatal, de manera que no se vea perjudicado o alterado el sistema de libertades públicas y derechos fundamentales del ciudadano español*".

Como puede verse, se trata de una aceptación muy explícita de la interpretación mayoritaria en sede doctrinal que identifica la declaración de ajuste con la excepción de orden público.

La anterior doctrina se consolida en la *Sentencia de 23 de noviembre de 1995*. Señala allí el TS que el art. 80 del Código Civil establece "una especie de mecanismo jurídico de control atenuado a cargo de los Tribunales ordinarios", que supera los aspectos "estrictamente formales". Y, en definitiva, aunque en alguno de los párrafos la sentencia parezca expresarse en otro sentido, *el Tribunal Supremo entiende que, para que haya "ajuste al Derecho del Estado", es necesario —pero también basta— que se cumplan las condiciones del art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

En efecto, el Tribunal Supremo descarta desde luego la tesis de que se exija una exacta coincidencia de causales canónicas y civiles: "el tema del ajuste —dice— no impone una revisión del fondo y contenido sustantivo de la decisión pontificia, en cuanto derecho de gracia que corresponde al Romano Pontífice"; y contundentemente añade que "la necesaria identidad total de causas —coincidencias en concreto— ha de ser inmediatamente rechazada, pues aunque la no consumación del matrimonio no resulta subsumible por el Código Civil, lo que no cabe es imponer, conforme a los Tratados vigentes, que la Iglesia Católica haya de acomodar su normativa y actos jurídicos (sic) a la nuestra positiva. A su vez resultarían inaplicables las dispensas de matrimonio rato y no consumado, dejando en el vacío y en parte ineficaz el artículo 80 del Código Civil, así como inviable el Acuerdo de 1979, que de esta manera no sería debidamente cumplido ni respetado y supondría siempre llevar a cabo juicio de revisión de fondo de la resolución pontificia a cargo de la Jurisdicción Civil, lo que no procede".

De modo directo señala la sentencia que "resulta más adecuado y conforme al sentido de los preceptos y tratados vigentes que no sólo se proceda a la comprobación de la concurrencia de los requisitos formales del artículo 954 de la LECiv, conforme se dejó expuesto y que se cumplieron en la presente cuestión, pues esta actividad por sí sola no satisface la función de examen a cargo de los Tribunales del ajuste legal que el precepto civil 80 impone, lo que se alcanza si partiendo de darse como positivos los controles de forma, también se produce la licitud de la resolución a homologar —no se trata de propia obligación que contempla el apartado 3.º del referido precepto procesal 954— y que hay que referir necesariamente a que la nulidad matrimonial decretada eclesiásticamente, *no se presenta como plenamente desajustada* para generar un rechazo total, sino que exige determinar *si viola o no el orden público interno* para denegar la homologación".

Efectúa la sentencia una reflexión —altamente discutible, a mi juicio— sobre la incidencia que en la materia tiene el principio de libertad religiosa, diciendo: "...ha de tenerse en

pero que tal eficacia obstativa desaparezca sin más y como por ensalmo en ese segundo “procedimiento correspondiente”⁽¹⁰¹⁾. De este modo, carece de sentido que quien reclama el reconocimiento de una resolución protegida por un Tratado internacional tenga que transitar por un trámite doble, complejo y one-

cuenta la libertad religiosa y de cultos que consagra el art. 16 de la Constitución, coincidente con el 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU. Al resultar acomodado al orden público interno la celebración de matrimonio canónico, que el Código Civil prevé en sus arts. 49 y 60 con reconocimiento de efectos civiles —y consiguiente reenvío a las normas canónicas—, *los particulares que en uso de su libertad de conciencia acceden libre y conjuntamente a dicha forma de unión sacramental, lo hacen con la plenitud de sus efectos y consecuencias, lo que se traduce en que la voluntad respetada de los cónyuges para optar por la forma religiosa se proyecte también al momento de extinción del matrimonio, cuando es decretado con las debidas garantías y formalidades por la autoridad religiosa competente para ello*, sin que la voluntad del legislador deba ser obstativa y tenga que imponerse necesariamente para anular la de los contrayentes...”. (Olvida la sentencia, quizá, que, en el caso propuesto, uno de los esposos se oponía rotundamente a la relevancia de esa decisión religiosa; mal puede hablarse, entonces, de la *voluntad de los contrayentes*, así, en plural; y traspolar al momento extintivo la voluntad inicial de celebrar matrimonio canónico es una operación, como mínimo, arriesgada, en un país como el nuestro).

Y resume la sentencia su posición en el último párrafo del Fundamento Jurídico primero en los contundentes términos que siguen: “En consecuencia, *el ajuste al Derecho del estado se produce sobre la base de concurrencia de las condiciones formales para el reconocimiento de las sentencias extranjeras, con el plus que presenta su no contradicción a los principios jurídicos públicos y privados de nuestro Ordenamiento de Estado en su síntesis exponencial de orden público interno, sustantivo y procesal y con el cumplimiento necesario del derecho a la tutela judicial que acoge el artículo 24 de la Constitución*”.

Como puede verse, en definitiva la postura del Tribunal Supremo es reconducir, pura y simplemente, el ajuste al Derecho del Estado al cumplimiento de las condiciones del art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El límite del orden público no es, en rigor técnico, ningún suplemento o “plus”; pues, como la propia sentencia recuerda en otro lugar, “respecto a lo que dicho artículo procesal 954 establece, sobre la concurrencia de licitud, se ha interpretado por la doctrina científica y jurisprudencial en el sentido de que no ha de contravenir el orden público del Estado, el que por su propia naturaleza se presenta variable y flexible, conforme a las circunstancias y realidades sociales (Sentencias de 5 de abril de 1966 y 31 de diciembre de 1979), al conformarse por principios no sólo jurídicos públicos y privados, sino también por los políticos, económicos, morales e incluso religiosos y hasta supranacionales, que hay que preservar para el mantenimiento de la paz y orden social en toda su amplitud, y a su vez en atención a su relatividad por causa de la concepción social-política de cada momento histórico”.

En fin, la *Sentencia de 17 de julio de 1996*, mucho más breve, descarta la relevancia de todas las objeciones propuestas por el recurrente; en especial rechaza que exista violación del principio de igualdad y que las peculiaridades del proceso canónico de dispensa *super rato* puedan ser constitutivas de indefensión e incluso no entra a estudiarlas. Esta STS tiene, sin embargo, elevada importancia porque reitera la doctrina de la de 23 de noviembre de 1995 y, como esa STS, resuelve directamente sobre el tema, de modo que no puede valorarse como *obiter dictum*, sino como creadora de doctrina jurisprudencial, al ser ya un segundo pronunciamiento de fondo.

⁽¹⁰¹⁾ En distintos trabajos vengo señalando que la oposición de parte debería determinar *siempre* la improsperabilidad del reconocimiento; pues no se trata de una cuestión

roso, cuando, a la postre, todo se reduciría a una operación *de iure* que, según la doctrina del Tribunal Supremo, casi siempre debería desembocar en el reconocimiento positivo de la resolución eclesiástica y que ciertamente no necesita recorrer el complejo trámite de un juicio de menor cuantía con sus dos instancias completas y, tras ellas, un recurso de casación.

meramente técnico-procesal o que involucre un problema de legalidad ordinaria: implica un problema de legalidad constitucional, al proteger el derecho de libertad religiosa y el derecho al juez ordinario. Vid. al respecto R. RODRÍGUEZ CHACÓN, *Ejecución de sentencias matrimoniales canónicas en España*, págs. 627 y ss. y “Reconocimiento de sentencias y resoluciones canónicas (una importante Sentencia del Tribunal Constitucional)”, *ADEE*, vol. V (1989), págs. 254 y ss.

⁽¹⁰²⁾ El anteproyecto y el proyecto no contemplan el trámite a seguir para el reconocimiento de sentencias extranjeras, tema que se remite a una Ley de cooperación internacional a tramitar independientemente; pese a ello, si se ha dedicado en ambos un precepto específico al reconocimiento de las resoluciones canónicas.

El art. 778 del anteproyecto de la LEC era del siguiente tenor:

“Artículo 778. *Eficacia civil de resoluciones de los tribunales eclesiásticos o de decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado*. 1. Corresponderá el conocimiento de las demandas en solicitud de la eficacia civil de las resoluciones dictadas por los tribunales eclesiásticos sobre nulidad del matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado al Juez de primera instancia del lugar del domicilio conyugal, y si los cónyuges residieran en distintos partidos judiciales, al de la misma clase del último domicilio del matrimonio o el lugar de residencia del otro cónyuge, a elección del demandante.

2. Si no se pidiera en la demanda la adopción de medidas, el Juez dará audiencia por plazo de nueve días al otro cónyuge y al ministerio fiscal; y, si no habiéndose formulado oposición, aprecia que la resolución es auténtica y ajustada al Derecho del Estado, acordará por auto la eficacia en el orden civil de la resolución o decisión eclesiástica.

3. Cuando en la demanda se hubiere solicitado la adopción o modificación de medidas, se sustanciará la petición de eficacia civil de la resolución o decisión canónica conjuntamente con la relativa a las medidas, siguiendo el procedimiento que corresponda con arreglo a lo dispuesto en el artículo 772.”

En el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil remitido a las Cortes, el artículo 779 dice:

“Artículo 779: *Eficacia civil de resoluciones de los tribunales eclesiásticos o de decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado*. 1. En las demandas en solicitud de la eficacia civil de las resoluciones dictadas por los tribunales eclesiásticos sobre nulidad del matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, si no se pidiera la adopción o modificación de medidas, el Tribunal dará audiencia por plazo de diez días al otro cónyuge y al Ministerio Fiscal y resolverá por medio de auto lo que resulte procedente sobre la eficacia en el orden civil de la resolución o decisión eclesiástica.

2. Cuando en la demanda se hubiere solicitado la adopción o modificación de medidas, se sustanciará la petición de eficacia civil de la resolución o decisión canónica conjun-

Sería de desear que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil que está en trámite aclarara el confuso panorama actual⁽¹⁰²⁾.

tamente con la relativa a las medidas, siguiendo el procedimiento que corresponda con arreglo a lo dispuesto en el artículo 772.”

Ni el anteproyecto ni el proyecto se han planteado modificar o adaptar el art. 80 del Código Civil.

Como puede verse, el texto del anteproyecto, manteniendo la eficacia obstativa de la oposición, ya no contenía referencia alguna al “procedimiento correspondiente” de que habla la hoy Disposición adicional segunda de la Ley 30/1981.

El texto del proyecto, aparte de omitir los criterios de competencia que el precepto tenía en el núm. 1 del art. 779 del anteproyecto [parece haberse seguido en este punto la sugerencia de C. SANCINENA ASURMENDI contenida en su trabajo “El artículo 788 (sic) del borrador de Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil: ‘eficacia civil de resoluciones de los Tribunales eclesiásticos o de decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado’”, *ADEE XIV* (1998), págs. 633 y ss.] y de contener alguna otra modificación menor, *suprime lisa y llanamente el requisito de la ausencia de oposición*. (Si el texto proyectado se convirtiera en Ley, habrá que estar atentos a la postura que tome el Tribunal Constitucional si se le plantea un recurso de amparo tras el reconocimiento de una resolución eclesiástica al que se haya opuesto una de las partes.)

Claro que luego el precepto nos facilita la solución: según el texto proyectado, tras oír al otro cónyuge y al Ministerio fiscal, el juez resolverá por medio de auto... “*lo que resulte procedente*” (¡estaría bueno que se le facultara para resolver lo que resulte *improcedente!*) sobre la eficacia en el orden civil de la resolución o decisión eclesiástica”.

Con tan “precisa” orientación, no parece aclararse mucho el panorama.

Por lo demás, anteproyecto y proyecto coinciden en someter el supuesto de que la solicitud de reconocimiento incluya la petición de medidas complementarias o modificación de las mismas al que podemos llamar el “cauce procesal normal” de los procedimientos matrimoniales civiles.

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.

PUNTO DE ENCUENTRO. UNA SOLUCIÓN EFICAZ PARA EL CUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los conflictos más importantes que se presenta como consecuencia de la separación de los cónyuges es el cumplimiento del régimen de visitas que se pactó en el convenio regulador o se estableció judicialmente. El progenitor que ve cómo semana tras semana se le impide ver a los hijos acude al juzgado para que se dé cumplimiento al régimen de visitas. ¿Qué medios puede utilizar el juzgado? Generalmente se suele acordar la práctica de un requerimiento al progenitor custodio para que no obstaculice y facilite el cumplimiento del régimen de visitas. A dicho requerimiento suele seguir un escrito de alegaciones, justificando los motivos por los que no se puede llevar a efecto la visita. El juzgado, valorando estas alegaciones puede ratificar el régimen de visitas establecido y volver a requerir al progenitor custodio con el apercibimiento de que puede incurrir en un delito de desobediencia; convocar a las partes a una comparecencia; acordar la práctica de un informe psicosocial y en ciertos casos, suspender el régimen de visitas. Otras opciones menos ortodoxas pueden ser acudir a la fuerza pública para la entrega forzosa; deducir testimonio del incumplimiento y remitirlo al juzgado de Instrucción o sustituir el régimen de visitas incumplido por una indemnización de daños y perjuicios a favor del progenitor no custodio. Pero seamos realistas, todas estas medidas no solucionan el problema definitivamente. Sólo sirven para que en un determinado fin de semana los hijos puedan estar unas horas con el progenitor no custodio, pero no nos garantiza que pasado un tiempo no se presenten nuevos incumplimientos, ya que el

conflicto emocional entre las partes sigue subyacente. Hay que reconocer que ciertos aspectos de la problemática familiar no se solucionan con normas jurídicas.

Otra cuestión que incide en el cumplimiento del régimen de visitas es aquella que se presenta cuando las visitas del progenitor no custodio, por los motivos que sean, deben desarrollarse en presencia de una tercera persona, es decir, las visitas tuteladas. Los problemas son variados y van desde la designación de un intermediario que debe acompañar al progenitor no custodio en la visita, hasta el lugar donde puede desarrollarse la misma.

En una escala menor, también hay que hacer referencia a los conflictos cotidianos en el cumplimiento del régimen de visitas en cuanto a los retrasos en la hora de recogida y entrega de los menores, personas que van a recoger al menor o que acompañan al progenitor no custodio, incidentes dialécticos entre los progenitores con ocasión de la recogida/entrega, en resumen, una serie de conflictos que no tienen justificación alguna cuando el tema ha quedado perfectamente resuelto en la resolución judicial.

Para dar una solución a estas tres cuestiones se han creado los denominados Puntos de Encuentro.

II. ANTECEDENTES DEL PUNTO DE ENCUENTRO

Los conflictos en el cumplimiento del régimen de visitas no sólo son un problema de nuestro país, sino que son una constante en todos los países de nuestro entorno. En algunos países se han buscado soluciones alternativas para garantizar que el progenitor que está apartado de los hijos pueda estar y relacionarse con ellos, mediante la designación de un centro en el que se llevarán a cabo dichos contactos. La Trabajadora Social M.^a Luisa Sacristán Barrio resume las diferentes tendencias que agrupan a los países que han optado por este sistema según su forma de intervenir, siendo común a todos ellos considerar estos Puntos de Encuentro (o lugares de Acogida para el cumplimiento del derecho de visitas) como el lugar neutral, de intervención temporal, donde se reúnen, en presencia de observadores, el hijo y el padre no custodio, evitando los conflictos entre el padre y la madre:

- Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, que acentúan su intervención sobre la seguridad de los niños. Janet Johnston, directora del centro californiano “Protecting children from conflict” dice que “nuestros primeros clientes son los niños, y son sus necesidades las que deben guiar la organización del servicio”.

Francia, Suiza, Bélgica y el territorio (o provincia) canadiense de Quebec, que centran su interés en favorecer la relación entre padre e

hijo. Jean Gréchez, presidente de la Federación Francesa de lugares de Acogida para el ejercicio de los Derechos de visita señala que “Algunos puntos de encuentro van más allá, apoyando a los adultos en el ejercicio de sus responsabilidades parentales y se inscriben de hecho en una perspectiva de la mediación familiar, viendo en la desdramatización del conflicto parental, una de las vías que permiten mantener el vínculo niño-padre”.

La creación del primer Punto de Encuentro en nuestro país tuvo lugar en Valladolid en el año 1994 gracias a la Asociación para la protección del menor en los procesos de separación de sus progenitores (APROME). Tras esta experiencia, y siguiendo las directrices marcadas por esta asociación, se han creado otros puntos de encuentro, entre los que podemos citar el creado en Málaga por la Asociación de Mujeres Siglo XXII en el mes de junio de 1999 y el que entrará próximamente en funcionamiento en Sevilla.

III. OBJETIVOS Y FINALIDADES DEL PUNTO DE ENCUENTRO

Aunque la finalidad principal de los Puntos de Encuentro es garantizar el derecho de los hijos a mantener contacto con los dos padres y sus respectivas familias, también se consiguen otros objetivos:

- Facilitar el encuentro del hijo con el progenitor que no tiene la custodia y con la familia extensa de éste.
- Garantizar la seguridad afectiva del menor.
- Permitir a los menores expresar sus sentimientos y necesidades sin temer que sean contrarios a lo indicado por sus padres.
- Facilitar orientación profesional para mejorar las relaciones paterno-materno/filiales y las habilidades de crianza parentales.
- Disponer de información fidedigna sobre las actitudes y aptitudes parentales que ayuden a defender si fuera necesario, en otras instancias administrativas o judiciales, los derechos del menor.

IV. FUNCIONAMIENTO DEL PUNTO DE ENCUENTRO

1. Ubicación

El Punto de Encuentro de Valladolid se ubica en la sede de APROME, un piso de más de 200 metros, situado en el centro de la ciudad, de fácil acceso y próximo a jardines infantiles y zonas verdes. El local está dividido en dos zo-

nas: una de despachos, donde se realizan las entrevistas y tareas propias de la intervención profesional y administrativa y otra donde se realizan los encuentros y cumplimiento del régimen de visitas. Con la finalidad de proporcionar a los menores un ambiente normalizado, similar a lo que podría suponer para ellos la vivienda familiar, el Punto de Encuentro está organizado como una vivienda de ambiente acogedor, con salas de juegos y ordenadores, biblioteca y sala de estudio, sala de estar y vídeo, cocina donde pueden calentarse los alimentos de comidas precocinadas, etc. El lugar para las visitas se ocupa con absoluta libertad por los niños y sus padres.

El Punto de Encuentro de Málaga se encuentra ubicado en c/ Ollerías n.º 40. Se trata de un local, destinado de lunes a viernes a Escuela Municipal Infantil, dependiente del Ayuntamiento de Málaga y que durante los fines de semana habilita parte de sus dependencias para el Punto de Encuentro. La decoración infantil, el disponer de un patio abierto y de varias dependencias para el desarrollo del régimen de visitas hace que se cree un lugar armónico y cálido, favoreciendo los encuentros padre-madre-hijo que se desarrollarán de forma gratificante, independientemente de la edad. Dispone de juegos —por edades—, material escolar, TV, vídeo, cocina, etc.

2. Casos que se atienden

La actuación del Punto de Encuentro puede estar limitada a los casos que se deriven de los juzgados de familia, como es el caso de Málaga, pero también cabe la posibilidad, como en el supuesto de Valladolid, que su actuación se amplíe a otros casos que procedan de organismos de protección de menores o de acción social de Ayuntamientos, Diputaciones o Comunidades Autónomas, o incluso se admite la posibilidad de que sean los propios padres los que se dirijan directamente al Punto de Encuentro cuando de común acuerdo desean la mediación en las visitas tras haber sido asesorados por sus abogados o por consejo de otros profesionales.

3. Funcionamiento

Centrando la actuación en aquellos supuestos que se derivan del juzgado de familia, el procedimiento en líneas generales es el siguiente:

A) Fase inicial

El cumplimiento del régimen de visitas a través del Punto de Encuentro puede tener lugar por decisión del Juez de Familia, a solicitud del Equipo Técnico adscrito al Juzgado de Familia cuando detecte situaciones de riesgo, y por último, a instancia del progenitor que no tiene la custodia y que ve cómo resulta imposible que se cumpla el régimen de visitas fijado. En este último caso, el

Juez dicta una providencia acordando que el Equipo Técnico informe sobre dicha petición.

B) Resolución judicial por la que se acuerda la intervención del Punto de Encuentro

Emitido el informe y practicadas por el juez las audiencias que considere convenientes, dicta una resolución, en los casos en que proceda, acordando que la recogida o entrega de los menores, y en situaciones excepcionales la propia visita se realice en el Punto de Encuentro, especificándose en su caso horario provisional modificable progresivamente. Básicamente se derivan al Punto de Encuentro los siguientes casos:

a) Cuando las circunstancias personales del progenitor no custodio aconsejen la supervisión de esos encuentros:

- Progenitor que padece una enfermedad mental o toxicomanía, o alcoholismo.
- Progenitor que carece de habilidades para ejercer los cuidados del menor: porque no ha existido contacto durante un lapso de tiempo, porque no conoce las necesidades concretas del menor, o bien porque los menores requieren cuidados especiales.

b) Supuestos en los que exista oposición por parte del progenitor custodio para hacer la entrega y permitir los contactos.

c) Cuando los menores muestran una negativa disposición a relacionarse con su padre/madre o un fuerte rechazo hacia estos. La motivación puede ser variada: Menor que ha presenciado una conflictiva convivencia; menor que responsabiliza al progenitor no custodio de la ruptura; menor que ha sido manipulado por los adultos con los que convive.

C) Remisión del caso por parte del Juzgado al Punto de Encuentro

Una vez que el Juez ha acordado que las visitas se lleven a efecto en el Punto de Encuentro, por el equipo técnico adscrito al Juzgado de Familia se informa a los interesados sobre las condiciones en que se van a llevar a efecto las visitas. Acto seguido, se remite un protocolo de derivación al Punto de Encuentro, que incluye:

- Datos de identificación de los padres y de los hijos.
- Estructura y funcionamiento general de la familia antes de la separación y de la nueva situación familiar de cada padre (apartado especial para las familias extensas y su implicación en la separación).

- Salud física (si existe alguna enfermedad infecto-contagiosa o alergia a algún alimento).
- Salud psíquica y características psicológicas.
- Definición de las dificultades para el cumplimiento del régimen de visitas. Motivación del padre no custodio para relacionarse con los hijos.
- Motivación del niño para acudir a las visitas.
- Motivación del padre custodio para que el hijo se relacione con el otro progenitor.
- Aspectos educativos de cada progenitor.
- Familiares que pueden venir a acompañar en las visitas. Horario, periodicidad y previsiones de progreso.

Dicho protocolo, con la documentación necesaria, se entrega en la sede del juzgado a la coordinadora del Punto de Encuentro, que a tal efecto comparecerá un día determinado de la semana, o con la periodicidad que se señale.

D) Actuación desarrollada en el Punto de Encuentro

a) Apertura de un expediente

Recibido el Protocolo de derivación, providencia y oficio remitido por el Juzgado, se procede a la apertura de un expediente en el Punto de Encuentro y efectúa una primera toma de contacto telefónica con los interesados.

b) Medidas de adaptación previstas

Antes de comenzar el cumplimiento del régimen de visitas en el Punto de Encuentro, y para garantizar un clima de seguridad y confianza, es conveniente que realicen una visita al centro tanto el niño o los niños en compañía del progenitor que tiene la custodia como el progenitor que va a realizar las visitas.

Los menores deben permanecer durante un tiempo jugando o realizando otra actividad para familiarizarse con el ambiente y con el profesional que vaya a intervenir en la visita. Al menor se le explica por qué está allí y en qué consistirá el encuentro. Si se muestra contrario a la visita, el psicólogo estudiará el motivo, y valorará la conveniencia de iniciar el encuentro o posponerlo. Decidirá así mismo el tipo de intervención que se llevará a cabo con el menor y los adultos (padre, madre, abuelos, nuevas parejas de los padres, etc.) implicados en la negativa.

Si no existe ningún inconveniente se inician las visitas en las fechas determinadas.

A cada adulto se le informa de las normas a cumplir en el Centro y de la forma en que se llevará a cabo la visita.

Después de cada visita se tomará nota de:

- Asistencia y puntualidad.
- Actitud del niño con el padre que ejerce el derecho de visita.
- Actitud de cada padre con el niño.
- Grado de colaboración del padre que ejerce la custodia.
- Sentimientos del niño y deseos de un nuevo encuentro.
- Comentarios de los padres.
- Otras personas o familiares que han acudido a la visita.
- Observaciones.

c) Desarrollo de las visitas

Función de recogida y entrega: En este supuesto se cita al progenitor custodio y al menor a una hora determinada, y ambos permanecen en el centro hasta la llegada del progenitor no custodio. Acto seguido el menor abandona el Punto de Encuentro en compañía del progenitor no custodio. Para la entrega del menor al progenitor custodio se siguen las mismas pautas. En los casos necesarios se evita el encuentro entre los adultos.

Función de visita tutelada: En estos casos, la visita se desarrolla de forma controlada dentro del centro, asistido de un profesional que supervisa, orienta y controla la situación.

d) Remisión de informe periódico al Juzgado

Sea cual fuere la intervención del Punto de Encuentro, de todo lo acontecido se remite informe al Juzgado con la periodicidad que se haya establecido. Se suele mantener un contacto semanal entre los miembros del equipo técnico adscrito al Juzgado de Familia y la coordinadora del Punto de Encuentro para informar del desarrollo de las visitas e incidentes más significativos, sin perjuicio de su documentación posterior.

E) Seguimiento de la actuación del Punto de Encuentro

Del desarrollo del régimen de visitas se hace un seguimiento por parte del Equipo Técnico del Juzgado de Familia, sin perjuicio de la superior vigilancia del mismo por el Juez de Familia. Durante dicho seguimiento se van conformando las relaciones paterno-materno-filiales hasta la normalización efectiva

del régimen de visitas establecidas en el auto, sin perjuicio de las modificaciones provisionales necesarias.

F) Finalización de la medida de intervención del Punto de Encuentro

El desarrollo de las visitas con la intervención del Punto de Encuentro finalizan bien a petición conjunta de ambos progenitores o a propuesta del Equipo Técnico adscrito al Juzgado o de los propios profesionales del Punto de Encuentro.

V. ASPECTOS ADMINISTRATIVOS DEL PUNTO DE ENCUENTRO

1. Personal

El equipo de profesionales que atiende el cumplimiento del régimen de visitas es multidisciplinar, está formado por Psicólogos, Trabajadores Sociales, Educadores y Psico-pedagogos, al que pueden unirse voluntarios y personas que realizan la prestación social sustitutoria.

En el Punto de Encuentro de Valladolid son un total de 14 personas, organizadas por turnos. En las horas de máxima actividad es imprescindible la permanencia de un mínimo de 4 personas, al menos dos profesionales, una de ellas encargada de la coordinación. En Málaga, el personal que compone el Punto de Encuentro, además de la coordinadora (Abogada) y el conserje, son doce profesionales: 4 psicólogos, 4 Trabajadores Sociales y 4 Educadores infantiles, además de una bolsa de profesionales suplentes formada por 2 psicólogos, 2 trabajadores sociales y 2 educadores infantiles. La coordinadora, además de ser la responsable de la organización interna del personal, es la vía de comunicación con el órgano judicial para el seguimiento y derivación de los casos.

2. Horario de desarrollo de la actividad

En el Punto de Encuentro de Valladolid la actividad está concentrada especialmente en fines de semana. Durante los sábados y domingos se atiende en horario continuo de 9,30 a 21,30 y durante la semana de 10 a 14 y de 17 a 21 horas. Los días lectivos se reservan para visitas de niños de corta edad o sin actividad escolar.

Por lo que respecta al Punto de Encuentro de Málaga, la actividad se realiza los viernes de 17 horas a 20 horas, y los sábados y domingos de 10 a las 14,00 horas y de 17 a 20 horas.

3. Financiación

La creación del punto de encuentro de Valladolid contó con la ayuda de socios, colaboradores, Ayuntamiento de Valladolid y Junta de Castilla y León.

El Punto de Encuentro de Málaga está financiado al 100% por el Ayuntamiento de Málaga.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

1. La existencia del Punto de Encuentro no significa que “todos” los regímenes de visitas deban desarrollarse con su intervención, ya que esta se encuentra limitada exclusivamente a aquellos supuestos en los que el juez lo considere necesario para dar cumplimiento al mismo. Si es factible el cumplimiento de las visitas por otros medios, se obvia el Punto de Encuentro.

2. El Punto de Encuentro no significa que el Juez delegue su función en los profesionales que prestan sus servicios en el mismo, ya que éste sigue siendo la persona encargada de decidir en última instancia cualquier cuestión relacionada con las visitas. No obstante, todos los informes que se emitan desde el Punto de Encuentro van a ser un material muy útil para ese momento en el que el Juez deba adoptar cualquier decisión en el caso.

3. Como señala Eva Carretero González —Asistente Social del Juzgado de Familia de Valladolid— el Punto de Encuentro tiene una significación para cada uno de los afectados:

a) Para el progenitor custodio:

- Va a obtener información del desarrollo de la visita.
- Va a tener las garantías de que su hijo mientras esté con el otro progenitor va a estar correctamente atendido.
- Va a obtener el asesoramiento necesario para solventar todos aquellos problemas que se detectan en el menor derivados de la ruptura familiar.
- El menor no va a poder manipularle emocionalmente ofreciendo una información negativa sobre el desarrollo de la visita con el otro padre.

b) Para el progenitor no custodio:

- Va a poder relacionarse con su hijo en unas condiciones de normalidad.
- Va a continuar o a comenzar (en el supuesto de no haber existido relación) a ejercer su función paterna siendo una parte activa en la crianza y educación de su hijo.
- Va a poder ofrecer a su hijo una imagen real de su persona pudiendo contrastar el menor esta imagen con la ofrecida por el progenitor custodio o su familia extensa, que en muchas ocasiones es negativa.

- Va a contar con el asesoramiento técnico necesario para resolver las dificultades que se le planteen en el ejercicio de ese derecho de visitas.

c) *Respecto de ambos progenitores*, el punto de encuentro significa que van a encontrar a profesionales dispuestos a escuchar tanto sus deseos como preocupaciones e intereses, realizando sobre ellos una tarea mediadora y en parte educativa que les va a servir para establecer nuevos sistemas de relación y de comunicaciones.

d) *Para el menor*:

- Va a permitirle contar con sus dos figuras parentales, estableciendo los vínculos necesarios para que su desarrollo psíquico, afectivo y emocional se vea altamente favorecido.
- Va a poder expresarse y relacionarse libremente con el progenitor no custodio y con otros familiares.
- Va a evitar su manipulación por parte de uno de los padres o por ambos.

CRÓNICA LEGISLATIVA

LEY 40/1999, DE 5 DE NOVIEMBRE, SOBRE NOMBRE Y APELLIDOS Y ORDEN DE LOS MISMOS

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La regulación existente en el Código Civil y en la Ley del Registro Civil en materia de orden de inscripción de apellidos ha venido a establecer hasta el momento presente la regla general de que, determinando la filiación los apellidos, el orden de estos será el paterno y materno; se reconoce también la posibilidad de modificar esta situación por el hijo una vez que haya alcanzado la mayoría de edad.

Esta situación, que ya intentó ser cambiada con ocasión de la modificación del Código Civil operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, es la que se pretende modificar a la luz del principio de igualdad reconocido en nuestra Constitución y en atención a distintas decisiones de ámbito internacional adoptadas sobre esta materia. Baste recordar, en este punto, que el artículo 16 de la Convención de Naciones Unidas de 18 de diciembre de 1979 prevé que los Estados signatarios tomen las medidas necesarias para hacer desaparecer toda disposición sexista en el derecho del nombre; que el Comité de Ministros del Consejo de Europa, desde 1978, establece en la Resolución 78/37 la recomendación a los Estados miembros de que hicieran desaparecer toda discriminación entre el hombre y la mujer en el régimen jurídico del nombre y que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sancionado, en la sentencia de 22 de febrero de 1994 en el caso *Burghartz C. Suisse*, las discriminaciones sexistas en la elección de los apellidos.

Es, por tanto, más justo y menos discriminatorio para la mujer permitir que ya inicialmente puedan los padres de común acuerdo decidir el orden de los apellidos de sus hijos, en el bien entendido de que su decisión para el primer hijo habrá de valer también para los hijos futuros de igual vínculo, lo cual no impide que, ante el no ejercicio de la opción posible, deba regir lo dispuesto en la Ley.

Por otra parte, transcurridos más de veinte años desde la aprobación de la Ley 17/1977, de 4 de enero, sobre reforma del artículo 54 de la Ley del Registro Civil, que establecía la posibilidad de sustituir el nombre propio por su equivalente onomástico en cualquiera de las lenguas del Estado español, nos encontramos con que cualquier ciudadano que alcance la mayoría de edad y tenga inscrito su nombre en lengua castellana en el Registro Civil, se ve privado de la posibilidad de que su nombre propio sea traducido a otra lengua española oficial.

Por todo ello, la Ley que se aprueba facilita el uso normal de las diferentes lenguas del Estado español y la obtención de un estatuto jurídico que respete su riqueza idiomática.

Asimismo, y por las mismas razones, la Ley permite regularizar ortográficamente los apellidos cuando la forma inscrita en el Registro no se adecue a la gramática y fonética de la lengua española correspondiente.

Por lo demás, la presente Ley se completa con una disposición transitoria que prevé el supuesto de existencia de hijos menores de

edad en el momento de la entrada en vigor de aquélla. La alteración del orden de sus apellidos se subordina a la necesaria audiencia, si tuvieran suficiente juicio.

Artículo 1.º—El artículo 109 del Código Civil queda redactado en los siguientes términos:

«La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la ley.

Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la ley.

El orden de apellidos inscrito para el mayor de los hijos regirá en las inscripciones de nacimiento posteriores de sus hermanos del mismo vínculo.

El hijo, al alcanzar la mayor edad, podrá solicitar que se altere el orden de los apellidos.»

Art. 2.º—El artículo 54 de la Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil, queda redactado en los siguientes términos:

«En la inscripción se expresará el nombre que se da al nacido, si bien no podrá consignarse más de un nombre compuesto, ni más de dos simples.

Quedan prohibidos los nombres que objetivamente perjudiquen a la persona, así como los diminutivos o variantes familiares y coloquiales que no hayan alcanzado sustantividad, los que hagan confusa la identificación y los que induzcan en su conjunto a error en cuanto al sexo.

No puede imponerse al nacido nombre que ostente uno de sus hermanos, a no ser que hubiera fallecido, así como tampoco su traducción usual a otra lengua.

A petición del interesado o de su representante legal, el encargado del Registro sustituirá el nombre propio de aquél por su equivalente onomástico en cualquiera de las lenguas españolas.»

Art. 3.º—El artículo 55 de la Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil, queda redactado en los siguientes términos:

«La filiación determina los apellidos.

En los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, ésta determina los apellidos, pudiendo el progenitor que reconozca su condición de tal determinar, al tiempo de la inscripción, el orden de los apellidos. El orden de los apellidos establecido para la primera inscripción de nacimiento determina el orden para la inscripción de los posteriores nacimientos con idéntica filiación.

Alcanzada la mayoría de edad, se podrá solicitar la alteración del orden de los apellidos.

El encargado del Registro impondrá un nombre y unos apellidos de uso corriente al nacido cuya filiación no pueda determinarlos.

El encargado del Registro, a petición del interesado o de su representante legal, procederá a regularizar ortográficamente los apellidos cuando la forma inscrita en el Registro no se adecue a la gramática y fonética de la lengua española correspondiente.»

Art. 4.º—Se añade una disposición adicional segunda a la Ley del Registro Civil con el siguiente texto:

«En todas las peticiones y expedientes relativos a la nacionalidad y al nombre y a los apellidos, las solicitudes de los interesados no podrán entenderse estimadas por silencio administrativo.»

Disposición transitoria única.—Si en el momento de entrar en vigor esta Ley los padres tuvieran hijos menores de edad de un mismo vínculo podrán, de común acuerdo, decidir la anteposición del apellido materno para todos los hermanos. Ahora bien, si éstos tuvieran suficiente juicio, la alteración del orden de los apellidos de los menores de edad requerirá aprobación en expediente registral, en el que éstos habrán de ser oídos conforme al artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

Disposición derogatoria única.—Queda derogado el artículo segundo de la Ley 17/1977, de 4 de enero, sobre reforma del artículo 54 de la Ley del Registro Civil. Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones generales se opongan a lo establecido en la presente Ley.

Disposición final única.—La presente Ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado». Dentro del plazo indicado, el Gobierno procederá a modificar el Reglamento del Registro Civil en lo que resulte necesario para adecuarlo a lo previsto en la presente Ley.

ACUERDOS DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Acuerdo de 6 de octubre de 1999, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se atribuye a los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción números 3 y 9 (Juzgados de Familia) de Murcia, competencia exclusiva para el conocimiento de las acciones de filiación (título V del libro I del Código Civil), así como las relativas a alimentos entre parientes (título VI del libro I del Código Civil), junto con las que ya tienen atribuidas

El artículo 98.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prevé 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 el conocimiento de determinadas clases de asuntos, o de las ejecuciones propias del orden jurisdiccional de que se trate».

Existen en la ciudad de Murcia nueve Juzgados de Primera Instancia. Los números 3 y 9, en virtud de Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 20 de julio de 1998 («Boletín Oficial del Estado» de 8 de agosto), tienen atribuido con carácter exclusivo el conocimiento de las materias comprendidas en los títulos IV y VII del libro I del Código Civil, así como todas aquellas cuestiones que en materia de Derecho de Familia estén atribuidas por las Leyes a los Juzgados denominados de Familia, incluidas la liquidación de la sociedad de gananciales y las cuestiones contenciosas y de jurisdicción voluntaria de los títulos VIII, IX y

X del libro I del Código Civil, con la única excepción del conocimiento de los internamientos por vía de urgencia al amparo del artículo 211 del Código Civil. Se trata ahora de que estos dos Juzgados de Primera Instancia asuman con carácter exclusivo el conocimiento de un tipo de asuntos (las acciones de filiación y de alimentos entre parientes) que entran dentro del ámbito objetivo del Derecho de Familia.

No cabe duda, por tanto, que una medida como la presente contribuirá positivamente al mejor funcionamiento de la jurisdicción civil en la ciudad de Murcia, en cuanto se atribuyen a dos órganos judiciales el conocimiento de cuestiones que, por su importancia social inmediata, merecen ser atendidas a través de órganos judiciales especializados y a los que por ello, será más fácil dotarles de los medios precisos y adecuados para resolver los litigios que en esta especial materia se puedan plantear, guardando, por otra parte, una especial proximidad con el tipo de asuntos de que ya vienen conociendo.

Por las consideraciones expuestas, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en su reunión del día de la fecha a propuesta de la correspondiente Junta de Jueces, oída la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, y en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 98 de la Ley del Poder Judicial, ha adoptado el siguiente acuerdo:

Primero.—En virtud de lo previsto en el artículo 98 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, atribuir con carácter exclusivo a los Juzgados de Primera Instancia números 3 y 9 de Murcia, el conocimiento

de las acciones de filiación (título V del libro I del Código Civil), así como de las relativas a alimentos entre parientes (título VI del libro I del Código Civil), junto con las que ya tienen atribuidas por el Acuerdo del Pleno del Consejo de 20 de julio de 1998 («Boletín Oficial del Estado» de 8 de agosto).

Segundo.—Los juzgados afectados continuarán conociendo de todos los procesos pendientes ante los mismos hasta su conclusión.

Tercero.—El presente Acuerdo se publicará en el “Boletín Oficial del Estado” y producirá efectos desde el 1 de enero de 2000.

Acuerdo de 6 de octubre de 1999, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se atribuye a los Juzgados de Primera Instancia números 3 y 12 (Juzgados de Familia) de Palma de Mallorca, competencia exclusiva para el conocimiento de los procesos de liquidación del régimen económico del matrimonio, junto con las que ya tienen atribuidas

El artículo 98.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prevé 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 el conocimiento de determinadas clases de asuntos, o de las ejecuciones propias del orden jurisdiccional de que se trate.

Existen en la ciudad de Palma de Mallorca quince Juzgados de Primera Instancia. Los números 3 y 12 tienen en la actualidad atribuida competencia exclusiva para el conocimiento de todos los procedimientos propios de Derecho de Familia. Se trata ahora de que estos dos Juzgados asuman también competencia exclusiva para el conocimiento de los procesos de liquidación del régimen económico del matrimonio.

Las ventajas de este tipo de medidas son evidentes. En efecto, con ella se consiguen dos objetivos: Atribuir a los actuales Juzga-

dos de Familia de Palma de Mallorca el conocimiento de un tipo de asuntos que guarda una evidente proximidad jurídica con los asuntos cuyo conocimiento tienen atribuidos en la actualidad (correspondientes al derecho de familia puro), por integrarse en lo que se denomina derecho matrimonial aplicado o económico. De otra parte se contribuye, por la vía establecida en el artículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a eliminar todas las dudas que se puedan suscitar en cuanto a la competencia de estos Juzgados para conocer este tipo de asuntos.

Por las consideraciones expuestas, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en su reunión del día de la fecha a propuesta de la correspondiente Junta de Jueces, oída la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, y en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 98 de la Ley del Poder Judicial, ha adoptado el siguiente acuerdo:

Primero.—En virtud de lo previsto en el artículo 98 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, atribuir con carácter exclusivo a los Juzgados de Primera Instancia números 3 y 12 de Palma de Mallorca, el conocimiento de los procesos de liquidación del régimen económico matrimonial, junto con las que ya tienen atribuidas.

Segundo.—Los Juzgados afectados continuarán conociendo de todos los procesos pendientes ante los mismos hasta su conclusión.

Tercero.—El presente acuerdo se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» y producirá efectos desde el 1 de enero del año 2000.

Acuerdo de 6 de octubre de 1999, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se atribuye a los Juzgados de Primera Instancia números 6, 7 y 17 de Sevilla, competencia exclusiva para el conocimiento de los procedimientos relativos a la liquidación de la sociedad de gananciales cuando ésta se hubiera disuelto por imperativo de lo dispuesto en el artículo 95 del Código Civil, cuando el juzgado hubiera dictado la correspondiente sentencia de separación, nulidad o divorcio

El artículo 98.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prevé 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 el conocimiento de determinadas clases de asuntos, o de las ejecuciones propias del orden jurisdiccional de que se trate.

Existen en la ciudad de Sevilla veintidós Juzgados de Primera Instancia. Los números 6, 7 y 17 tienen en la actualidad atribuida competencia exclusiva para el conocimiento de todos los procedimientos propios de Derecho de Familia. Se trata ahora de que estos tres Juzgados asuman también competencia exclusiva para el conocimiento de los procesos de liquidación de la sociedad de gananciales cuando ésta se hubiera disuelto por imperativo de lo dispuesto en el artículo 95 del Código Civil, cuando el Juzgado hubiera dictado la correspondiente sentencia de separación, nulidad o divorcio.

Las ventajas de este tipo de medidas son evidentes. En efecto, con ella se consiguen dos objetivos: Atribuir a los actuales Juzga-

dos de Familia de Sevilla el conocimiento de un tipo de asuntos que guarda una evidente proximidad jurídica con los asuntos cuyo conocimiento tienen atribuidos en la actualidad (correspondientes al derecho de familia puro), por integrarse en lo que se denomina derecho matrimonial aplicado o económico. De otra parte se contribuye, por la vía establecida en el artículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a eliminar todas las dudas que se puedan suscitar en cuanto a la competencia de estos Juzgados para conocer este tipo de asuntos.

Por las consideraciones expuestas, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en su reunión del día de la fecha a propuesta de la correspondiente Junta de Jueces, oída la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, y en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 98 de la Ley del Poder Judicial, ha adoptado el siguiente acuerdo:

Primero.—En virtud de lo previsto en el artículo 98 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, atribuir con carácter exclusivo a los Juzgados de Primera Instancia números 6, 7 y 17 de Sevilla el co-

nocimiento de los procesos de liquidación de la sociedad de gananciales, cuando ésta se hubiera disuelto por imperativo de lo dispuesto en el artículo 95 del Código Civil, cuando el juzgado hubiera dictado la correspondiente sentencia de separación, nulidad o divorcio.

Segundo.—Los Juzgados afectados continuarán conociendo de todos los procesos pendientes ante los mismos hasta su conclusión.

Tercero.—El presente Acuerdo se publicará en el “Boletín Oficial del Estado” y producirá efectos desde el 1 de enero del año 2000.

PUBLICACIONES Y NOTICIAS

**TÍTULO: DERECHO DE FAMILIA. DOCTRINA SISTEMATIZADA DE LA
AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID**

*Autor: Eduardo Hijas Fernández.
Editorial Lex Nova. 1999.*

La interpretación de las normas jurídicas relativas al derecho de familia, por sus inevitables lagunas y la singularidad de la realidad sobre la que ha de proyectarse, se presta a criterios diversos, y a veces hasta antagónicos, en su aplicación por los diversos juzgados y Tribunales, que no son objeto de unificación jurisprudencial, dada la exclusión legal del recurso de casación en la mayor parte de la problemática referida y la escasa utilización realizada hasta el presente por el Ministerio Fiscal del recurso en interés de ley.

En la presente publicación se refleja el trabajo efectuado por la sección 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid —de la que el autor es su presidente— que, desde el año 1992 en que fue creada, ha concentrado el conocimiento de los recursos de apelación en materia de familia y que, sin duda, sirve de unificación de criterios y evita la dispersión interpretativa de los juzgados de la Comunidad de Madrid.

Las materias que se abordan en la obra no sólo se refieren al derecho matrimonial y problemática jurídica derivados de las uniones de hecho, sino que también se extiende al llamado estatuto de la personalidad, a las acciones de filiación y a las instituciones de protección de menores.

La calidad de las sentencias que se incluyen y la perfecta estructuración de los temas hacen de la obra una herramienta imprescindible para el profesional del derecho.

TÍTULO: FAMILIA Y CAMBIO SOCIAL (DE LA “CASA” A LA PERSONA)

*Autora: Encarna Roca Trías.
Cuadernos Civitas. 1999.*

Que la sociedad española ha evolucionado incesantemente desde que en el año 1981 se promulgó la Ley del Divorcio es una realidad que nadie puede ocultar. Sin embargo, seguimos anclados jurídicamente en las mismas estructuras que dieron lugar a la normativa matrimonial.

La profesora Encarna Roca, con su habitual maestría e ingenio, aborda en esta obra el cambio social y económico que se ha producido en la familia, analizando el derecho a contraer o no matrimonio que tienen las personas, sean hete-

rosexuales, transexuales u homosexuales. En otro capítulo de la obra, como no podía ser de otro modo teniendo en cuenta la filosofía que la inspira, estudia el tema de las pensiones post-matrimoniales, ofreciéndonos unas importantes reflexiones y aportando la construcción de una teoría sobre la pensión compensatoria. Por último, también tiene cabida en la misma el tema del interés del menor y los sistemas de protección, destacando la tensión existente entre el sector público y privado.

Como todas las obras que publica la autora, ésta debe ocupar un lugar importante en nuestra biblioteca.

JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA

MURCIA

Durante los días 10 y 11 de diciembre pasado tuvieron lugar las III Jornadas de Derecho de Familia organizadas por la Sección de Familia del Colegio de Abogados de Murcia. Los temas abordados y los ponentes fueron los siguientes:

Los malos tratos. Examen psicológico y psiquiátrico de la personalidad del autor de malos tratos: D.^a Leonor Coy Fuster, psicóloga y psiquiatra especialista en mediación y peritaje psicológico.

Planteamiento del abogado frente a los malos tratos. Programas de reinserción de las personas maltratadas: D. José Luis Sariego Morillo, abogado.

Albacea, Contador-Partidor. Juicio de testamentaría. Incidencia en los procesos matrimoniales: D.^a Carmen García Pérez. Profesora de Derecho Civil de la Universidad de Murcia.

Empresa familiar, problemas de los supuestos de conflictos conyugales. Teoría del levantamiento del velo: D. Andrés Pacheco Guevara, Magistrado de la Sec. 4.^a de la Audiencia Provincial de Murcia.

Régimen jurídico de los bienes gananciales desde la disolución de la sociedad hasta su liquidación: Administración y disposición de bienes: D. Antonio Javier Pérez Martín, Secretario del Juzgado de Familia n.º 5 de Málaga.

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los temas de familia: D. Francisco Vega Sala, abogado.

GRANADA

Los próximos días 10 y 11 de marzo, tendrán lugar en el salón de actos de la Excma. Diputación Provincial de Granada (Edf, La Caleta, Avda. del Sur nº 3)

las III Jornadas de Derecho de Familia organizadas por el Ilustre Colegio de Abogados de Granada y por Enfoque XXI, en esta ocasión dedicadas a “Los procedimientos matrimoniales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”. Los temas y los ponentes son los siguientes:

Las medidas provisionales. D. Javier Pereda Gámez, Magistrado y Profesor de la Escuela Judicial de Barcelona.

Los procesos matrimoniales. D. Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Abogado y Presidente de la Asociación Española de Abogados de Familia.

La Ejecución de sentencia: D. Antonio Javier Pérez Martín, Secretario del Juzgado de Familia nº 5 de Málaga.

El procedimiento para la liquidación de la sociedad de gananciales. D. Ángel Rebolledo Varela, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela.

Otros procedimientos de familia. D^a Mercedes Caso Señal, Magistrada del Juzgado de 1^a Instancia nº 19 de Barcelona.

MADRID

Durante los días 24 y 25 de marzo próximo tendrá lugar el VII Encuentro de la Asociación Española de Abogados de Familia que en esta ocasión estará dedicado a los procedimientos de familia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

La apertura correrá a cargo del Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda, Magistrado de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, y las ponencias serán las siguientes:

Primera ponencia: *El juicio verbal como cauce para los procesos matrimoniales:* Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete, Magistrado de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo y D. Ramón Tamborero del Pino, Abogado.

Segunda ponencia: *Las medidas provisionales previas y las derivadas de la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio:* Ilma. Sra. D.^a Pilar González Vicente, Magistrada-Juez del Juzgado de Familia n.º 29 de Madrid y D.^a Altamira Gonzalo Valgano, Abogada.

Tercera ponencia: *Los medios de prueba y las presunciones:* Ilmo. Sr. D. Alvaro Castaño Penalva, Magistrado Juez del Juzgado de 1.^a Instancia n.º 3 de Familia de Murcia y D. Julio Padilla Carballada, Abogado.

Cuarta ponencia: *El procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial:* D.^a Begoña Acha Mancisidor, Abogada y D. Angel Rebolledo Varela, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela.

Quinta ponencia: *Los recursos. La ejecución:* D.^a Esperanza Ezquerecocha del Solar, Abogada y D.^a Carmen F. Pitti García, Abogada.

Después del foro abierto que moderarán D. Jorge Marfil Gómez y D. Francisco Vega Sala, se clausurarán las jornadas por el Excmo. Sr. D. Luis Martín Mingarro y el Sr. D. Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga.

ALICANTE

Durante los días 24 al 28 de mayo de 2000 se celebrará en Alicante el II Congreso Europeo de Derecho de Familia organizado por la Sección de Abogados de Familia del Colegio de Abogados de Alicante. Para inscripción y reservas: Tel. 34 96 592 67 47 · Fax 34 96 592 65 42 · e-mail: viajes.alicante@alc.es. Los temas y los ponentes son los siguientes:

Las parejas de hecho: su regulación en el derecho europeo.

Las uniones extramatrimoniales en España. D. Antonio Ripoll Jaén. Notario.

Las uniones extramatrimoniales: Los aspectos competenciales y procesales. D. Eduardo Hijas Fernández. Presidente de la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

La legislación alemana en materia de parejas de hecho. D. Werner U. Martens (Alemania). Abogado.

Las parejas de hecho en la legislación sueca. Fredric Renström (Suecia). Abogado.

Pacs: La nueva legislación francesa en materia de parejas de hecho: Alain Cornec (Francia). Abogado.

Derechos y garantías de los menores en el derecho europeo.

El Ministerio Fiscal como garante de los derechos del menor. D. Luis Mª Delgado López. Fiscal-Jefe de la Audiencia Provincial de Valladolid.

Los convenios y los acuerdos bilaterales en materia de menores. Dª Alegría Borrás. Catedrática de Derecho Internacional de la Universidad Autónoma de Barcelona.

Sustracción de menores. Dª Margaret H. Bennett (Inglaterra). Abogado.

La autonomía de la voluntad en el derecho de familia.

Los convenios privados y los pactos prenupciales: Su efectividad como negocio jurídico. D. Rafael Rodríguez Chacón. Abogado.

El convenio regulador y su aprobación judicial. D. José Almagro Nosete. Magistrado del Tribunal Supremo.

Título sin determinar: Dª Helen Ward. Abogado.

El genoma humano.

La intimidad del genoma y las pruebas biológicas de paternidad: D. Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga. Abogado.

Aspectos constitucionales del genoma humano D. Rafael De Mendizabal Allende. Magistrado del Tribunal Constitucional.

NOTICIAS

CREACIÓN DE UNA NUEVA SECCIÓN DE FAMILIA EN LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID.

Ha quedado constituida la sección n.º 24 de la Audiencia Provincial de Madrid que, al igual que la sección 22.ª, asumirá la competencia para resolver las apelaciones que se planteen en materia de familia en los juzgados de Madrid. Integrarán dicha Sala los magistrados: D. Francisco Javier Correas González, D. Ángel Sánchez Franco y D.ª M.ª del Carmen García de Leaniz Caballe.

GUÍA SOBRE LA LEGALIZACIÓN ÚNICA ("APOSTILLA")

El trámite de legalización única, denominada Apostilla, consiste en colocar sobre el propio documento una apostilla que certificará la autenticidad de los documentos públicos expedidos por las autoridades y funcionarios de la Administración General del Estado que vayan a surtir efecto en aquellos países a que se refiere el Convenio XII de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, de 5 de octubre de 1961. Respecto a documentos judiciales, el trámite de la Apostilla lo realizarán los Secretarios de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia. Para los documentos notariales, la Apostilla la realizarán los Decanos de los Colegios Notariales.

La "Apostilla" de los documentos públicos de la Administración General del Estado se tramita en los Servicios Centrales del Ministerio de Justicia y se puede solicitar personalmente por cualquier ciudadano:

- En el Registro General del Ministerio de Justicia, San Bernardo, 45 Madrid, entrada por calle Manzana, 2 (horario de lunes a viernes, de 9 a 14 h y de 16 a 18 h. Sábados, de 9 a 14 h).
- En cualquiera de las Gerencias Territoriales del Ministerio de Justicia.
- En cualquier órgano administrativo de la Administración General del Estado o de la Administración de las Comunidades Autónomas y en las Diputaciones que hayan suscrito el oportuno Convenio.
- En la sede municipal que le resulte más cómoda (si es uno de los ayuntamientos que ya han suscrito el oportuno convenio: lo han hecho hasta la fecha más de 750 ayuntamientos).

También se pueden enviar los documentos para su apostilla por correo certificado a las siguientes señas: Registro General del Ministerio de Justicia. San Bernardo, 45. 28015 Madrid. Se recomienda la presentación del sobre abierto en la Oficina de Correos para que sellen el escrito. Pueden presentarse además a través de un Gestor Administrativo. Teléfonos de la sede del Registro General en Madrid: 91 390 20 11 /91 390 21 48 /91 390 21 38.

GUÍA SOBRE EL CAMBIO DE NOMBRES Y APELLIDOS Y ORDEN DE LOS MISMOS

Las Cortes Generales han aprobado la Ley sobre nombre y apellidos y orden de los mismos. El Ministerio de Justicia, a los efectos de divulgar lo máximo posible el conocimiento de esta Ley, quiere alcanzar, con la publicación de esta guía, la mayor difusión posible de esta norma jurídica, y ofrecer a los ciudadanos un fácil acceso a la misma, así como a los derechos y las posibilidades que esta Ley les reconoce a partir de su entrada en vigor.

Esta Ley, que ahora se aprueba, en primer lugar, atribuye a los padres la posibilidad de elegir el orden de los apellidos, en el momento de solicitar la inscripción de nacimiento del recién nacido, de modo que pueda figurar como primero el de la madre siempre que exista común acuerdo. Si no existe este acuerdo, figurará el del padre tal y como está actualmente regulado (art. 54 LRC). En todo caso, el orden de los apellidos con el que se inscriba al hijo o hija mayor determinará el orden establecido para los siguientes hijos de los mismos padres.

Esta modificación se fundamenta en el principio de igualdad entre hombres y mujeres recogido en el art. 14 de la vigente Constitución Española de 1978, que significará una más amplia, flexible y justa regulación jurídica en lo que se refiere a la imposición del orden de los apellidos de los hijos, sean ya de filiación matrimonial o no matrimonial. No sólo nuestra Constitución Española venía exigiendo esta nueva regulación jurídica, sino también numerosas normas jurídicas de carácter internacional, emanadas tanto de organismos y organizaciones internacionales (las Naciones Unidas), como otros de carácter supranacional (el Consejo de Europa y la Unión Europea).

Asimismo, esta normativa prevé que en caso de no ejercitarse ninguna de las opciones legales, se aplique lo dispuesto en el art. 53 de la Ley de Registro Civil, actualmente en vigor; es decir, “Las personas son designadas por su nombre y apellidos, paterno y materno, que la Ley ampara frente a todos”.

Por último, señalar que la nueva Ley sobre nombre y apellidos y orden de los mismos contiene una “disposición transitoria única”, que reconoce, en el momento de la entrada en vigor de esta Ley, a los padres que tuvieran hijos menores de edad de un mismo vínculo, la posibilidad de que puedan, “de co-

mún acuerdo”, decidir la anteposición del apellido materno para todos los hijos; pero, si éstos tuvieran juicio suficiente, la alteración del orden de los apellidos requeriría aprobación “en expediente registral, en el que los menores habrán de ser oídos”.

En segundo lugar, esta Ley concede, a los ciudadanos de las diferentes Comunidades Autónomas con lengua distinta al castellano, la posibilidad de sustituir el nombre propio por su equivalente onomástico en cualquiera de las lenguas oficiales del Estado español, sin necesidad de promover expediente registral, mediante la sola solicitud en el Registro Civil correspondiente.

Hasta ahora nos encontrábamos con que el ciudadano español que había alcanzado la mayoría de edad y tuviera su nombre en lengua castellana, sólo podía efectuar el cambio mediante la incoación de expediente registral ante el Encargado del Registro correspondiente, expediente que debía ser resuelto por la Dirección General de los Registros y del Notariado. Por tanto la nueva Ley facilita, al suprimir el requisito legal de tener que promover un expediente registral, el uso normal de las distintas lenguas reconocidas como lenguas oficiales en nuestro país, haciendo posible así el desarrollo de la pluralidad cultural que conforma nuestra nación, fomentando y promoviendo nuestra riqueza lingüística, y facilitando, también, la comunicación cultural entre las distintas lenguas oficiales que coexisten en España.

En tercer lugar, esta Ley permite, sin necesidad de promover expediente registral, regularizar ortográficamente los apellidos, en las distintas lenguas oficiales españolas, cuando la forma inscrita en el Registro no se adecúe a la gramática y fonética de la lengua correspondiente, para ajustar la regulación jurídica registral a la realidad social.

He aquí algunas de las preguntas que se pueden plantear:

A) Con respecto al orden de los apellidos

¿Quién puede solicitar el cambio en el orden de los apellidos? El padre y la madre de común acuerdo o bien, en todo caso, el interesado al alcanzar la mayoría de edad.

¿Y en caso de adopción? Igual que si fueran padres por naturaleza.

¿Cómo puede solicitarse? Complimentándose el formulario oficial en el momento de la inscripción de nacimiento, o bien mediante solicitud en el Registro Civil correspondiente al alcanzar la mayoría de edad.

¿Cuándo? ¿Dónde? En el momento de realizar la inscripción de nacimiento en el Registro Civil correspondiente, o bien al alcanzar la mayoría de edad mediante solicitud en el Registro Civil del lugar del domicilio.

¿Y qué ventajas supone la modificación del art. 55 de la Ley de Registro Civil? Da la opción de poder anteponer, en los casos que se desee, el apellido materno al paterno en el momento de la inscripción.

¿Qué ocurre en el caso de que en un nacimiento sólo se conozca quién es la madre, o bien quién es el padre? En estos supuestos la filiación conocida determina los apellidos, pudiendo el progenitor que reconozca su condición elegir el orden de los apellidos al tiempo de inscribir al recién nacido.

¿Prevé esta Ley los supuestos de aquellos padres que, una vez publicada y aplicada esta modificación, quieran alterar el orden de los apellidos de sus hijos menores de edad ya inscritos? Esta norma incluye en su articulado una disposición transitoria única que regula estos supuestos, si bien dispone que si los hijos menores tuvieran suficiente juicio, para que se altere en la inscripción de nacimiento el orden de sus apellidos deberá instruirse un expediente registral, en el que éstos habrán de ser oídos.

¿Quién y dónde se instruirá este expediente? El interesado mediante la presentación de la solicitud en el Registro Civil correspondiente.

¿Qué autoridad lo resolverá? La Dirección General de los Registros y del Notariado, por delegación de la Sra. Ministra de Justicia.

B) Con respecto al cambio de nombre

¿Quién puede solicitar el cambio de nombre? El interesado, mediante escrito de solicitud dirigido al Encargado del Registro Civil correspondiente. La solicitud puede presentarse bien en el de nacimiento, bien en el del domicilio.

¿Cuándo? La Ley no fija plazo alguno, por lo que queda sujeto a la voluntad del interesado.

¿Qué coste supone para los interesados? Ninguno.

¿Quién recibe la solicitud? El Encargado del Registro Civil correspondiente al lugar de nacimiento.

¿Podrá, ante la negativa, interponerse un recurso contra la resolución dictada? Sí, tal y como establece el Reglamento del Registro Civil.

¿Qué coste supone para los interesados la modificación gramática y fonética de su inscripción? Ninguno.

C) Con respecto a la adecuación gramática y fonética de los apellidos a una lengua distinta del castellano

Podemos plantearnos las mismas preguntas y respuestas con respecto a quién, cómo, cuándo y dónde; pues serán los interesados quienes lo soliciten, sin plazo ninguno y de forma gratuita, mediante escrito dirigido al Encargado del Registro Civil correspondiente.

En general, ¿qué ventajas suponen estas modificaciones? La ventaja más importante que podemos señalar es que se suprime la incoación, en principio, del expediente registral, lo que conlleva de cara al ciudadano una simplificación en los trámites administrativos.