

DIRECTOR: ANTONIO JAVIER PÉREZ MARTÍN

Magistrado

Nº 49

Revista de **Derecho de Familia**

© Lex Nova 2010

Lex Nova, S.A.U.

Edificio Lex Nova.

General Solchaga, 3

47008 Valladolid

Tel. 983 457038

Fax 983 457224

E-mail: clientes@lexnova.es

Depósito Legal: VA. 803-1998

ISSN 1139-5168

Printed in Spain – Impreso en España

Dirección General:

Daniel Tejada Benavides

Esta revista ha sido coordinada por
Antonio Javier Pérez Martín,
con la colaboración de Lexfamily SL,
Teresa Ferrero y Jaime Barbero
del Departamento de Producción
Editorial de Lex Nova.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Esta revista no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, ni prestarse, alquilarse o cederse su uso de cualquier otra forma, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Lex Nova no asume responsabilidad alguna consecuente de la utilización o no invocación de la información contenida en esta publicación.

Lex Nova no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en las colaboraciones que se reproducen, dejando a la responsabilidad de sus autores los criterios emitidos.

La edición digital de esta colección, que ha sido seleccionada por el CGPJ para su utilización por los miembros de la carrera judicial, puede consultarse en **portaljuridico.lexnova.es**

LEX NOVA

DIRECTOR

ANTONIO JAVIER PÉREZ MARTÍN

Magistrado

LOS PROCESOS PÚBLICOS

Un diario de tirada nacional publicaba, con el título «retuérzale el cuello por 450 euros», un artículo firmado por la periodista Penélope, que decía así:

«Casi 500.000 procedimientos penales en tres años por violencia de género, más de 126.000 denuncias anuales, 84.000 órdenes de protección en vigor, 55.000 sentencias dictadas por los juzgados de lo penal, algunas para olvidar, y junto a esos datos mareantes nada más y nada menos que 20.000 renuncias a la continuación del proceso, es decir, veinte mil mujeres a las que han insultado, humillado, pegado o apuñalado que han dicho basta, no quiero que le juzguen. Charo es una de ellas. Sus tres hijas tienen ahora 21, 17 y 14 años. Se separó de su marido en 1999, pero como si hubiera sido ayer: su vida sigue condicionada por las tres denuncias de media que él le pone en un juzgado todas las semanas.

“Me fui al hospital con las tres niñas descalzas y en pijama. Esa noche ya no aguanté más. Empezó a dar puñetazos en la cabeza a la mayor, me puse en medio y me lanzó uno a mí a la cara. Me movió la mandíbula. Entró detrás de nosotras corriendo en el hospital gritándome que era una puta y pidiendo que lo reconocieran a él porque yo le había pegado. El médico lo denunció a la Policía. El forense me dio 15 días de baja. Me escondí en un hotel con las crías hasta que se fijaron medidas provisionales. Yo fui tan bruta que cuando le daba de mamar a mi hija mayor la tapaba para que a ella no le llegaran los golpes. Una y otra vez me prometía que iba a cambiar y una y otra noche nos teníamos que encerrar las cuatro en una habitación para que no se enfureciera”.

Charo se refiere a la aventura del Poseidón. Más que eso. Pero con quince días de baja por unas lesiones graves se retiró del juicio. Se fijó un régimen de visitas para las hijas con el padre de fines de semana alternos. El primero las niñas se encerraron en los aseos de un centro comercial y tuvo que sacarlas la Guardia Civil. La pericial del equipo psicosocial diagnosticó que él sufría “paranoia, hipomanía y una desviación psicopática, narcisismo y trastorno delirante”.

Con ese cóctel de voluntad se somete a una terapia “milagrosa” que le cura la paranoia. Le vuelven a conceder un régimen de visitas con las dos pequeñas. La mayor, que tenía 12 años, se negaba a verlo. A Charo se le cambia la cara cuando recuerda cómo fue la entrega. En la puerta del juzgado y en presencia de su señoría, su ex se llevó a rastras a las niñas al coche, a una finca de su familia en una zona de sierra en Andalucía. Las crías, con 9 y 6 años, se escaparon a las seis de la madrugada. La Guardia Civil tuvo que hacer una batida. Las encontró el padre. Durante tres o cuatro días, según denunció la madre, estuvieron suministrándoles fármacos para dormir. De nuevo se suspendieron las visitas.

El Juzgado número 4 de Violencia de Género de Segovia donde se sigue su causa ordena un tratamiento psicológico, técnico y social en un punto de encuentro de Valladolid. A él le vuelven a conceder visitas pese a un informe en el que se afirma que puede suponer un “peligro” para sus hijas.

La vida de Charo, que es profesora, se articula en torno a las consultas psicológicas de turno donde alguien ordena que acudan ella o sus hijas. Su ex marido, una persona con influencia en el entorno judicial, sólo tiene un interés: demostrar que las hijas sufren SAP (síndrome de alienación parental), una entelequia según sostienen reputados psiquiatras y psicólogos, construida por medio de falacias para usarlo como “terapia de la amenaza”.

El inexistente SAP. Charo odia ese acrónimo con toda su alma, como tantas mujeres maltratadas. Una psicóloga advirtió al juez que las hijas de Charo podían padecerlo y recomendó un régimen de comunicación virtual. Cada 15 días tenían que peregrinar al juzgado, en horas de clase, para mantener una videoconferencia con su padre en el juzgado de otra ciudad, en presencia del magistrado y de la secretaria. Las niñas escondían la cabeza entre las piernas y ni miraban a su progenitor. “Visto el resultado negativo y la nula comunicación, se acuerda dejarla en suspenso”, decide el juez.

Pero considera que Charo ha podido incurrir en un delito —que no especifica— y exhorta a otro juzgado para que lo investigue. Es su remache final: ahora se enfrenta a nueve meses de cárcel por un presunto delito de desobediencia judicial; antes ya le impusieron una multa de mil euros. Después de tantos años todavía oculta su nombre y su rostro, todavía no ha llevado a juicio a quien le rompió la vida».

El padre se consideró aludido por el anterior contenido y remitió el 1 de diciembre de 2008, un burofax, donde tras indicar en un preámbulo en formato epistolar que solicitaba rectificación, instaba que se hiciera mediante la publicación literal del siguiente texto:

«El ABC de nuestras obligaciones con los niños del divorcio.

En aras de la veracidad informativa que se requiere en un Estado de Derecho, ante la noticia publicada en su Diario el 24-11-2008 bajo el titular “Retuérzale el cuello por 450 euros” en alusión a supuestos casos de violencia denominada “de género”, me veo en la obligación ineludible de puntualizar un cúmulo de rectificaciones.

En relación a los menores aludidos por su madre divorciada, la profesora que se presenta con el hipocorístico “Charo” y ocupa tres cuartas partes de la noticia:

- 1.º) Que no es cierto que el “Juzgado n.º 4 de Violencia de Género de Segovia” esté llevando dicho caso ni lo haya llevado nunca. Ese caso de divorcio lo lleva y lo llevó siempre un Juzgado del orden jurisdiccional civil (no penal) por ser el competente según la ley.
- 2.º) Que el padre y ex marido al que se alude jamás ha sido condenado por delito o falta alguna, ni detenido, ni sometido a orden de alejamiento cautelar alguna, ni de maltrato ni de género, en relación a ninguna persona o animal.
- 3.º) Que los relatos que su Diario cuenta entrecomilladamente no son ciertos, y, en tiempo y forma, ya fueron puestos por la autora de los mismos en conocimiento de sendas Autoridades Judiciales competentes: dos Juezas y un Juez, de tres provincias y Comunidades Autónomas distintas: siendo el resultado de cada una de dichas denuncias penales su sobreseimiento.
- 4.º) Que no es cierto que el padre y ex marido de “Charo” le “ponga tres denuncias semanales de media” ni dos ni una. La media más veraz sería ninguna.
- 5.º) Que las intervenciones psicológicas ordenadas por el Juez competente, de las que se queja la protagonista de la “noticia” en su Diario, fueron ordenadas a petición escrita de la profesora “Charo” en el procedimiento judicial civil (que no penal).

- 6.º) Que no es cierto que el ex marido y padre aludido sea “una persona con influencia en el entorno judicial”, como se puede deducir por el dato de llevar más de 7 años de incomunicación paterno-filial, por incumplimiento radical por la protagonista de su noticia de resoluciones judiciales de visitas o de simple comunicación.
- 7.º) Que, pese a dicha situación de injusticia flagrante y categórica, el ex marido y padre cumple con todas sus obligaciones económicas para con los hijos comunes, y es cumplidor de las resoluciones judiciales que respeta aunque no comparte.
- 8.º) Que las afirmaciones y/o insinuaciones que aparecen en la “noticia” sobre aspectos íntimos de carácter sanitario relativo a la salud de los menores aludidos (con un acrónimo u otro, más o menos odiado por la profesora “Charo”) o del padre de los mismos, suponen una muy grave injerencia en el derecho fundamental a la intimidad personal de cada menor y del padre.

En suma, que obligación de todos la defensa de los Derechos Humanos y de la Convención de Derechos del Niño; y que en los casos de divorcio muy conflictivo con hijos menores comunes tanto la madre como el padre han de anteponer sus intereses al interés común del armónico desarrollo emocional de sus hijos. Es obligación de todos (incluidos los más media) velar por el interés superior del menor, lo cual no puede ocurrir nunca usando la mentira, el engaño y la manipulación informativa, y/o vulnerando derechos fundamentales de las personas y de la infancia.

Como padre, cotitular de la patria potestad, me veo en la penosa obligación de denunciar públicamente que, con acrónimos o sin acrónimos de carácter sanitario, el verbo principal en relación a nuestras obligaciones con los niños del divorcio es “curar”, que es exactamente lo contrario que “dañar”.

Con esa intención de intentar curar, agradezco sinceramente al Diario ABC, de corazón, que me permita dirigir un mensaje a los niños aludidos, que son mis queridos hijos:

Aunque parezca mentira, lo único que sé de vosotros durante los últimos 7 años en que son aplicados en el Cole, de lo cual me congratulo. Ya se que habéis oído muchas veces la siguiente historia que el Diario ABC ha tenido a bien recordar públicamente: “Yo fui tan bruta que cuando le daba de mamar a mi hija mayor la tapaba para que a ella no le llegaran los golpes”. Que conste que el adjetivo “bruta” no lo he usado yo. Nos remontamos a 1987 o 1988. Vivíamos los tres en un piso pequeño y nadie más; estábamos empezando, nos queríamos. Vuestra madre estaba menos tiempo con el bebé que yo, por razón de su trabajo, no por falta de amor. Por ello, cuidé yo especialmente del primogénito durante su primer año de vida: lo aseaba, lo dormía, que no era fácil, y lo bañaba, aunque no podía darle de mamar. Vamos a cerrar los ojos y a reflexionar juntos. M, el bebé, por ser bebé, no puede recordar su primer año; N y S no habéis nacido. ¿Seguís con los ojos cerrados? Bien. Pues igual que tuve que desmentirlo varias veces, cuando se os contaba esa historia, ese pequeño relato, a todos mis hijos; de nuevo, una vez más en la distancia, desde la tortura de la incomunicación permanente: os he de decir, con tristeza pero con firmeza, sin levantar la voz pero de forma clara. Queridos hijos, eso es mentira, una falsedad de tal calibre que raya lo inhumano.

Ahora, daos cuenta que ese relato que os cuenta vuestra madre, no cita testigos ninguno. Muy bien, ya podéis abrir los ojos; y, con serenidad, respondeos a la siguiente pregunta: ¿Cómo puede defenderse un padre de un relato como ese, falso, contado a los hijos comunes por su propia madre?

Un beso muy fuerte.

Espero y deseo, con toda mi alma, que seáis lectores del Diario ABC.

Segovia a 1 de diciembre de 2008.

Firma: El padre y cotitular de la patria potestad de los menores aludidos por la profesora “Charo”».

Como este texto no apareció publicado en el diario, el padre presentó demanda contra la entidad editora del Diario, donde interesaba que en base al derecho de rectificación se condene a la demandada a publicarlo o subsidiariamente, la primera mitad del mismo, obviando la comunicación paterno filial unidireccional del final.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda, al entender que el artículo no aludía personal y nominativamente al actor rectificante, ni puede verse relacionado o referido innominadamente por dicha información, al no poderse identificarle por las circunstancias o detalles de la información; pues el dato clave que daba, la comunicación por videoconferencia con los niños, no resulta acreditado que sea el único caso que exista; y además porque en el escrito de rectificación no se ciñe a la corrección de los hechos que considera inexactos, sino que argumenta, vierte opiniones y añade otros hechos diversos.

El padre interpuso recurso de apelación que fue desestimado por la Sala.

Con independencia de que, por motivos puramente técnicos y legales, se desestimase la demanda en la que el padre ejercitaba el derecho de rectificación, después de haber leído el anterior relato nos queda la duda de si detrás de todo ello está un padre maltratador que ha amargado injustamente la vida de su esposa y la de sus tres hijas o un padre al que han privado injustamente del derecho a relacionarse con sus hijas. Nos hemos quedado con la duda pues ni en la noticia publicada en el periódico ni en el texto de la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial se da cuenta de la existencia de sentencias penales condenatorias contra el padre ni consta información precisa sobre todo lo acaecido en relación con el cumplimiento del régimen de visitas. El padre reitera que estamos ante un Síndrome de Alienación Parental. La madre lo niega e insiste en que son las hijas las que no quieren ver al padre sin que ella ejerza sobre ellas influencia alguna.

La noticia que apareció en el periódico ha sido una información o una desinformación. Lamentablemente, cada día son más las noticias que podemos leer en los medios de comunicación (no solo escritos sino también en programas de televisión), tanto teniendo como protagonistas a la madre como al padre, porque las noticias en relación con las separaciones y los divorcios venden. Una noticia en la que se cuenta unilateralmente la historia por uno solo de los protagonistas poco valor tiene, por muy sangrante que sean los hechos que en ella se relatan. Los conflictos familiares, si la mediación fracasa, sólo pueden resolverse ante los tribunales, pues sólo en ellos están garantizados los derechos fundamentales de audiencia, defensa en plena igualdad y sobre todo seguridad jurídica.

¿Qué puede sentir el padre después de todo lo sucedido? Sin duda que no cree en la justicia ya que no le ha resuelto su caso. ¿Y si nos encontrásemos en el caso contrario?, es decir, que la noticia que aparecía en el periódico era un entrevista al padre que proclamaba

a los cuatro vientos que la madre viviendo el padre dejó huérfanos a los hijos ¿Qué sentiría la madre? Posiblemente una gran indignación.

Hoy día muchas personas no tienen el más mínimo reparo en airear sus miserias familiares y siempre habrá algún medio de comunicación dispuesto a rellenar unas páginas o unos minutos del espacio televisivo. Pero esto no beneficia a nadie, simplemente es desinformación. En alguna ocasión se cuenta con la opinión del otro afectado, pero el análisis de la situación desde el punto de vista jurídico (al final es el que debe imperar para la resolución del conflicto) lo hacen personas legas en derecho que igualmente desinforman. Lamentablemente esto no hay quien lo pare, porque como dijimos anteriormente esta clase de noticias vende y entretiene, pero no se repara en el daño oculto que puede producir, en primer lugar a los hijos, a la madre y al padre, y sobre todo en la desinformación que se ofrece a lectores y televidentes.

ÍNDICE GENERAL

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES. ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES Y SUSTANTIVAS

Juan José Reyes Gallur 27

LA GENÉRICA VALIDEZ DE LOS PACTOS EN PREVISIÓN DE LA RUPTURA MATRIMONIAL

Cristóbal Pinto Andrade 63

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL..... 77

Cuestiones penales 77

No se causó indefensión al acusado por el hecho de que la mujer aportase en el acto del juicio un informe pericial no anunciado como prueba en el escrito de acusación dado que aquél ni en ese momento ni en ninguno posterior solicitó la suspensión del acto del juicio ni propuso nuevas pruebas, por lo que la indefensión que se denuncia es imputable a su falta de diligencia procesal.

Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia n.º 52/2010, de 4 de octubre 77

La mayor gravedad de la pena prevista en el artículo 148.4 del CP no vendría dada exclusivamente por la existencia presente o pasada de una relación de pareja entre el sujeto activo hombre y la mujer, sino por la concurrencia añadida de una particular gravedad de la conducta para el bien jurídico protegido, pudiendo optar el juzgador por no imponer la agravación si, aun estando ante un supuesto de violencia de género, no se apreciara tal particular intensidad lesiva en el riesgo o en el resultado.

Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia n.º 41/2010, de 22 de julio 79

TRIBUNAL SUPREMO..... 88

Guarda y custodia..... 88

Se anula la sentencia dictada por la Audiencia Provincial para que dicte una nueva sentencia en la que se argumente el interés de los menores en relación con la guarda y custodia compartida pedida por el padre aplicando los criterios que establece el Tribunal Supremo en esta materia.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de marzo de 2010 88

Ni la «deslocalización» de los hijos ni el abandono de la madre de la vivienda familiar son motivos para no otorgar la custodia compartida cuando el informe del equipo psicosocial es partidario de esta forma de custodia y de facto se ha venido aplicando en la práctica.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 11 de marzo de 2010</i>	91
Pensión compensatoria	96
Se fija pensión compensatoria en el divorcio porque en el acuerdo que se alcanzó en el procedimiento de separación, la esposa se reservó el derecho a pedir la compensatoria en un procedimiento ulterior, estableciéndose en aquel momento únicamente una pensión alimenticia. La falta de reserva impediría la fijación de una pensión compensatoria.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 9 de febrero de 2010</i>	96
Regímenes económicos matrimoniales	99
La disolución de la sociedad de gananciales se produjo con la sentencia de separación dictada por el Juzgado ya que a pesar de que se interpuso un recurso de apelación, al no formar parte del mismo este pronunciamiento, el régimen económico matrimonial quedó disuelto. En consecuencia, los inmuebles adquiridos por el esposo tras la sentencia de separación tienen carácter privativo.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de marzo de 2010</i>	99
Procedimientos de menores	104
Para disponer de los bienes de un menor es necesaria autorización judicial pero nada impide otorgar un contrato que la exija antes de obtenerla, o bien mientras se están efectuando las gestiones para conseguirla. Cuando ello ocurra, el contrato se entenderá sometido a una condición suspensiva consistente en la obtención de la autorización.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 16 de febrero de 2010</i>	105
Uniones de hecho	108
Pertenece íntegramente al conviviente de hecho el premio de lotería, pues además de que no quedó acreditada la existencia de una comunidad de bienes, resultó agraciado con el premio un mes después del cese de la convivencia.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 4 de febrero de 2010</i>	108
Se declara la nulidad, por vicio en el consentimiento, de la compraventa celebrada entre los integrantes de una pareja de hecho, pues el demandado, mediante la intervención de dos sociedades interpuestas, procuró la venta por la actora de sus participaciones a un precio inferior al de mercado constatándose la existencia de maquinaciones fraudulentas.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 16 de febrero de 2010</i>	111

	Página
Responsabilidad civil	115
Responsabilidad extracontractual por lesiones ocasionadas por explosión de petardos proporcionados a un menor. Concurrencia de culpas por pluralidad de agentes en la causación del daño: falta de vigilancia del menor por sus padres y adulto que proporciona petardos a su hijo menor para que los reparta entre sus amigos.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 23 de febrero de 2010</i>	115
Sucesiones	119
La donación <i>inter vivos</i> se tomará en consideración, por más que lo quiera evitar el causante, para calcular el <i>donatum</i> que, con el <i>relictum</i> , determina el patrimonio hereditario cuya tercera parte constituye la legítima estricta, por lo que debe declararse la ineficacia de la cláusula testamentaria por la razón esencial de la falta del poder disposición del causante sobre la fijación de la legítima y por la imperatividad de las normas que la regulan.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de enero de 2010</i>	119
Nulidad de la escritura de compraventa de participaciones sociales otorgada entre la madre y el hijo que encubría una donación, al no constar por escrito la aceptación del donatario sin que ésta pueda ser suplida por la suscripción de un contrato de compraventa simulado.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 3 de febrero de 2010</i>	122
Libertad del testador para realizar en la partición una distribución no equitativa, siempre que se respete la legítima. Donación de bienes muebles <i>inter vivos</i> , con eficacia diferida a la muerte de la donante. Validez de la donación: en la verbal no se precisa la transferencia exacta del objeto donado, siempre que aparezca claramente la voluntad del donante de atribuir el dominio y la del donatario de aceptarlo.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de marzo de 2010</i>	125
Procedimientos penales	129
Se absuelve al esposo del delito de violencia contra la mujer por el que había sido condenado al no advertirse a la esposa de su derecho a no declarar contra quien en ese momento era su pareja sentimental. Tras retirar la denuncia, ambos contrajeron posteriormente matrimonio, acogándose la esposa en el juicio a su derecho a no declarar, al igual que hizo el acusado alegando el derecho constitucional a no declarar.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 5 de marzo de 2010</i>	129
TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA	140
Vivienda familiar	140
Procede dejar sin efecto la limitación temporal del uso de la vivienda familiar atribuido a la madre y a los hijos por término de un año dado que no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 83.2 del Código de Familia.	
<i>TSJ de Cataluña, Sentencia de 22 de abril de 2010</i>	140

	Página
Procedimiento de menores	143
Se condena a la entidad pública a abonar a los padres biológicos cerca de un millón de euros ya que ignoró el proceso de desintoxicación y reestructuración de la familia que debiera haber sido analizada, y con suspensión de las visitas dio al hijo menor en acogimiento con la finalidad clara, directa y preconcebida de establecer un vínculo parental sustitutivo que borrara el anterior.	
<i>TSJ de Cataluña, Sec. 4.ª, Sentencia de 30 de abril de 2010</i>	143
Indemnización por extinción del régimen de separación de bienes	150
La convivencia ha producido una situación de desigualdad patrimonial pues el marido incrementó su patrimonio y no lo hizo su mujer debido a que durante su matrimonio se dedicó de forma no exclusiva pero sí principal a la realización de trabajo para la familia. Con base en ello debe fijarse a favor de la esposa una compensación económica.	
<i>TSJ Baleares, Sentencia de 24 de marzo de 2010</i>	150
Habiéndose acreditado que el esposo trabajaba en el negocio de expedición de tabaco propiedad de la esposa (fue donado por su padre) sin cobrar sueldo alguno, dado que los salarios declarados responden a meras conveniencias fiscales, se fija una indemnización del artículo 41 del CF de 100.000 euros, visto el incremento que experimentó el negocio así como las obras de mejora que se realizaron, a costa de los beneficios del citado negocio, en un inmueble privativo de la esposa.	
<i>TSJ de Cataluña, Sentencia de 11 de marzo de 2010</i>	157
AUDIENCIAS PROVINCIALES	159
Separación, divorcio y nulidad	159
La decisión de aplicar el Derecho Español es correcta máxime cuando no se invoca por la parte apelante que las normas patrias que regulan el divorcio sean contrarias al orden público peruano. La parte apelante critica la pasividad de la parte actora en relación con la prueba del Derecho Peruano, pero también podría haber sido probado por esta parte que en primera instancia pedía igual que la actora que se acordara el divorcio.	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 20 de mayo de 2010</i>	159
No se han cumplido las exigencias probatorias necesarias para la aplicación del Derecho Argentino del que sólo obra en autos unas copias extraídas de Internet de la Ley Argentina núm. 23515 de Divorcio Vincular y, aun en el caso de entender aplicable esa legislación argentina, cosa que no se hace, dicha legislación nos remitiría al Derecho español, pues señala el artículo 164 que: la disolución del matrimonio se rige por la ley del último domicilio de los cónyuges, esto es, la Ley española, por ser España el lugar del último domicilio.	
<i>AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 7 de mayo de 2010</i>	160

	Página
Patria potestad	160
Una mera alegación de ruptura del matrimonio por existencia de malos tratos continuados en el ámbito familiar no es base suficiente para decretar la privación de la patria potestad.	
<i>AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 20 de mayo de 2010</i>	160
Se acuerda la privación de la patria potestad ya que hasta este momento ha sido total la despreocupación, en todos los ámbitos, del padre respecto de la menor, con la que no ha tenido comunicación alguna, ni ha colaborado con la prestación alimenticia, o de cualquier otro orden que en cada momento haya podido necesitar la menor, que cuenta ya con nueve años de edad, quien actualmente carece de la referencia paterna, en todos los ámbitos, con ausencia total de la función, los derechos y los deberes, que correspondía a la figura paterna y que se derivan de la institución hoy analizada.	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 7 de mayo de 2010</i>	164
Se acuerda privar al padre de la patria potestad ya que cuando el menor contaba con tres o cuatro meses de vida, el padre salió del hogar familiar, habiendo mantenido un comportamiento amenazador y agresivo con su esposa, sin domicilio habitual ni apoyo familiar, convirtiéndose en delincuente habitual (admite en Sala más de 30 detenciones) con problemas de drogadicción, lo que propició varios ingresos en centros penitenciarios, donde se encuentra en la actualidad, pendiente de cumplimiento de penas. Desde que marchara del domicilio familiar, hace ya tres años, no ha visto a su hijo, desentendiéndose de visitarle, alimentarle y educarle.	
<i>AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Sentencia de 21 de abril de 2010</i>	165
Guarda y custodia	166
Se ha privado por ello al menor, sin motivo grave ni justificado, de una relación con el otro progenitor que resultaba fundamental para su desarrollo y formación equilibrados, lo que determina lo correcto de los pronunciamientos contenidos en el Auto recurrido, tanto en lo que concierne a la modificación del sistema de guarda, como en lo relativo a la suspensión temporal de las comunicaciones con la madre, y ello como medio de propiciar la adaptación del menor al entorno paterno.	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 28 de mayo de 2010</i>	166
Se ha elegido la opción paterna por entender que el padre está en posibilidad de implicarse de un modo completo y adecuado, como lo viene haciendo, en la vida y en el desarrollo integral de los hijos, que implica no solamente el cuidado y las atenciones personales hacia aquellos, sino también el apoyo y la ayuda en las tareas escolares, siendo así que éste cuenta con mayor disponibilidad horaria, por razón de las especiales circunstancias en las que se desarrolla su trabajo, circunstancia esta última que no concurre en la madre, que debe someterse a un horario laboral más rígido, durante las semanas, incluyendo algún fin de semana, en sábado, y una tarde.	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 28 de mayo de 2010</i>	168
Se mantiene la custodia a favor de la madre ya que es la opción que garantiza una mayor continuidad en la vida de los menores y que fomenta un contacto más fluido con las familias extensas paterna y materna. No se detectan criterios suficientes	

para justificar que un cambio en la guarda y custodia vigente pudiese suponer a los menores un beneficio tal que compensara el tener que someterles a nuevas adaptaciones familiares.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 21 de mayo de 2010 169

Se deja sin efecto la custodia compartida y se atribuye en exclusiva al padre ya que desde que fue dictada la Sentencia de divorcio el hijo ha venido viviendo con su padre viendo a su madre sólo cuando ella lo llama. Coadyuva a la anterior conclusión que la madre ahora vive con la abuela del menor y que el padre tiene una nueva pareja fruto de la cual ha nacido una hija que asiste al mismo colegio que el menor.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 18 de mayo de 2010 170

El padre argumenta que la madre no dispone del tiempo necesario para atender al menor, mientras que él tiene todo el día libre para hacerse cargo de él y de esta manera, no sería necesario que tuviese que acudir a una guardería, pero teniendo en cuenta que la situación de desempleo debe ser transitoria y que el niño siempre ha convivido con la madre, procede desestimar la petición de cambio de custodia.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 18 de mayo de 2010 172

La edad de la menor, que ya ha alcanzado los 13 años, con suficiente desarrollo de su personalidad, y de sus facultades volitivas y cognitivas, propias de una adolescente de tal edad, determina que se respete su decisión de querer convivir con su padre, sobre todo cuando este Tribunal no ha apreciado en la exploración practicada influencias externas de la menor ni falta de consistencia o de justificación del deseo expreso de vivir bajo la compañía de su padre.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 18 de mayo de 2010 173

El deseo fundado del hijo de no querer vivir con su madre, su edad próxima a alcanzar los 18 años, unido al hecho de que la madre no había vuelto a verlo desde el mes de abril de 2009 y que ésta, tras la salida del hijo del hogar familiar, procedió a cambiar la cerradura de la vivienda, impidiéndole así el acceso a la casa sin proporcionarle llave para recoger sus enseres personales, lleva a esta Sala a confirmar el cambio de guarda y custodia.

AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 11 de mayo de 2010 174

Además de ponderar, lo influenciable y voluble que es la opinión de los adolescentes, hablando en términos generales, fácilmente manejables ante el ofrecimiento de determinadas ventajas de naturaleza económica o lúdica, debe tenerse en cuenta la escasa entidad y consistencia de los motivos invocados por la menor para solicitar el cambio de guarda y custodia. Las supuestas discusiones que dice mantener con la madre no queda acreditado que excedan de lo normal en cualquier convivencia materno filial, propias de la diferencia generacional, del trato y convivencia habitual, y de un cierto principio de autoridad que debe mantener todo progenitor.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 28 de abril de 2010 175

Régimen de visitas 176

La Juzgadora *a quo* no ha señalado un régimen de visitas futuro, ante el acaecimiento del acceso del demandado a una vivienda en donde desarrollar en la práctica el régimen de visitas, al considerar, en aras de tutelar los intereses de las menores, que tal cuestión debería dilucidarse en sede de un proceso de modificación

	Página
de medidas, en donde podrían valorarse las circunstancias entonces concurrentes, y ahora desconocidas, sobre la adecuación de vivienda para el desarrollo de un régimen de pernoctas de las menores con su padre.	
<i>AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2010</i>	176
Hasta que surgieron los problemas con los padres del menor, la convivencia del nieto con los abuelos era muy intensa, teniendo lugar varios días durante la semana, por no decir casi diariamente. Este régimen, que fue plenamente asumido por abuelos y nieto, no puede ahora modificarse hasta tal punto que venga a convertirse en un mero residuo de aquél, reduciéndolo a un simple contacto de dos horas una vez al mes (un sábado de 12 a 14 horas), como pretenden los padres recurrentes.	
<i>AP Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 24 de mayo de 2010</i>	177
Se fija un régimen de visitas reducido ya que los menores muestran un abierto rechazo al actual compañero de la madre que viene justificado en un episodio de abuso sexual leve que refirió la mediana de las hijas.	
<i>AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2010</i>	178
La teoría de que los niños menores de tres años no deben pernoctar fuera del domicilio materno (pero sí paterno) responde a prejuicios que descansan en la discriminación sexista. Salvo el supuesto de lactancia natural, no así cuando es artificial, debe partirse de la capacidad abstracta de ambos progenitores para cuidar adecuadamente a su descendencia.	
<i>AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 14 de mayo de 2010</i>	181
Vivienda familiar	181
Realizando el hijo diversos trabajos remunerados que compatibiliza con los estudios se acuerda limitar temporalmente el uso de la vivienda familiar a tres años.	
<i>AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 20 de mayo de 2010</i>	181
Se otorga el uso de la vivienda a favor del padre dado que concedido el uso a la madre y al hijo en el anterior procedimiento no han utilizado la vivienda familiar como alojamiento permanente, y ello resulta probado en lo actuado no sólo por las lecturas de los suministros, sino por su propia declaración en el acto del juicio, cuando fue cuestionada sobre cuál era la razón de por qué a finales del año 2007 la vivienda no contara con el suministro de gas, aduciendo que se enfadó con la compañía y decidió que la diesen de baja en el suministro.	
<i>AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 18 de mayo de 2010</i>	182
Siendo notoria la actual dificultad de venta o alquiler de un inmueble, el Tribunal entiende viable, en defecto de acuerdo distinto entre los ex cónyuges, la estimación de la petición apelatoria subsidiaria, relativa a la asignación del uso de la vivienda en un turno rotatorio, de modo que cada uno de los litigantes la podrá utilizar por sucesivos y alternativos períodos de seis meses, comenzando por la actora-apelante, y ello hasta que se ponga término al régimen de copropiedad existente actualmente.	
<i>AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 11 de mayo de 2010</i>	183
Aunque en la anterior sentencia se contempló la posibilidad de prorrogar los dos años de atribución del uso si se cumplían una serie de condiciones, no procede tal	

ampliación dado que la ex esposa si bien presentó una solicitud de empleo ante el Servei d'Ocupació las condiciones que indicaba para acceder a un empleo eran tan restrictivas que difícilmente podría ofrecérsele uno que fuera aceptable para ella.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 11 de mayo de 2010 185

Aun en el hipotético supuesto de haberse acreditado la convivencia marital de la madre con un tercero en el domicilio familiar, el uso de la vivienda a su favor no quedaría afectado por esta relación sentimental pues la atribución de uso en cierta forma redundaría en interés del menor, sometido a la guarda y custodia de la madre.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 7 de mayo de 2010 187

Pensión alimenticia 188

Que el demandado en una sola ocasión ingresara la suma de 600 €, para atender «guardería y gastos compartidos», no significa un acto propio, en sentido técnico-jurídico de vinculación de futuro.

AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2010 188

Debió la parte haber acudido a un incidente de modificación de medidas nada más tener conocimiento de que el hijo quería marcharse a estudiar a Barcelona a una facultad privada y no pretender introducir tales gastos como extraordinarios.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 20 de mayo de 2010 189

Aunque el hijo lleva cierto retraso en finalizar sus estudios no es por falta de dedicación sino por la necesidad de obtener recursos mediante la prestación de servicios retribuidos para poder cursarlos. No obstante, se acuerda fijar una limitación temporal de tres años para la vigencia de la pensión alimenticia.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 20 de mayo de 2010 190

Se fija una pensión alimenticia de mínimos aunque la progenitora no custodia carezca de ingresos dado que se encuentra en plena edad laboral, no le viene reconocida discapacidad ni minusvalía, ni le afecta enfermedad invalidante, por lo que ha de contribuir a los alimentos de sus hijos, incluso trabajando, derecho deber constitucional que a todo español impone el artículo 35 de nuestra Constitución y que puede ejercer y cumplir si muestra al respecto la adecuada o debida actitud y esfuerzo.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2010 192

Los viajes de estudios de forma unánime vienen siendo considerados como gasto extraordinario por la práctica totalidad de los Juzgados, al tratarse de una actividad escolar, no sólo aconsejable, sino asimismo necesaria toda vez que es realizada por todo el curso y difícil explicación sería el que la menor no la hiciese por diferencias entre los cónyuges.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 6 de mayo de 2010 193

Pensión compensatoria 193

No se fija pensión compensatoria toda vez que ha de tomarse en consideración que producida la separación de hecho en octubre del año 2006, no se ha ejercitado acción en reclamación de pensión compensatoria hasta el 19 de septiembre de 2008,

	Página
esto es, prácticamente 2 años después de la quiebra matrimonial, en los que ha subsistido la recurrente sin aportación económica del esposo, por sus propios medios.	
<i>AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2010</i>	193
Si el actor introduce en el debate la procedencia o no de la pensión compensatoria, la demandada no necesita formular demanda reconvencional.	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 18 de mayo de 2010</i>	197
El mero transcurso del tiempo por sí solo no conlleva, sin más, su extinción, que únicamente operará cuando se acredite la desaparición del desequilibrio económico cuya prueba incumbirá precisamente a la parte que postula la extinción del derecho.	
<i>AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 14 de mayo de 2010</i>	198
Debe suprimirse el límite temporal fijado en la instancia a la pensión compensatoria dado que ambos cónyuges están jubilados, de tal manera que no hay posibilidad o no puede preverse de forma objetiva una mejoría de la situación económica de la esposa que permita fijar a la pensión compensatoria un límite temporal y la duración del matrimonio —38 años— y la dedicación prioritaria de la esposa al cuidado de la familia, impiden considerar que la percepción de una pensión compensatoria durante un determinado plazo permita cumplir la finalidad reequilibradora.	
<i>AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 11 de mayo de 2010</i>	199
Cuestiones procesales	200
Ambos progenitores residen en España, como también residen en este país los hijos menores, quienes ya se encuentran en la compañía del padre, de modo que no se observan obstáculos procesales para dar lugar a la admisión de la demanda y nada obsta para el conocimiento de dicha demanda el hecho de que en su momento se dictara sentencia de divorcio en Ecuador, pues no se pretende otro fin que el cambio de las medidas en materia de responsabilidad parental.	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 28 de mayo de 2010</i>	200
Cuando el demandado ha sido declarado en rebeldía no puede pedir nada por primera vez a través del recurso de apelación.	
<i>AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 20 de mayo de 2010</i>	201
Si se solicita la extinción del uso de la vivienda familiar y se limita temporalmente a tres años la sentencia no incurre en incongruencia dado que se estima parcialmente la pretensión pero se difiere su efectividad de forma temporal.	
<i>AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 20 de mayo de 2010</i>	201
La privación de la patria potestad no puede acordarse en un procedimiento de mutuo acuerdo, procediendo la devolución de los autos al juzgado de Instancia para que los cónyuges propongan una nueva redacción de la cláusula, que como mucho podría limitarse a atribuir el ejercicio de la patria potestad a la madre.	
<i>AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 20 de mayo de 2010</i>	202
Se incurre en excesivo formalismo al no admitir a trámite la demanda por falta de presentación de documentos que acrediten la capacidad económica del actor.	
<i>AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 20 de mayo de 2010</i>	203

	Página
Ejecución de sentencia	204
Se deja sin efecto la ejecución despachada al no probarse que el incumplimiento del régimen de visitas se deba única y exclusivamente a un comportamiento directo y doloso de la madre ya que queda constancia que las visitas chocan abiertamente con los deseos del hijo de quince años de edad.	
<i>AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 27 de mayo de 2010</i>	204
Si en materia de imposición de costas procesales rige el principio objetivo del vencimiento, con mayor razón deberá efectuarse aplicación de este principio en el proceso de ejecución cuando el incumplimiento previo de la resolución judicial ha motivado la presentación de la demanda de ejecución por el ejecutante.	
<i>AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 25 de mayo de 2010</i>	205
Habiéndose pactado en el convenio regulador que «el esposo dona a título gratuito a las hijas del matrimonio su mitad que le corresponde de los bienes gananciales, excepto el garaje y el vehículo, que serán adjudicados al esposo», procede dar cumplimiento al pacto siguiendo los trámites previstos en el artículo 708 de la LEC.	
<i>AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 20 de mayo de 2010</i>	206
Visto lo acaecido en el presente supuesto, mantener a todo trance el régimen de visitas sólo puede acarrear un mayor desencuentro e, incluso, la pérdida total de relaciones, por lo que acuerda la Sala el sometimiento de la familia a terapia familiar sistemática a fin de que los profesionales medien en el conflicto familiar, reanudándose a continuación las visitas de forma progresiva según los informes que emitan los citados profesionales.	
<i>AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 20 de mayo de 2010</i>	207
Interrumpidas las visitas por un período prolongado no pueden reanudarse de forma repentina a voluntad del padre.	
<i>AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 20 de mayo de 2010</i>	208
Se acuerda el levantamiento parcial del embargo realizado al padre sobre la totalidad de sus ingresos por impago de pensiones alimenticias a fin de proporcionar al ejecutado una mínima cantidad monetaria para su subsistencia personal.	
<i>AP Baleares, Sec. 4.ª, Auto de 19 de mayo de 2010</i>	210
Como en la escritura no existe óbice intrínseco alguno que pueda oponerse eficazmente a que sea despachada la ejecución interesada, habida cuenta de que se trata de la primera copia de una escritura y de ella resulta la existencia de una deuda a cargo del ejecutado líquida, vencida y exigible, sin necesidad de otros razonamientos se está en la tesitura de revocar el Auto recurrido, debiendo dictarse por la Sra. Magistrada-Juez del primer grado el correspondiente Auto despachando la ejecución.	
<i>AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 18 de mayo de 2010</i>	211
Procede seguir adelante la ejecución para dar cumplimiento a la cláusula octava del convenio en la que se le adjudicó la vivienda a la esposa con la obligación de asumir la carga hipotecaria que pesaba sobre dicho inmueble, lo que implicaba, obviamente, la formal subrogación en las deudas y obligaciones de la hipoteca con el Banco de Bilbao, conllevando ello la necesidad de realizar formalmente la	

	Página
subrogación con la entidad bancaria, en lo que se refiere a la titularidad de las obligaciones desde ese momento asumidas única y exclusivamente por aquélla.	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 7 de mayo de 2010</i>	212
Aunque la vivienda familiar pertenece a ambos cónyuges, al no haberse atribuido el uso a ninguno de ellos, a instancia del ex esposo se despacha ejecución y se acuerda el lanzamiento de la ex esposa que venía ocupándola en exclusiva.	
<i>AP Málaga, Sec. 6.ª, Auto de 22 de abril de 2010</i>	213
Teniendo nacionalidad americana el ejecutado y su domicilio en aquel país se acuerda el archivo de la demanda de ejecución instada por la ex esposa al carecer el juzgado de competencia para adoptar medidas de carácter ejecutivo fuera del territorio español.	
<i>AP Málaga, Sec. 6.ª, Auto de 9 de marzo de 2010</i>	215
Si bien es cierto, que en virtud del auto dictado en su día, se fijó «a cargo del esposo D. Joaquín en concepto de contribución a las cargas del matrimonio la obligación de pago del 20% de sus ingresos mensuales», también lo es, que no podemos confundir dichos ingresos con los obtenidos de la explotación ganadera familiar de la que ambas partes hoy litigantes son copropietarios.	
<i>AP Sevilla, Sec. 2.ª, Auto de 25 de febrero de 2010</i>	216
Regímenes económicos	217
Crédito de la sociedad de gananciales contra el esposo por el pago de las pensiones alimenticias de una hija extramatrimonial.	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 26 de mayo de 2010</i>	217
Para el cálculo del porcentaje de la vivienda que pertenece a la sociedad de gananciales sólo puede computarse el importe del capital abonado constante dicha sociedad excluyendo los intereses.	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 21 de mayo de 2010</i>	217
No pueden retrotraerse los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales a la fecha de presentación de la demanda ya que aunque se trata de una posibilidad que se contempla en la Ley de Régimen Económico Matrimonial Aragonesa, no hubo petición expresa por la parte actora.	
<i>AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2010</i>	219
Los Juzgados de Violencia en ningún caso son competentes para conocer de los procedimientos de liquidación de la sociedad conyugal, al no haberle sido expresamente atribuido por el artículo 87 ter 2 de la LOPJ, y ello con independencia de haber conocido previamente del procedimiento matrimonial del que dimana dicha liquidación.	
<i>AP Asturias, Sec. 4.ª, Auto de 17 de mayo de 2010</i>	220
No puede incluirse en el pasivo la deuda de la tarjeta de crédito dado que no existe prueba alguna de que las operaciones realizadas con cargo a dicha tarjeta por el ex esposo lo hayan sido en beneficio e interés de la sociedad legal de gananciales, constando que actualmente dicha tarjeta ya se encuentra cancelada.	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 14 de mayo de 2010</i>	221

Se revoca la sentencia de instancia que acordó la venta de la vivienda ganancial y el reparto del precio entre ambos cónyuges dado que deben seguirse los trámites previstos en la LEC debiendo tenerse en cuenta lo indicado en el artículo 1405 del CC en relación con las deudas entre cónyuges.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 13 de mayo de 2010 222

Para calcular el porcentaje del *pro indiviso* deberán tenerse en cuenta únicamente los pagos del préstamo hipotecario abonados constante la sociedad de gananciales, no pudiendo en ningún caso incluirse los pagos posteriores a la disolución de la sociedad.

AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Sentencia de 29 de abril de 2010 223

De la documentación aportada se evidencia que la controversia cruzada no puede resolverse con base en un posible enriquecimiento injusto pues poniéndose de manifiesto unas intrincadas relaciones económicas que propiciaron la formación de una masa común, aun en régimen de separación de bienes, las pretensiones de ambas partes deben ser decididas en una ordenada liquidación por el procedimiento *ad hoc* diseñado en los artículos 806 y ss. de la LEC para que en su seno puedan dilucidarse acabadamente las controversias existentes entre los litigantes.

AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 14 de abril de 2010 224

Procedimientos de menores 226

Reconocida inicialmente la idoneidad de la actora para la adopción internacional, tras el rechazo de dos preasignaciones que encajaban totalmente con el ofrecimiento realizado se le retira tal idoneidad al producirse el rechazo total a las características básicas del menor en su aspecto racial, por lo que a la primera de las candidatas respecta y buscando una certeza de salud en la segunda, imposible de garantizar en la adopción internacional.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2010 226

Los Juzgados de Familia no son competentes para tramitar la demanda en la que un menor pide que la DGAIA declare que es un menor en situación de desamparo, que asuma su tutela y realice los trámites para obtener la residencia en este país, dado que corresponde conocer de ella a los órganos de la jurisdicción contenciosa-administrativa.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 13 de mayo de 2010 229

Se confirma la declaración de desamparo ya que la madre no ha conseguido aprender a anteponer el beneficio de sus hijos frente a su inestabilidad emocional, no ha sabido preservarlos de posibles situaciones de riesgo y aun a pesar de la vinculación afectiva y de la voluntad que haya podido mostrar al tratar de superar sus dificultades, la realidad se impone de una manera evidente.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 11 de mayo de 2010 229

Filiación 231

Aun aceptando que no necesariamente debe presentarse este principio de prueba en un escrito aparte, sí son necesarias referencias concretas en la demanda a medios

	Página
de prueba a practicar que contribuyan a conferir al sustento fáctico de la petición credibilidad y verosimilitud, aunque luego no prospere la demanda.	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 9 de abril de 2010</i>	231
Uniones de hecho	232
El presente proceso tiene por objeto la declaración de existencia de una pareja de hecho y el que uno de ellos tiene derechos sucesorios respecto del otro ante su fallecimiento; dicha materia no puede considerarse incluida en el ámbito del Derecho de Familia.	
<i>AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 20 de mayo de 2010</i>	232
Queda fuera del objeto del procedimiento de fijación de medidas paterno filiales la cuestión relativa al pago de la hipoteca constituida sobre la vivienda familiar.	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 13 de abril de 2010</i>	233
Sucesiones	234
Los depósitos bancarios eran de la exclusiva propiedad de la causante y no existió donación u otro acto jurídico eficaz transmitiendo la propiedad de los mismos a favor de su sobrina por los cuidados que le dispensaba, por lo que no puede sostenerse la existencia real y verdadera de un contrato de vitalicio para amparar la extracción de los fondos y su apropiación por parte de la demandada. La inexistencia del contrato conlleva la obligación de restituir a la masa hereditaria la cantidad distraída por la demandada al ser de la exclusiva propiedad de la causante.	
<i>AP Baleares, Sec. 3.ª, Sentencia de 9 de marzo de 2010</i>	234
Otras cuestiones	236
Se concede autorización en favor de la tutora para plantear la acción de impugnación del testamento otorgado por la incapacitada.	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 28 de mayo de 2010</i>	236
No aprecia la Sala desequilibrio patrimonial alguno que pueda servir de base o fundamento a la compensación económica del artículo 41 del CF. No ha habido durante el matrimonio un incremento patrimonial del esposo al que haya podido contribuir la esposa con su trabajo o con su dedicación a la familia, no cabe hablar en consecuencia de ningún enriquecimiento.	
<i>AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 11 de mayo de 2010</i>	238
JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA	239
Uniones de hecho	239
El perro lo adquirieron constante la convivencia y se considera un bien común, por lo que hasta tanto tenga lugar la división de la cosa común se acuerda que permanezca cada seis meses con cada uno de los integrantes de la pareja.	
<i>Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Badajoz, Sentencia de 7 de octubre de 2010</i> ..	239

	Página
Guarda y custodia	242
Cambio de custodia a favor del padre dado que la menor, en sus siete años de vida, ha tenido seis cambios de domicilio, sin que además haya resultado probado que obedecieran a motivos laborales de la madre.	
<i>Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Sevilla, Sentencia de 1 de septiembre de 2010</i>	242
Régimen de visitas	246
Se fija un régimen de visitas a favor del compañero sentimental de la madre consistente en fines de semana alternos —idéntico al de la hija común— y quince días en el período vacacional de verano.	
<i>Juzgado de 1.ª Instancia n.º 6 de Málaga, Sentencia de 10 de junio de 2010.....</i>	246

RESOLUCIONES DE LA DGRN

Incapacidad	251
Existe conflicto de intereses y por tanto debe nombrársele un defensor judicial al incapaz cuando se pretende la elevación a público de un contrato privado de compraventa en el que aparece como vendedor y a su vez comprador el tutor del incapaz.	
<i>DGRN Resolución de 2 de junio de 2010</i>	251
Uniones de hecho	253
Se deniega la inscripción de la cláusula del convenio regulador de una pareja de hecho en la que los convivientes pactan la liquidación del condominio existente respecto a la vivienda familiar al ser necesario el otorgamiento de la correspondiente escritura pública.	
<i>DGRN Resolución de 16 de junio de 2010</i>	253

SECCIÓN PRÁCTICA

LA RELACIÓN ENTRE LOS PROGENITORES A EFECTOS DE ACORDAR LA CUSTODIA COMPARTIDA	259
CASOS PRÁCTICOS	261

DERECHO COMPARADO

LEGÍTIMA Y DISCAPACIDAD: UNA RELECTURA DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS <i>EX LEGE</i> PARA EL BENEFICIO DE LA ESPECIAL PROTECCIÓN O CUALIDAD DE LEGITIMARIO ASISTENCIAL.	
<i>Leonardo B. Pérez Gallardo</i>	269

TRIBUNA ABIERTA

PATRIA POTESTAD Y ENFERMEDADES PSÍQUICAS: PROBLEMÁTICA JURÍDICA.

Aurelia María Romero Coloma 297

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

DATOS DE INTERÉS 307

AVANCES JURISPRUDENCIALES

Separación, divorcio y nulidad matrimonial	313
Patria potestad.....	313
Guarda y custodia	313
Régimen de visitas.....	315
Vivienda y ajuar familiar	316
Pensión alimenticia.....	317
Pensión compensatoria	318
Cuestiones procesales	320
Ejecución de sentencias.....	320
Regímenes económicos matrimoniales	322
Procedimientos de menores	324
Filiación	324
Uniones de hecho	325
Sucesiones	326
Cuestiones penales.....	326
Otras cuestiones.....	327

Revista de

Derecho de Familia

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES. ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES Y SUSTANTIVAS

JUAN JOSÉ REYES GALLUR

Abogado

RESUMEN

«Tras diez años de vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y de sus reformas, este estudio trata de analizar y actualizar los aspectos sustantivos de la liquidación de gananciales tanto desde una perspectiva procesal y contenciosa, como desde su liquidación consensual, y en ambas situaciones sin perder de vista los aspectos fiscales muchas veces no considerados suficientemente.

En este estudio hemos de insistir en la necesidad de conocer cuál es la ley personal aplicable, y sobre todo el momento en que ha de considerarse que la sociedad de gananciales se ha extinguido, ante la diversidad de criterios existentes y la importancia que ello puede tener a la hora de la existencia o inexistencia de bienes y derechos a considerar privativos o gananciales.

Con referencia a los aspectos procesales quiero insistir, y de ahí la facilitación de unos esquemas, en los distintos e importantes momentos procesales tanto en la fase de inventario como de liquidación».

Palabras Clave: Disolución. Ley aplicable. Liquidación consensual y contenciosa. Aspectos fiscales. Adición de bienes.

ABSTRACT

«After ten years of validity of the Civil Procedure Law, and of its amendments, this study is about to analyze and to update the main aspects of the settlement of the joint property from a procedural and contentious perspective, and from its consensual settlement, and in both situations without losing sight of the fiscal aspects many times not being considered sufficiently.

In this study we must insist on the necessity of knowing which is the personal applicable law, and above all when we must consider that the community property has been extinguished, in view of the diversity of existent approaches and the importance that this can have it when the existence or inexistence of possessions and rights to be considered as privative or shared ones.

In reference to the procedural aspects I would like to insist, and that is the reason of including some outlines, on the different and important procedural moments both in the preliminary inventory and in the liquidating phases».

Key Words: Dissolution. Applicable Law. Consensual and contentious settlement. Fiscal aspects. Addition of property.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EFECTOS DEL MATRIMONIO. LEY APLICABLE.
- III. LIQUIDACIÓN CONSENSUAL DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.
 1. Otorgando capitulaciones matrimoniales ante notario.
 2. Incluyendo la liquidación en el convenio regulador de la separación o el divorcio.
 3. Presentando un convenio de liquidación después de dictada la sentencia de separación o divorcio.

4. Liquidación efectuada en un convenio no ratificado o realizado privadamente entre las partes.

A) Aspectos fiscales.

- a) Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
- b) Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

B) Los peligros de los excesos de adjudicación sin un tratamiento fiscal adecuado.

- a) Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos.

C) Consideraciones prácticas.

IV. MOMENTO EN VIRTUD DEL CUAL HA DE ENTENDERSE DISUELTA LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

1. Desde el dictado del auto de medidas.

2. Desde la fecha de la admisión de la demanda de separación o de divorcio.

3. Desde la fecha en que las partes acordaron la separación de hecho.

4. Desde la fecha del inventario efectuado en el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales.

V. ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LA LIQUIDACIÓN CONTENCIOSA.

1. Fase de inventario.

2. Partes que han de concurrir.

3. Incomparecencia injustificada de uno de los cónyuges.

4. Normas de administración y disposición.

5. Controversia de los cónyuges: vista con arreglo al juicio verbal.

6. Fase de liquidación del régimen económico matrimonial.

7. Adición de bienes.

I. INTRODUCCIÓN

Con la llegada de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, se esperaba que se solucionasen todos los problemas procesales que planteaba la liquidación de la sociedad de gananciales, sin embargo, tras diez años de vigencia, seguimos casi donde estábamos, salvo tímidos pasos de alguna Audiencia Provincial.

Haciendo un breve resumen histórico, recordemos que hasta el año 2000 no existían normas que regularan procesalmente esta materia.

Únicamente el Código Civil nos remitía a las normas de la herencia en todo lo no previsto en ese cuerpo legal (artículo 1410 CC), es decir, hacía una remisión a las normas de los artículos 1594 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

Sin embargo, y a pesar de las críticas mostradas a los diferentes proyectos y anteproyectos, el legislador haciendo caso omiso a los letrados especializados en esta materia, ha regulado un proceso especial incompleto, en cuanto que, si bien da una regulación especial y específica de la materia, sigue remitiendo a las normas de la herencia, manteniendo un proceso largo, costoso y que, como veremos, puede llegar a durar muchos años.

Complicándolo aún más con la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, como más adelante veremos.

El legislador sigue olvidando que cuando unos cónyuges comienzan a separarse, ya no desean mantener nada en común, y a pesar de ello los mantiene unidos hasta que la sentencia que se dicte sea firme (artículo 1392 CC).

Lo deseable hubiera sido establecer una disolución del régimen económico matrimonial desde la fecha de presentación de la demanda o, mejor dicho, desde el auto de admisión de la demanda, o desde el auto de medidas previas, pues no podemos olvidar que con carácter previo a la disolución de la sociedad de gananciales, en aquellos supuestos en que ésta se produce como consecuencia del proceso matrimonial, se producen ciertas alteraciones que afectan la esfera patrimonial, sin que ello suponga una disolución del régimen, que hubiera sido lo deseable, sino tan sólo una modificación consecuencia de la admisión a trámite de la demanda de separación, nulidad o divorcio. Veremos más adelante que incluso en este punto la jurisprudencia no es unánime, entre otras cosas porque la ley es la que es y su interpretación deja poco margen de maniobra.

Conforme a lo establecido en el artículo 102 del Código Civil, admitida a trámite la demanda de separación, nulidad o divorcio, se produce con carácter automático la revocación de consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiese conferido al otro, pudiendo además solicitarse la anotación de la demanda ante el registro de la propiedad o mercantil, pero no acuerda la disolución del régimen matrimonial. Lo cual implica que

- 1.º Cualquier actuación que a partir de tal momento realice un cónyuge, será determinante de responsabilidad exclusiva por su parte, sin que pueda comprometer el patrimonio ganancial o el privativo del otro cónyuge.
- 2.º Igualmente cesa la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

En tal sentido, frente al régimen de responsabilidad previsto en el artículo 1319 CC, dejan de vincularse los bienes propios del cónyuge no actuante, cuando el otro actúa en el ejercicio de la potestad doméstica. Lo que implica una limitación de la responsabilidad no sólo entre los cónyuges, sino frente a los terceros que venían amparados por la extensión de responsabilidad prevista en la citada norma. Siendo ello lógica consecuencia del cese de poderes y consentimientos mutuos atribuidos entre cónyuges.

Es decir, dejan de aplicarse todos los preceptos que prevén como posible la gestión exclusiva de uno de los cónyuges sobre la base de la autorización legal o convencional para ello. Preceptos tales como el artículo 1381 CC, el artículo 1384 CC, el artículo 1385 CC, el artículo 1386 CC o el artículo 1389 CC en el ámbito de la potestad doméstica. ¿Por qué no haber dado un paso más y acordar la disolución del régimen económico?

Por su parte, el artículo 103 del Código Civil, en sus apartados 3.º a 5.º, prevé la adopción judicial de una serie de medidas a falta de acuerdo de ambos cónyuges, aprobado judicialmente, que, igualmente, pueden suponer una alteración en el normal funcionamiento del régimen de gananciales aunque éste aún no se haya disuelto.

El apartado tercero del citado precepto, relativo a la fijación del sistema de contribución de cada cónyuge al levantamiento de las cargas familiares, establece las bases para su actualización y dispone las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes a fin de asegurar la efectividad que por estos conceptos un cónyuge deba abonar al otro.

Esta medida puede suponer una alteración en el normal funcionamiento de la sociedad de gananciales. De esta forma, si conforme a lo dispuesto en el artículo 1362 CC son de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen en el sostenimiento de la familia, puede el juzgador alterarlo, estableciendo, por ejemplo, que uno de los cónyuges abonará la hipoteca o un determinado préstamo sin derecho a reembolso.

Igualmente supone una alteración del régimen de gananciales lo establecido en la medida cuarta del artículo 103 del Código Civil respecto al reparto de bienes gananciales entre los cónyuges y establecimiento de un sistema de administración y disposición de éstos, y obligación de rendir cuentas sobre los bienes comunes que se reciban o los que se adquieran en el futuro, régimen que altera y sustituye el previsto por los artículos 1375 y siguientes CC.

La iniciación del procedimiento de separación, nulidad o divorcio no entraña una modificación sustancial del sistema de la economía conyugal, que sigue subsistiendo, aunque la Ley considera necesarias algunas medidas que compatibilicen la pervivencia del régimen matrimonial previo con la nueva situación que se instaura porque no pueden seguir rigiendo las mismas normas generales de la vida en común.

Tal alteración, que supone la entrega o reparto entre los cónyuges de los bienes gananciales, con la correspondiente atribución de poderes de administración, no implica ni mucho menos un reparto anticipado de remanente o una distribución de los bienes con carácter liquidatorio. Ni tan siquiera tal atribución, por el hecho de practicarse en este momento, atribuye derechos adquiridos a los cónyuges para un futuro reparto de bienes y derechos con carácter preferente.

El artículo 103, apartado 4.º, del Código Civil tan sólo establece, suponiendo que los cónyuges dejaran de convivir conjuntamente, un reparto provisional de bienes y derechos gananciales, y consiguiente atribución de poderes de gestión sobre ellos, que en modo alguno puede tener carácter liquidatorio definitivo, con lo que ello implicaría de perjuicio y vulneración de los artículos 1399 y siguientes CC.

Hubiera sido de desear que el legislador hubiera incluido como una nueva causa de disolución de la sociedad de gananciales del artículo 1392 CC el que se hubiera admitido a trámite la demanda de nulidad, separación o divorcio.

No obstante, hemos de mostrar una cierta alegría desde el momento en que ahora ya tenemos una serie de normas procesales que vienen, de algún modo, a paliar el vacío legislativo y el caos que teníamos.

Es necesario elogiar el acierto del legislador al contemplar el vacío que existía anteriormente con la aplicación del artículo 1373 CC, regulando ahora en el artículo 541 LEC cómo proceder en caso de embargo de bienes gananciales, así como alegrarnos que ya no habrá dudas sobre qué juzgado es competente, si existe o no incidente de inclusión de bienes, cuál es el juicio declarativo, quién ejecuta, etc.

Entremos por tanto a analizar los aspectos sustantivos y procesales de la nueva regulación.

II. EFECTOS DEL MATRIMONIO. LEY APLICABLE

Analizaremos la liquidación de gananciales contenciosa y la consensual, pero, para ello, antes hemos de saber qué ley hemos de aplicar⁽¹⁾ tanto al matrimonio, a su régimen matrimonial, a sus efectos o a la crisis matrimonial y hemos de acudir al artículo 9.2 del Código Civil modificado por LO 11/2003, de 29 de septiembre, no obstante el artículo 9.3 del Código Civil fija, en los casos internacionales, la ley aplicable a los «pactos y capitulaciones matrimoniales», si los hubiere, y que podemos denominar como regla particular.

En consecuencia tenemos que los efectos del matrimonio se regirán:

a) **Por la ley nacional común de los cónyuges al tiempo de contraerlo.**

Para los supuestos de apátridas, habremos de acudir al artículo 9.10 del Código Civil y al artículo 12.1 de la Convención sobre el estatuto de los apátridas hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954, es decir, a la ley que corresponda al lugar de su residencia habitual o domicilio.

b) En su defecto, **por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio.**

Como vemos las partes pueden someterse antes del matrimonio, con los requisitos del documento auténtico que cumpla con lo previsto en el artículo 11 del Código Civil, no a cualquier ley, sino a las previstas en el citado artículo: personal de ambos o de su residencia habitual.

c) A falta de tal elección, **por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración.**

El concepto de residencia habitual se corresponde al del lugar que constituye el centro de la vida de la familia, con independencia de que los cónyuges estén domiciliados o empadronados en dicho Estado o en otro.

Igualmente el término *inmediatamente posterior* ha ocasionado más de un problema de interpretación, no baladí, así la Sentencia de la Audiencia Provincial de

(1) Y si bien se puede entender la expuesta como una cuestión incidental del procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial, en caso de que se suscite controversia sobre esta cuestión, no podrá seguirse con la liquidación iniciada en tanto no sea resuelta esta discrepancia, por participar de la naturaleza de cuestión prejudicial civil (artículo 43 LEC y AAP de Valencia, Secc. 10.ª, de 2 de junio de 2002).

Málaga de fecha 7 de febrero de 1994 estableció e interpretó este criterio mediante la utilización del reenvío.

Y a falta de tal residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio.

- d) La nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107 del Código Civil.

Como podemos observar el artículo 9.2 del Código Civil contiene unos puntos de conexión estructurados en cascada y excluyentes.

Pero además de la regla anterior, hemos de tener presente cuál es la ley aplicable al fondo de los pactos y capitulaciones matrimoniales y para ello hemos de acudir al artículo 9.3 del Código Civil que establece que

«Los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes **bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento**».

Como vemos el legislador ha utilizado un concepto muy amplio de forma que dentro de los «pactos» y «capitulaciones» podremos incluir:

1. Capitulaciones matrimoniales en el sentido del artículo 1325 del Código Civil.
2. Cualquier otro pacto o negocio por el que los cónyuges estipulen, modifiquen, sustituyan o extingan el régimen económico.

Dentro de esa amplitud de documentos la SAP de Barcelona de 13 de junio de 1989 estimó que un contrato de compraventa entre españoles y el esposo alemán afectaba al régimen matrimonial.

Esta regla atiende por tanto exclusivamente al régimen matrimonial pactado, único sector que quedaba excluido del artículo 9.2 del Código Civil, donde se incluían el resto de los regímenes económicos matrimoniales.

Pero el problema es que existe un vacío normativo y toda una serie de doctrina jurisprudencial contradictoria que no nos indica dónde y cuándo ha de determinarse el régimen económico aplicable al fondo del asunto.

En los artículos 806 y siguientes del Código Civil nada se indica respecto a esta cuestión. En principio parece que lo procedente será la suspensión del curso del procedimiento remitiendo a las partes al procedimiento declarativo para que se determine el régimen económico matrimonial⁽²⁾.

No obstante, también podría valorarse la posibilidad de acudir a lo establecido en los artículos 387 y siguientes LEC, ya que en puridad nos encontramos ante una cuestión inciden-

(2) «Habiendo surgido discrepancias en la comparecencia de formación de inventario en torno a cuál es el régimen económico del matrimonio, procede suspender el procedimiento, reservando a las partes el derecho a determinar el régimen económico matrimonial aplicable en el procedimiento declarativo ordinario que corresponda por su cuantía» (AP de Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 2 de junio de 2002. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Esparza Olcina).

tal de especial pronunciamiento que exige que el tribunal decida sobre ella separadamente en la sentencia antes de entrar a resolver sobre lo que sea objeto principal del pleito⁽³⁾. Aunque no es obligada la suspensión del curso del procedimiento de liquidación, parece de sentido común que si estamos discutiendo el tipo de régimen, lo más acertado sea dejarlo en suspenso hasta que se resuelva definitivamente el régimen económico aplicable al matrimonio.

Otra opción la encontramos en la posibilidad de plantear en el propio proceso de divorcio cuál es el régimen económico aplicable, pero ya algunas sentencias nos indican que no es objeto del proceso de divorcio la determinación del régimen económico.

En definitiva, seguimos con el vacío legal, y alargando aun más el proceso judicial.

III. LIQUIDACIÓN CONSENSUAL DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Una vez que los cónyuges deciden poner fin a su relación, el paso siguiente debe ser repartirse los bienes que adquirieron en común durante el tiempo de convivencia y resolver qué pasa con las deudas que existan hasta ese momento. Si existe acuerdo entre las partes, ese reparto no presentará demasiados problemas y podremos realizarlo acudiendo a alguna de las siguientes modalidades:

1. Otorgando escritura notarial de liquidación.
2. Incluyendo la liquidación en el convenio regulador de su separación o divorcio.
3. Acudiendo al proceso judicial. Con matizaciones.

1. Otorgando capitulaciones matrimoniales ante notario

Los cónyuges pueden en virtud de escritura pública proceder al otorgamiento de capitulaciones matrimoniales y alterar cuantas veces quieran el régimen matrimonial, y para su validez éstas han de constar en escritura pública, precisamente para su oponibilidad en el tráfico jurídico, e inscribirse en el Registro civil, como un requisito de garantía y no de eficacia, tal y como lo pone de manifiesto la SAP de Cádiz de 2 de noviembre de 1999 recogiendo doctrina del STS, Sala 1.ª, de 6 de diciembre de 1989.

La modificación del régimen económico matrimonial sólo afectará a terceros desde la fecha de su inscripción registral, por lo que su eficacia y disponibilidad está en función de la inscripción en el Registro civil que no altera el régimen de publicidad registral inmobiliaria con las garantías que a terceros ofrece éste, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 1333 del Código Civil respecto a inmuebles concretos y determinados que resultasen afectados por las capitulaciones matrimoniales y en cuanto a la toma de razón en el Registro de la propiedad.

(3) «Que la determinación del régimen económico matrimonial no sea un objeto propio del litigio de divorcio es cuestión que puede discutirse, pero en todo caso ello no parece pueda impedir que se efectúe esa declaración en orden a facilitar la liquidación del régimen económico matrimonial, respecto del cual la sentencia firme produce la disolución, según dispone el artículo 95 del CC» (AP de Tarragona, Sec. 1.ª, Sentencia de 18 de julio de 2007. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Carril Pan).

La escritura de liquidación deberá detallar por separado cada uno de los bienes que integran el activo y el pasivo de la sociedad de gananciales, así como los créditos que pudieran existir en ese momento entre los cónyuges, todo ello con la debida separación y acreditación, así como la cuantificación de cada una de las partidas.

Con ello podremos determinar el patrimonio neto, y de ahí determinar la cuota que le corresponde a cada cónyuge.

Una vez calculada la cuota ganancial es cuando procederemos a adjudicar a cada cónyuge los bienes tanto del activo como del pasivo, y compensar en su caso los excesos o defectos de adjudicación, los cuales los trataré más adelante, precisamente por las implicaciones fiscales que ello conlleva.

Del mismo modo, más adelante trataremos cómo y cuándo han de valorarse los bienes.

Una vez efectuados y descritos con todo detalle los bienes, la escritura, previo pago al notario y letrado, en su caso, se expedirán tres copias, una para cada parte y otra para el Registro civil.

A continuación habremos de pasar por la Junta de Andalucía, y si lo hacemos bien, libre de costes fiscales, y de ahí si hay bienes inmuebles habrán de ser inscritos en el Registro de la propiedad.

Pero no todo es así, en algunas ocasiones nos encontramos con que los cónyuges acuerdan simplemente otorgar unas capitulaciones extinguiendo el régimen de gananciales y transformándolo por el de separación de bienes, o más raramente por el de participación, **y ello sin liquidar de forma efectiva la sociedad conyugal, algo que permite la ley.**

Ante esa situación, nos queda vedado, salvo fraude de ley, acudir al proceso de liquidación de la sociedad conyugal de los artículos 806 y siguientes del Código Civil.

2. Incluyendo la liquidación en el convenio regulador de la separación o el divorcio

- El convenio será el título de propiedad, por lo que deberá redactarse con pulcritud y en aras de evitar problemas de inscripción y de futuro.
- No basta por ello con una indicación o mera referencia de los bienes, sino que es necesaria una descripción pormenorizada de cada uno de ellos, ya que teniendo en cuenta que la liquidación tendrá acceso al Registro de la Propiedad, habrá que evitar que el Registrador ponga obstáculos a la inscripción por faltar algún dato, lo que nos obligará a otorgar una escritura de aclaración o subsanación o a presentar algún escrito al juzgado (por ejemplo, descripción inmuebles: datos registrales).
- Una vez que se dicte sentencia, deberemos solicitar al juzgado la expedición de un testimonio de ésta y del convenio con expresión de su firmeza, que será título suficiente para su inscripción en los Registros Públicos.
- Especial consideración hemos de hacer a aquellos convenios que liquidan la sociedad de gananciales y mantienen en proindiviso uno o varios de los bienes, normalmente la vivienda conyugal, para proceder a la venta y su reparto. En este punto, y por acuerdo de jueces de familia (como nos indica el profesor SERRA, «tomando café y saltándose

la ley»), han decidido no aprobar dichas cláusulas⁽⁴⁾. Si bien no compartimos el criterio legal, sí que comparto que en muchos casos este tipo de pactos provoca una gran litigiosidad, ejecuciones interminables y un elevado coste a los clientes.

3. Presentando un convenio de liquidación después de dictada la sentencia de separación o divorcio

El artículo 806 LEC nos indica: «... en **defecto de acuerdo entre los cónyuges**...», es decir, claramente parece excluir la posibilidad de un acuerdo previo al inicio del proceso judicial. Esta posibilidad no es baladí, dado que de querer hacer los cónyuges una liquidación pactada no les quedaría otro remedio que acudir al Notario.

En este punto existen juzgados que directamente inadmiten la solicitud de liquidación pactada *ab initio* al entender que el proceso judicial previsto en los artículos 806 y siguientes sólo es viable en caso de contienda judicial, «en defecto de acuerdo», requisito ineludible para admitir la incoación de este proceso.

En la práctica, lo que hacemos es presentar la solicitud de liquidación y en la comparecencia de inventario es donde se aporta el convenio, que se ratifica por el juzgado, y con el testimonio judicial se inscriben los bienes. Lo que no deja de ser un fraude de ley.

4. Liquidación efectuada en un convenio no ratificado o realizado privadamente entre las partes

La única cuestión que puede presentar alguna duda es aquella que surge cuando los cónyuges liquidan la sociedad de gananciales en un documento privado que luego, por diversos motivos, no obtiene la homologación judicial (falta de ratificación, desestimación de la demanda de divorcio, etc.) ¿Qué validez y eficacia tiene esta liquidación?

En principio podría pensarse que el documento privado de liquidación de la sociedad de gananciales no tiene ninguna eficacia, puesto que el artículo 1327 CC señala que «para su validez, las capitulaciones habrán de constar en escritura pública». Sin embargo, la jurisprudencia del TS es clara en este sentido:

«La exigencia de escritura pública, con carácter constitutivo o *ad solemnitatem* del artículo 1327 del CC, se refiere exclusivamente a las capitulaciones matrimoniales, pero carecen de dicha naturaleza las operaciones liquidatorias o particionales de una sociedad conyugal

(4) AP de Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 27 de mayo de 2008. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ángel Chamorro Valdés. No se aprueban las cláusulas del convenio regulador relativas a la liquidación de la sociedad de gananciales dado que la liquidación del acervo común no consiste en vender los bienes que lo integran a terceros y repartir el precio obtenido. Por otra parte, hay que resaltar la posible gran dilación temporal de las operaciones previstas en las cláusulas que no han sido aprobadas y la dificultad que podrían acarrear de instarse la ejecución judicial.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 25 de enero de 2008. Ponente: Excmo. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías: «Nulidad del pacto contenido en el convenio regulador en virtud del cual los cónyuges, sin limitación de tiempo, se obligaban a no disponer de unos inmuebles, que estaban destinados a ser donados a los hijos, habida cuenta que estamos ante una mera promesa de donación y que la indivisión sin límite temporal vulnera lo establecido en el artículo 400 del CC».

ya disuelta, a las que no es aplicable, para su validez, la exigencia de escritura pública con el expresado carácter constitutivo» (entre otras, SSTS de 4 de diciembre de 1985, 7 de noviembre de 1990 y 4 de febrero de 1995).

Recientemente el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 19 de diciembre de 1997, ha vuelto a pronunciarse en el mismo sentido señalando que

«El documento privado en el que los cónyuges establecían la separación de hecho y pactaban unas adjudicaciones de bienes, tiene plena eficacia ya que “en dicho pacto existen compromisos con todos los requisitos propios para obligarse por parte de los interesados (...) se hace constar expresamente con carácter constitutivo, que se adjudica a la esposa la vivienda”.

Dicha estipulación es válida y eficaz como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes, pues no hay obstáculo a su validez en esa significación, en que ha concurrido el consentimiento, el objeto y la causa, y sin que contenga ningún motivo de invalidez, como no lo hay tampoco para su ineficacia».

También hay que comentar que algunas resoluciones judiciales no le han dado validez al convenio privado de separación de hecho y liquidación de la sociedad de gananciales en base a que le faltaba la correspondiente homologación judicial. Tampoco éste es un obstáculo para su validez y así lo ha entendido la STS de 27 de enero de 1998 (Ponente: Almagro Nosete):

«No hay obstáculo a la validez de un convenio regulador no presentado ni aprobado judicialmente en el proceso de separación, puesto que como negocio jurídico concurrió el consentimiento, el objeto y la causa. La falta de aprobación judicial únicamente le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero esta circunstancia no le hace perder su eficacia como negocio jurídico».

Más clara es la DGR y N cuando en su Resolución de 10 de noviembre de 1995 señala lo siguiente:

«La aprobación judicial no se ha de predicar respecto de todos los acuerdos recogidos en el convenio regulador, sino exclusivamente, de los que afectan a los hijos o de aquellos que de modo expreso quedan sustraídos a la autonomía de la voluntad, como el eventual derecho a alimentos».

Más recientemente aún, la Audiencia Provincial de Córdoba, Sec. 2.^a, en Sentencia de 10 de diciembre de 2007, otorga plena validez del documento privado suscrito por los cónyuges liquidando la sociedad de gananciales aun cuando éste no se ratificase a presencia judicial, debiendo en consecuencia darse por finalizado el procedimiento de liquidación iniciado a instancia del esposo.

En conclusión, el pacto privado de liquidación de la sociedad de gananciales tiene plenos efectos entre las partes, ahora bien, si en éste se incluyen bienes inmuebles, es evidente que para que aquélla pueda tener efectos frente a terceros, será necesario su inscripción en el Registro de la Propiedad y, en este caso, sí será necesaria la escritura pública al exigir la

Ley Hipotecaria y su reglamento, como requisito ineludible para la inscripción, que conste en documento público el título de adquisición, transmisión, modificación o extinción de cualquier derecho real. Para obtener ese documento público que permita la inscripción no nos queda más remedio que requerir al otro cónyuge para que otorgue dicha escritura y, si se niega, acudir al procedimiento declarativo que corresponda por su cuantía con el objeto de que se declare auténtico el documento privado y se compela al demandado a elevarlo a escritura pública o en su defecto sea otorgada por el Juez.

A) Aspectos fiscales

Si una liquidación de gananciales es complicada de por sí, no podemos perder de vista que ésta puede tener un coste fiscal o intentar que tenga coste cero, de ahí la importancia de conocer la fiscalidad de las operaciones y adjudicaciones que realizamos.

Es ésta una cuestión que tiene incidencia, fundamentalmente, en dos impuestos, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) y en el Impuesto de Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados (ITP y AJD),

Además me referiré puntualmente al Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos.

a) Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

El principio básico (norma existente desde 1978 y que no ha tenido novedades en ninguna de las reformas posteriores) es: **neutralidad y diferimiento** del impuesto. Neutralidad que significa que la norma fiscal no afecta la operación en cuestión, esto es, que no debe pagarse tributo alguno por la realización de esa operación, y diferimiento que significa que la carga fiscal que no se ha pagado surgirá o aparecerá de nuevo en el momento de una venta posterior. Esto último implica que el cónyuge adjudicatario se lleva la carga fiscal latente del bien adjudicado.

En definitiva, la regulación en IRPF es que no existe transmisión a efectos fiscales en el IRPF, lo que implica, por tanto, que estamos ante una norma de **no sujeción**.

Tales principios se articulan técnicamente en el artículo 33.2.b) de la Ley 35/2006 del IRPF, que establece:

- No existe incremento ni disminución de patrimonio en la disolución de la sociedad de gananciales ni del régimen de participación (aunque en la liquidación de este régimen no se trata simplemente de una especificación sino que existe una verdadera transmisión de bienes y derechos), mejor dicho, no existe alteración patrimonial, no existe transmisión, se trata de una mera especificación de los derechos que los cónyuges ya tenían en la sociedad [artículo 33.2.b)].
- No se actualizan valores (artículo 33.2, *in fine*).
- No se pierde antigüedad (Consultas de la DGT de 24 de junio de 1992, 29 de diciembre de 1992).

Conclusión: Los bienes entran con las mismas **condiciones fiscales** (valor de adquisición y antigüedad) que tenían antes de la disolución.

b) Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

En este impuesto el principio general es el de: **Exención** (obsérvese que ello supone que la disolución está sujeta al Impuesto y por tanto presupone la existencia de transmisión, esto es, en IRPF y en ITP se consigue el mismo objetivo con técnicas radicalmente distintas: principio de estanqueidad tributaria).

Esta exención, contenida en el artículo 45.I.B).3 del Texto Refundido del Impuesto, afecta a las siguientes operaciones:

- Adjudicaciones de bienes a favor del cónyuge en pago de sus aportaciones previas.
- Transmisiones en pago de su haber de gananciales.
- Adjudicaciones de bienes **para** pago o **en** pago de deudas de la sociedad conyugal.

En resumen está exento todo desplazamiento patrimonial entre la sociedad conyugal y cada uno de los cónyuges.

B) Los peligros de los excesos de adjudicación sin un tratamiento fiscal adecuado

Los excesos de adjudicación son atribuciones de bienes realizadas en exceso a favor de un cónyuge que compensa al otro en dinero. Básicamente desde una perspectiva meramente económica o fiscal, constituyen una compraventa de ese exceso de bienes que recibe uno de los cónyuges o uno de los comuneros en general.

IRPF: Los excesos de adjudicación desde una perspectiva económico-fiscal debemos considerarlos como una transmisión económica, onerosa o lucrativa que surge en el proceso de liquidación y reparto de bienes, y que, por tanto, en principio, quedaría sometido a tributación en este impuesto como si de una compraventa o una donación se tratara.

Sin embargo, la solución fiscal del régimen tributario de los excesos de adjudicación en IRPF es una de las cuestiones más polémicas ya que existen razones para defender ambas posturas:

- Que los excesos implican transmisiones que generan incrementos o disminuciones patrimoniales sujetas a IRPF.

Esta postura vendría apoyada en la interpretación economicista tan habitual en derecho tributario (aunque prohibida desde la reforma de la Ley General Tributaria por la Ley 25/1995) y que supondría que puesto que los excesos son transmisiones de bienes deben quedar sometidos a tributación, y así se han expresado, entre otras, las Consultas de la Dirección General de Tributos de 6 de mayo de 2005 y de 31 de marzo de 2004. Obviamente si el transmitente queda sujeto al Impuesto, el adquirente actualizará el valor de adquisición del bien.

- Que tales excesos no suponen la existencia de incremento de patrimonio sujeto a tributación en el transmitente (esto es, el que recibe menos bienes y en consecuencia más metálico), y ello porque:
 - La Ley del IRPF no distingue: no existe alteración en la disolución, son gananciales. Se haga con o sin excesos.

- Si el «transmitente» tuviera un aumento, el «adquirente» debería actualizar valores y la ley tampoco lo permite.
- No existe elusión fiscal, **sólo diferimiento** a una futura transmisión del cónyuge adjudicatario a favor de terceros.

Obsérvese que, de ser esta solución correcta, la situación fiscal futura de los cónyuges no es equitativa, variando en función de la antigüedad y el valor de adquisición de los bienes adjudicados que pueden tener importantes plusvalías latentes en caso de una futura transmisión.

ITP y AJD: Los excesos de adjudicación tributan como transmisiones patrimoniales onerosas según lo previsto en el artículo 7.2.B) del Texto Refundido del ITP y AJD, si bien deben hacerse las siguientes matizaciones:

- Sólo los «declarados». Ello implica además que la no existencia de exceso en ITP, el hecho de no declarar o poner de manifiesto tal exceso, supone la inexistencia de tributación en IRPF ya que no existe exceso, no existe transmisión y no existe precio ni valor de enajenación. El único riesgo es por tanto la posibilidad de que la Administración demuestre la existencia de precio o demuestre el carácter lucrativo del exceso, algo que, en nuestra opinión, no puede demostrarse por el mero hecho de que existan excesos sobre valores comprobados.
- Como transmisiones «patrimoniales onerosas». Pero no de forma automática, sino porque se presupone una compensación en metálico.
- La especificación del exceso debe hacerse en los bienes adjudicados de menor a mayor tributación.
- Posibilidad de aplicar por analogía la excepción del artículo 1062 del Código Civil para la partición de herencia (cosa que desmerece en su división). Teoría que, en base al artículo 1410 del Código Civil que remite a las normas de la partición hereditaria, ha admitido algún TEAR, el Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de junio de 1999 y que viene admitiendo igualmente la propia DGT en numerosas consultas y, entre otras, en la ya citada de 3 de septiembre de 2006, en la que se matiza que esta indivisibilidad debe poder predicarse del conjunto de bienes a repartir, de la imposibilidad de formar dos lotes equivalentes y no sólo de la indivisibilidad de algún bien individualmente considerado.
- Y por último debe tenerse en cuenta el supuesto de no sujeción previsto en el artículo 32.3 del Reglamento de ITP para los excesos de adjudicación que se produzcan en la disolución de la sociedad de gananciales o en el cambio de régimen económico y que sean derivados de la necesaria adjudicación a uno de los cónyuges de la vivienda habitual del matrimonio, pero se interpreta por la administración que ese exceso no tributa si sólo existe la vivienda como único bien a liquidar.

a) Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos

La Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la Ley de Haciendas Locales, ha modificado el artículo 105 del actual Texto refundido de Haciendas Locales añadiendo un párra-

fo tercero por el que se especifica que los supuestos de aportación de bienes a la sociedad conyugal, adjudicaciones a los cónyuges en pago de sus aportaciones y de sus haberes comunes e incluso en los supuestos de transmisiones de bienes inmuebles entre cónyuges o a favor de hijos como consecuencia del cumplimiento de sentencias en los casos de nulidad, separación o divorcio, sea cual sea el régimen matrimonial, son supuestos de **no sujeción**. (Hasta esta reforma estaban exentos, es decir, comenzaba un nuevo período temporal para cuantificar el impuesto.)

La no sujeción implica que no se devenga este impuesto municipal pero tampoco se cierra un período impositivo, difiriendo la carga hasta la próxima transmisión de ese bien inmueble.

C) Consideraciones prácticas

Hemos de evitar los excesos de adjudicación cuando existen varios bienes, y para ello deberíamos tener presente que:

1. Que podemos valorar en principio los bienes en la forma que estimemos para equilibrar los lotes.
2. Que jamás se nos ocurra compensar los excesos con pensiones compensatorias, pues tributaríamos por ITP y por IRPF por el coste económico que puede suponer.

IV. MOMENTO EN VIRTUD DEL CUAL HA DE ENTENDERSE DISUELTA LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Tanto si nos encontramos ante una liquidación contenciosa como consensual, y una vez que ya sepamos qué ley es aplicable, qué juzgado es el competente (el del divorcio, el mercantil por el concurso, el de la ejecución sobre bienes gananciales o el de incapacidad) hay que determinar qué momento es el punto de partida para iniciar o considerar disuelta la sociedad de gananciales. ¿Desde la sentencia que declare disuelto el régimen de gananciales, desde el auto de medidas o desde la separación de hecho?

Especial consideración merece el estudio de la separación de hecho como momento en el cual deba considerarse disuelta la sociedad de gananciales, elemento que es fundamental para determinar qué bienes son los que han de repartirse.

En no pocas ocasiones nos enfrentamos en nuestros despachos a los graves problemas que plantea una larga separación de hecho libremente consentida por ambos esposos, y las graves repercusiones que conlleva el no haber ejercitado las acciones judiciales pertinentes (separación, divorcio, solicitud de liquidación de gananciales).

Quizá uno de los más importantes es la presunción de que entre los cónyuges subsiste la sociedad de gananciales, si éste era el régimen económico en que se encontraban, tanto en el aspecto positivo, adquisición de bienes, como en el negativo, asunción de deudas.

En más de una ocasión, y tras el conocimiento de que el otro cónyuge ha adquirido bienes tras la separación de hecho libremente consentida, nos encontramos con que la otra

parte solicita y ejerce ahora de consorte conviviente, y reclama para sí su cincuenta por ciento, ejercitándolo tanto hacia el otro cónyuge, si vive, o en caso de muerte, frente a los herederos de éste (hijos matrimoniales como extramatrimoniales, o incluso ascendientes, colaterales, etc.) e incluso frente a la pareja de hecho que tuviera el fallecido.

Ante tal situación, hemos de acudir al artículo 1393.3.^a del Código Civil, el cual nos dice que la sociedad de gananciales «también concluirá **por decisión judicial**» cuando los cónyuges lleven «separados de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono de hogar».

En primer término, y conforme al artículo 1394 CC, «los efectos se producirán desde la fecha en que se acuerde», es decir, que del tenor literal, mientras no exista sentencia no está disuelta la sociedad de gananciales. Pero, como siempre, la realidad supera a la legalidad, pues quien no ha solicitado la separación o el divorcio judicialmente, no se preocupa tampoco de solicitar la extinción de su sociedad de gananciales.

Por tanto, volvemos nuevamente al problema que nos ocupa. ¿Qué hacer entonces cuando por parte de un cónyuge se adquiere un bien, sin la colaboración económica del otro, y mantienen una larga y consentida separación de hecho?

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

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

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

Pues bien, retomando el problema, qué ocurre cuando tras una separación de hecho libremente consentida, no se solicita judicialmente la extinción de la sociedad de gananciales. En este caso, el Tribunal Supremo, con acertado criterio, viene manteniendo una doctrina jurisprudencial pacífica, recogida ya ampliamente por la jurisprudencia menor [AP de Gerona de 1 de julio de 1994 (AC 1994, 1288) o la AP de Asturias de 25 de junio

de 1993 (AC 1993, 1241)], al mantener en las SS de 13 de junio de 1986 (RJ 1986, 3549); 26 de noviembre de 1987 (RJ 8689); 17 de junio de 1988 (RJ 5113), y 23 de diciembre de 1992 (RJ 1992,1653) que «la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida hasta el momento de la muerte de uno de los cónyuges, pues entenderlo de otro modo significaría un acto contrario a la buena fe con manifiesto abuso de derecho que no puede ser acogido por los Tribunales en una interpretación acorde con la realidad social (artículo 3.1 CC)».

Debe razonarse con las citadas sentencias, y como manifiesta la SS de 17 de junio de 1988, que «rota la convivencia conyugal con el asentimiento de la mujer, no puede ahora reclamar sus derechos pasados más de 40 años en que se mantuvo esa situación, para obtener unos bienes a cuya adquisición no contribuyó en absoluto, pues tal conducta, contraria a la buena fe, conforma uno de los requisitos del abuso de derecho al ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites éticos (consistentes en la protección del matrimonio conviviente), teleológicos y sociales (esto es, la seguridad en las relaciones mantenidas por el afecto de los cónyuges), lo cual constituye el ejercicio anormal de un derecho que los Tribunales deben impedir en aplicación del artículo 7.2 CC».

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

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

La reciente Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de fecha 21 de enero de 2008, siendo su ponente D. Enrique de Motta García-España, realiza un análisis de la separación de hecho en cuanto a la fecha a partir de la cual se debe entender que se liquida la sociedad de gananciales, y entiende caben dos opciones, bien la fecha de la sentencia de separación bien la efectiva separación de hecho porque es doctrina reiterada (que recuerdan entre otras las SS del Tribunal Supremo) que la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida entre los cónyuges, por lo que una vez rota no cabe que se reclamen derechos sobre unos bienes a cuya adquisición no se contribuyó pues tal conducta es contraria a la buena fe y conforma uno de los requisitos del abuso de derecho, pero ello debe obedecer a una sepa-

ración fáctica, seria, prolongada y acreditada por los actos subsiguientes de formalización judicial de la separación y siempre que los referidos bienes se hayan adquirido con caudales propios o generados con su trabajo o industria a partir del cese de aquella convivencia.

La citada sentencia, que estudia un supuesto de cese en la convivencia por casi ocho meses, y aun estando a favor de la tesis del recurrente estima que, rota la convivencia conyugal, no cabe que se reclamen derechos sobre unos bienes a cuya adquisición no contribuyó, pues tal conducta es contraria a la buena fe y conforma uno de los requisitos del abuso del derecho al ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites éticos (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1987). Doctrina que en definitiva representa la introducción de una línea correctora de la literalidad del artículo 1392.3 del Código Civil, para cuya aplicación se viene exigiendo —según los diversos pronunciamientos habidos en la materia— una inequívoca voluntad de poner fin, con la separación de hecho, al régimen económico matrimonial además de una separación fáctica prolongada.

Como decimos, a pesar de ello, entiende la sentencia, que no existe prueba contundente de que nos encontramos ante un supuesto de separación de hecho prolongada o de larga duración, que ampararía de manera definitiva la aplicación de dicha doctrina que excluye el dictado del artículo 1392.3 del Código Civil donde se establece que se produce en el momento en que recae sentencia firme de separación sin que puedan retrotraerse sus efectos al momento de la crisis matrimonial según se deduce de la prueba. En el supuesto enjuiciado no puede admitirse que haya una separación de hecho notoriamente prolongada en el tiempo (desde el 1 de junio de 2003 al 16 de abril de 2004) que provoque que la disolución de la sociedad legal de gananciales deba entenderse que se produjo en ese momento, puesto que ese período de separación de hecho, desde el cese de la convivencia entre los cónyuges hasta la demanda de separación y hasta la sentencia firme en el procedimiento, no tuvo la duración en el tiempo suficiente para deducir que ambos cónyuges procedieron a iniciar y mantener una situación económica separada que permita suponer la terminación de la comunidad de bienes entre ambos, que además se produciría en todas las crisis matrimoniales que no surgen precisamente el día que se interpone la demanda, sino con anterioridad hasta concluir con aquel efecto personal de cambio de estado civil que conlleva el económico matrimonial.

En consecuencia, salvo en el caso de que medie una separación de hecho prolongada, la disolución de la sociedad conyugal, con arreglo a lo prevenido en los artículos 1392 y 95 del Código Civil, se produce en el momento en que recae sentencia firme de separación sin que puedan retrotraerse sus efectos al momento de la crisis matrimonial.

Se considera, pues, que la disolución de la sociedad legal de gananciales se produjo en el supuesto que nos ocupa con motivo de la sentencia de separación, puesto que, aunque hubiera un período de separación de hecho, desde el cese de la convivencia entre los cónyuges hasta la demanda de separación y hasta la sentencia firme en el procedimiento, tal período no tuvo la duración en el tiempo suficiente para deducir que ambos cónyuges procedieron a iniciar y mantener una situación económica separada que permita suponer la terminación de la comunidad de bienes entre ambos.

Además debe tenerse en cuenta que el artículo 95 CC señala que «la sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial». Es la sentencia de separación la que produce como efecto directo, por mi-

nisterio de la Ley, la disolución del régimen económico matrimonial. En idéntico sentido el artículo 1392.3.º CC determina que la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho cuando judicialmente se decreta la separación de los cónyuges, esto es, en la fecha de la firmeza de la sentencia de separación.

Es cierto que la propia Audiencia de Valencia ha declarado en ciertas ocasiones que la disolución de la sociedad de gananciales se produce cuando ha cesado la convivencia de los cónyuges, y ello tiene lugar cuando se ha producido una separación de hecho, y entre ella y la separación legal hay un largo lapso de tiempo. Puede ocurrir que en determinadas localidades desde la adopción de medidas hasta el momento de dictarse sentencia, haya transcurrido también mucho tiempo, en cuyo caso podría acordarse la disolución en el momento de dictarse el auto de medidas, pero en el ámbito de esa Audiencia, siempre hemos acordado como fecha de la disolución la de la separación, nulidad o divorcio en casos semejantes a éste.

A modo de conclusión, insistir en que nuestro derecho sanciona de forma especial el abuso de derecho, por lo que a dicha figura hemos de acudir en defensa del bien cuya ganancialidad se reclame, al igual que solicitar de los Tribunales, como bien ha hecho el Tribunal Supremo, la interpretación de las normas conforme a la realidad social.

Si bien las anteriores sentencias, y otras, parten de la base de una separación fáctica prolongada en el tiempo, lo cierto es que existen resoluciones judiciales que olvidan ese criterio de cese prolongado, cuando ninguno de los cónyuges discute que la separación de hecho se inició de manera seria y efectiva, y por tanto debe considerarse que en ese momento temporal se produjo la disolución de la sociedad de gananciales. (En ese sentido la AP de Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 9 de octubre de 2007. Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Damián Álvarez García; en un sentido similar se muestra la AP de Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 13 de febrero de 2007. Ponente: Ilma. Sra. D.ª María de la Soledad Jurado Rodríguez cuando afirma que «el requisito de la libre separación de hecho e inequívoca voluntad de poner fin al régimen económico matrimonial, pues dicha voluntad se entiende que ha de ser por ambas partes». En parecidos términos, AP de Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 11 de enero de 2006 y Sentencia de 13 de septiembre de 2006, siendo ponente de las indicadas sentencias el Ilmo. Sr. D. José Javier Díez Núñez).

Como consecuencia de todo lo expuesto, podemos encontrarnos con la posibilidad de que cualquiera de las partes, según interese, pueda trasladar el momento de la disolución a una fecha anterior al dictado de la sentencia de divorcio que se dicte.

Todo ello, sin olvidar la posibilidad de solicitar, al amparo del artículo 1394 CC, la retroactividad de los efectos económicos a la fecha del cese de la convivencia.

En un punto intermedio se ha mostrado la AP de Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 29 de mayo de 2007, cuando afirma que la disolución del régimen económico matrimonial se produce en el momento en el que se dicta sentencia que pone fin al proceso, sin perjuicio de las posibilidades que ofrece, en su momento, el procedimiento de la liquidación del régimen económico matrimonial, en orden a la determinación, debidamente acreditada, de la separación de hecho libremente consentida, con las consecuencias que ello genera.

Sin embargo, no podemos dejar de señalar otras sentencias de otras audiencias cuyos criterios son más flexibles a la hora de determinar el momento de la liquidación de la so-

ciudad de gananciales, criterios que, como ocurre en derecho de familia, ni son unánimes ni son extensibles a todos los partidos judiciales, así a modo de ejemplo señalaremos:

1. Desde el dictado del auto de medidas

«Sin discutir la fecha de la disolución *ipso iure* de la sociedad de gananciales, no obstante, a efectos de la liquidación, hay que partir de la fecha del auto de medidas provisionales como con acierto ha señalado el Juez *a quo*, por lo que habrá que atender a dicha fecha para determinar los saldos de las cuentas bancarias existentes» (AP de Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 20 de diciembre de 2007. Ponente: Ilma. Sra. D.^a Miriam de la Fuente García).

En este supuesto la separación es de tres años, y si bien, por ministerio de la Ley, la fecha de disolución de la sociedad de gananciales es la fecha de la sentencia de separación *ex* artículo 1392.3.º CC en relación con el artículo 95, párrafo primero, CC. Y es por ello por lo que el artículo 1397 CC comprende en el activo ganancial: 1.º Los bienes gananciales existentes en el momento de la disolución.

Pero sin embargo, en casos como el presente en que ha recaído auto de medidas provisionales en diciembre de 2003 con ruptura de la vida en común de los cónyuges, esta situación no se concilia con que, para determinar el inventario ganancial (saldos de las cuentas bancarias existentes, fondos de inversión, etc.), haya que atender única y exclusivamente a la fecha de la sentencia de separación de 14 de marzo de 2005 (fecha legal de la disolución de la sociedad de gananciales) haciendo caso omiso al período inmediatamente anterior, como pretende don José Ramón, máxime cuando, escindida ya la vida en común de los esposos, ha transcurrido un período de tiempo suficientemente prolongado desde que se dictaron las medidas provisionales hasta la sentencia de separación, en el que el patrimonio ganancial ha podido sufrir avatares diversos, por lo que, en el caso de autos, habrá que examinar qué ha ocurrido con el existente a la fecha en que se dictaron las medidas provisionales y hasta la fecha de sentencia de separación, pues el no atender a este período intermedio podría dar lugar a unilaterales distracciones de capital ganancial que quedarían ausentes de incluirse en el inventario sin justificación aparente. Todo ello de conformidad con los artículos 1361, 1390 y 1391, en relación con el artículo 1397.2 CC. Y así la Sentencia del TS de fecha 23 de febrero de 2007, con cita de otra de 18 de noviembre de 1997 dice que «No obsta a considerar persistente la naturaleza ganancial de los bienes que tuvieran la condición de gananciales antes del inicio de la separación de hecho, cuando la sociedad estaba fundada en la convivencia».

Por lo mismo, las cantidades de dinero ganancial unilateralmente destinadas al levantamiento de las cargas familiares debidamente justificadas en este período (auto de medidas-sentencia de separación) también se han de computar y tener su reflejo en el inventario resultante, de conformidad con el artículo 1368 CC, entre otros.

Por otra parte, sabido es por todos que la doctrina jurisprudencial señala que «La libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia mantenida entre los cónyuges» (Sentencia del TS de fecha 26 de abril de 2000). En consecuencia, las actuaciones individuales de cada uno de los cónyuges posteriores al auto de medidas provisionales no pueden tener la misma trascendencia jurídica que si de

un matrimonio en normal convivencia se tratara a los efectos de la aplicación del régimen de gananciales pues cesa la posibilidad de vincular bienes propios, lo cual entronca con el Fundamento Jurídico Tercero de la presente resolución al que nos remitimos.

En méritos a los razonamientos expuestos, sin discutir en demasía la fecha de la disolución *ipso iure* de la sociedad de gananciales, no obstante, a efectos de la liquidación hay que partir de la fecha del auto de medidas provisionales como con acierto ha señalado el Juez *a quo*, por lo que habrá que atender a dicha fecha para determinar los saldos de las cuentas bancarias existentes, y en concordancia a lo razonado en los párrafos precedentes y siguientes.

En un sentido similar, la AP de Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 9 de mayo de 2006, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández, nos indica que el legislador en el año 2000 ha acabado por retrotraer la efectividad de la disolución societaria al tiempo del planteamiento del pleito matrimonial, por más que su extinción formal deba conectarse con la firmeza del pronunciamiento de separación, divorcio o nulidad.

Absolutamente en contra de dicho criterio, tenemos la STS, Sala 1.^a, de 27 de febrero de 2007, cuando afirma que la sociedad de gananciales quedó disuelta con la sentencia de separación y no con el auto de medidas provisionales. En igual sentido se muestra la AP de Vizcaya en Sentencia de 27 de octubre de 2006.

2. Desde la fecha de la admisión de la demanda de separación o de divorcio

Es muy curiosa y de una lógica jurídica aplastante la sentencia de la AP de Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 8 de julio de 2008, Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández, cuando afirma que, aplicando las actuales normas procesales, **es procedente retrotraer la efectividad de la disolución societaria al tiempo del planteamiento del pleito matrimonial**, por más que su extinción formal deba conectarse con la firmeza del pronunciamiento de separación, divorcio o nulidad, y ello a la vista de la actual regulación procesal.

Reproduzco por su interés el fundamento de derecho tercero de dicha sentencia de forma literal:

«**Tercero.** Acerca de la fecha de la disolución de la sociedad de gananciales.

Previenen los artículos 95 y 1392 del Código Civil que la sociedad legal de gananciales concluirá de pleno derecho, entre otros supuestos, cuando judicialmente se decrete la separación de los cónyuges, y ello con referencia a la firmeza del pronunciamiento de la sentencia que constituya el nuevo estado civil. Añade el artículo 1396 que, una vez disuelta la sociedad, se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario del activo y pasivo de la misma.

No puede, sin embargo, olvidarse, y así lo recoge la sentencia de instancia, que el Tribunal Supremo viene manteniendo, de modo pacífico y reiterado, que la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia de los cónyuges, pues entenderlo de otro modo significaría un acto contrario a la buena fe, que no puede ser acogido por los tribunales.

Cierto es que dicho criterio jurisprudencial viene referido a supuestos de rupturas fácticas prolongadas en el tiempo, pero haciendo especial hincapié en la convivencia matrimonial, como supuesto fáctico *sine qua non* de la pervivencia de dicho régimen económico.

Y es lo cierto que, conforme al sistema legal vigente, una vez interpuesta, y admitida, la demanda de separación, divorcio o nulidad, cesa la presunción de convivencia conyugal, según dispone el artículo 102 del Código Civil, lo que ya constituiría un primer obstáculo al mantenimiento de la plena vigencia, durante la sustanciación del procedimiento, de la sociedad legal de gananciales.

En tal sentido parece incidirse a través de la regulación contenida, respecto de las operaciones particionales de la comunidad económico-matrimonial, en los artículos 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, mientras que el artículo 810, respecto del inicio del procedimiento de liquidación propiamente dicho, exige, en pura lógica jurídica, que la sentencia que declare la disolución del régimen económico haya alcanzado firmeza, no acaece lo mismo en lo que afecta a la formación del inventario de tal comunidad, pues el artículo 808 permite que el correspondiente procedimiento se inicie una vez admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, esto es sin necesidad de esperar a que se dicte sentencia en la instancia ni, por ende, a la posible firmeza del pronunciamiento principal.

Tales previsiones conllevan una tácita modificación, o al menos matización, de las previsiones contenidas en los antedichos artículos 95 y 1392, pues si bien la disolución formal y *erga omnes* de la sociedad debe vincularse a la firmeza de la sentencia dictada en el pleito matrimonial, los efectos de aquélla, al menos en las relaciones internas de los cónyuges, han de retrotraerse a la fecha en que se admite a trámite la demanda de dicho litigio, en la que cesa la presunción de convivencia que constituye, como se ha dicho, el sustento necesario de la vigencia del referido régimen económico, máxime en supuestos, como el presente, en que ha quedado acreditado que la citada convivencia quedó efectivamente rota en coincidencia con el planteamiento por la esposa de su demanda de separación, al haber abandonado el que fuera domicilio familiar.

Entender, por el contrario, que la sociedad mantiene plena vigencia y efectividad entre los esposos hasta la firmeza del pronunciamiento principal de la litis matrimonial, abocaría a la absoluta esterilidad de todo el procedimiento de formación de inventario, pues el mismo puede plantearse en coincidencia con el de separación, divorcio o nulidad, con la consiguiente fijación del activo y pasivo existente en dicho momento inicial de ambos procedimientos, y podría ocurrir que, por la dilación propia de los mismos, los bienes, derechos y deudas resultantes al momento de la definitiva firmeza de la sentencia fueran total, o parcialmente, distintos de aquellos otros que existían al comienzo del pleito, con lo que todo procedimiento liquidatorio, paralelamente tramitado, y quizás hasta finalizado, tendría que volver a plantearse desde su inicio, en contra de los más elementales principios de economía procesal, y hasta de seguridad jurídica.

No parece ser ésta la voluntad del legislador que, aún sin una rigurosa sistemática que hubiera exigido la modificación expresa de los correspondientes preceptos del Código Civil, ha acabado, si bien de modo indirecto, por retrotraer la efectividad de la disolución societaria al tiempo del planteamiento del pleito matrimonial, por más que su extinción formal deba conectarse con la firmeza del pronunciamiento de separación, divorcio o nulidad, lo que resulta de una lógica aplastante, pues en el supuesto de denegarse la pretensión principal deducida, la comunidad económica habría de continuar rigiendo entre los cónyuges.

Así parecen haberlo entendido, no obstante los postulados formales del demandado, ambos litigantes, en cuanto no incluyen, en sus respectivos inventarios, bienes o deudas que hayan podido adquirir o contraer tras la ruptura fáctica convivencial, y entre ellos sus respectivos salarios, o bienes adquiridos con cargo a los mismos.

Pero, en último término, la concreción de la fecha de extinción de la sociedad carece, en el caso, de efectividad práctica alguna, en cuanto el Juzgador *a quo*, partiendo de una tesis igualmente defendible, cual es la que vincula dicha extinción a la firmeza del pronunciamiento de separación, acaba, respecto de los bienes existentes al inicio del pleito principal y de los que hubieran dispuesto uno u otro litigante con posterioridad, por incluir en las operaciones particionales su importe actualizado, en los términos prevenidos en los artículos 1390 y 1397.2.º del Código Civil.

En consecuencia, el criterio mantenido por la Sala, dada la postura que ambas partes mantienen a través de sus respectivos recursos, no afecta a la determinación o importe de las diversas partidas incluidas en el inventario, y ello sin perjuicio de lo que luego se dirá respecto las disposiciones de numerario efectuadas por la actora a las que se refiere el motivo impugnatorio referido en el apartado c) del primer fundamento jurídico de esta resolución, pues a tenor de la argumentación contenida en su escrito de formalización del recurso, es el único al que podría afectar la postulada retroacción de la disolución societaria».

3. Desde la fecha en que las partes acordaron la separación de hecho

Ninguno de los recurrentes discute que la separación de hecho se inició de manera seria y efectiva, y con desvinculación matrimonial entre los cónyuges en mayo de 2004, y por tanto debe considerarse que en ese momento temporal se produjo la disolución de la sociedad de gananciales (AP de Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 9 de octubre de 2007. Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Damián Álvarez García).

4. Desde la fecha del inventario efectuado en el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales

Así lo afirma la Sentencia de la AP de Madrid, Sec. 22.ª, de 27 de abril de 2004, cuando sostiene que si tal solicitud es paralela al trámite del procedimiento de nulidad, separación o divorcio, no reanudándose la convivencia ni la comunidad de vida y de bienes, se produce la exclusión del fundamento de la sociedad de gananciales y debe presumirse que cualquier operación realizada por los cónyuges en el ámbito económico se realiza con cargo al patrimonio exclusivo y privativo de cada uno de ellos.

Y nos indica que, al hilo de cuanto se acaba de manifestar, se hace preciso recordar que con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, y en una correcta interpretación de la normativa procesal y sustantiva ha de afirmarse que, ciertamente, es necesario definir el contenido de las partidas, en lo que se refiere al activo y al pasivo, con arreglo a la fecha efectiva de la disolución del régimen económico del matrimonio, a la sazón, en este supuesto que se analiza, el 27 de junio de 2000, momento en el que la Sala dicta sentencia definitiva de separación.

Aun no siendo pacífica la doctrina al respecto, desde la entrada en vigor de la nueva normativa procesal, es lo cierto que ya se consiente y se autoriza la posibilidad de la formación de inventario, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 808 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, una vez admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, así como cuando ya se ha iniciado el proceso en que se haya demandado la disolución del régimen económico matrimonial; dicho refrendo legal sin duda tiene su apoyo en la doctrina del Tribunal

Supremo, en la que se reiteraba que «la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales...» pues entenderlo de otro modo significaría un acto contrario a la buena fe con manifiesto abuso de derecho que no puede ser acogido por los Tribunales en una interpretación acorde con la realidad social (artículo 3.1 del Código Civil).

En este sentido, y aunque la nueva normativa no hace mención expresa a la viabilidad de la suspensión de la efectividad de la sociedad legal de gananciales es lo cierto que las posibilidades legales que ofrece la nueva normativa, en un sentido real y práctico, y por regla general y en orden a la determinación del carácter ganancial o privativo de los bienes y del pasivo, permiten concluir que desde el momento en el que se insta la formación de inventario, si tal solicitud es paralela al trámite del procedimiento de nulidad, separación o divorcio, no reanudándose la convivencia ni la comunidad de vida y de bienes, se produce la exclusión del fundamento de la sociedad de gananciales, en consonancia con la doctrina anteriormente indicada, de manera que desde dicho momento, el de la formación de inventario, salvo prueba en contrario, se debe presumir que cualquier operación realizada por los cónyuges en el ámbito económico, tanto si lo es para adquirir bienes como si lo es para afrontar individualmente una carga surgida durante la vigencia de la sociedad, dicha operación se realiza con cargo al patrimonio exclusivo y privativo de cada uno de ellos.

V. ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LA LIQUIDACIÓN CONTENCIOSA

1. Fase de inventario

Como podemos observar el proceso de liquidación puede iniciarse **desde la admisión de la demanda**, lo que no impide que la solicitud se haga durante el proceso o tras él, o incluso estando en sede de apelación.

La forma de solicitud es mediante un simple escrito, es decir, no parece que se exija la forma de demanda, sin perjuicio de la necesidad de reunir los siguientes **requisitos**:

1. El artículo 808.2 de la LEC exige que habrá de **acompañarse una propuesta** en la que con la debida separación, se harán constar las partidas que deban incluirse con arreglo a lo prevenido en los artículos 1397 y 1398 del Código Civil. Es decir, se hará una relación detallada del activo y del pasivo siguiendo el orden de los citados artículos, tal y como veníamos haciendo hasta ahora en la comparecencia de inventario.

Es importante destacar que en esta fase, no hay que valorar, carece de sentido discutir en esta fase previa cuál es el valor de los bienes, cuando éste habrá de determinarse en relación al que tengan en el momento de la disolución y ulterior liquidación del régimen económico matrimonial tal y como determina, en relación con el inventario, el artículo 1397.1.º del Código Civil en sede de la sociedad legal de gananciales y, se desprende del artículo 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En definitiva el alcance del inventario únicamente se contrae a los bienes y deudas existentes en ese momento, sin que proceda valorar las partidas que notoriamente van a sufrir modificación en el tiempo que transcurra entre su confección y la partición de los bienes. En este sentido se muestra la SAP de Asturias de 19 de febrero de 2002.

Igualmente es importante señalar que la mención del artículo 1397.1.º CC relativo a que los bienes a inventariar serán los existentes en el momento de la disolución de la sociedad de gananciales es aplicable a los supuestos en que se produce de forma instantánea (fallecimiento de uno de los cónyuges, capitulaciones matrimoniales, y similares), pero cuando se produzca por otras causas (nulidad, separación o divorcio) en los que existe un período intermedio entre la crisis de pareja y la disolución de la sociedad, debe atenderse por regla general a la fecha de admisión a trámite de la demanda (en ese sentir, la **Audiencia Provincial de Las Palmas, Sec. 5.ª**).

La determinación de los bienes que integran la sociedad de gananciales en esta fase procesal es importantísima, dado que no es posible aprovechar cualquier otro momento procesal posterior a la diligencia de formación de inventario para incluir nuevas partidas, así lo entiende la AP de Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 3 de junio de 2008 y la Audiencia Provincial de Málaga⁽⁵⁾, Sec. 6.ª, Sentencia de 26 de marzo de 2008, tampoco le dio la razón, al entender que, de conformidad con lo establecido en los artículos 808 y 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la propuesta de partidas sólo puede tener lugar con la solicitud que inicia el procedimiento sin que quepa que ni en la comparecencia ante el Secretario, ni en el acto del juicio y, mucho menos, en esta apelación pueda modificarse por la solicitante dichas partidas, de la misma forma ha de entenderse que el cónyuge no solicitante del inventario queda vinculado por la propuesta que haga en la comparecencia ante el secretario a través de su conformidad o disconformidad con la relación presentada por la otra parte en su solicitud, sin que sea admisible tampoco la posterior inclusión en el activo o pasivo de partidas a las que no se haya hecho alusión en la comparecencia⁽⁶⁾.

(5) AP de Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 20 de septiembre de 2007; Ponente: Ilma. Sra. D.ª Soledad Jurado Rodríguez:

«Tal como está regulado este procedimiento en los artículos 808 y 809 de la LEC, se ha incurrido en infracción procesal pues la propuesta de partidas sólo puede tener lugar con la solicitud que inicia el procedimiento sin que quepa, como se ha hecho, que en la comparecencia ante el Secretario pueda modificarse por la solicitante dichas partidas, pues lo contrario causaría indefensión al otro cónyuge que se ve sorprendido con una relación distinta a la de la solicitud, lo que implica merma en su derecho de defensa».

(6) En este sentido, entre otras, SSAP de Granada, Secc. 3.ª, de 27 de enero de 2004; de Pontevedra, Secc. 6.ª, de 15 de febrero de 2007.

Igualmente la AP de Zamora, Sentencia de 14 de diciembre de 2007; Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Jesús García Garzón:

«El segundo de los motivos, que pretende la inclusión del mobiliario y ajuar doméstico; el quinto de los motivos, que pretende la inclusión en el pasivo de cargas y rendimientos afectos a bienes gananciales (impuestos, cuotas de comunidad de propietarios y tasas que pesan sobre bienes gananciales) y el sexto de los motivos, que pretende la inclusión en el pasivo de un crédito de la recurrente frente a su esposo de los motivos, del segundo recurso, que se estudian conjuntamente, deben decaer.

Según se deduce del artículo 806 y siguientes de la LEC actualmente hay dos fases procesales claramente diferenciadas en los procesos de división de patrimonios: una, la formación de inventario de los bienes y las deudas que integran el patrimonio consorcial (artículos 808 y 809 de la LEC) y, otra, la fase de liquidación propiamente dicha sobre la base del inventario previamente realizado, sobre el que ha recaído conformidad de los cónyuges o ha sido aprobado en sentencia (artículo 810 de la LEC).

En esta segunda fase, que es en la que nos encontramos en estos momentos, referida estrictamente a la liquidación del pasivo y adjudicación del remanente puede volver a surgir conflicto entre los cónyuges pues, aunque en la propuesta con la que se inicia el trámite ya no se pueda variar los conceptos y partidas incluidas o excluidas en el inventario realizado en la fase anterior, todavía podrá discutirse sobre la forma de pago de las deudas con terceros

2. Deberán acompañarse necesariamente **los documentos que justifiquen las diferentes partidas que se incluyen en la propuesta.**

Es muy importante tener presente que la actual Ley de Enjuiciamiento Civil mantiene el principio de preclusión de los plazos, y de buena fe procesal, es decir, que no acreditado en este momento el documento o documentos justificativos, no podrá presentarse en un momento posterior.

Cuando el cónyuge solicitante no tenga en su poder los citados documentos podrá hacer uso de las diligencias preliminares del artículo 256⁽⁷⁾, o las medidas de aseguramiento del artículo 297, o de cualquier otra medida de la Ley procesal.

Es importante destacar la buena voluntad del legislador con este proceso inicial, y la conveniencia de poder contar desde el inicio del proceso contencioso matrimonial de un inventario previo de bienes y derechos, lo que sin duda solventará y evitará largos procesos. Pero lo cierto es que, conocedores de la realidad social y de la complicación de no tener

(artículos 1399 y 1400 del Código Civil), sobre el pago de las indemnizaciones y reembolsos entre los cónyuges (1403 del Código Civil), ejercicio de los derechos de adjudicación preferente de los que se considere titular (artículos 1406 y 1407 del Código Civil), se planteará la posibilidad de adjudicación de bienes gananciales para pago de deudas personales (artículo 1405 del Código Civil), sobre la elaboración de lotes adjudicando a cada cónyuge (artículo 1404 del Código Civil) y, como no, todas las cuestiones relativas al avalúo de los bienes.

En definitiva, en la fase en que nos encontramos, es decir la de liquidación, ha de partirse de la relación de bienes y derechos incluidos en el activo y pasivo del inventario aprobado de mutuo acuerdo por las partes litigantes o judicialmente, sin que quepa plantear nuevamente la inclusión o exclusión de bienes o deudas que no figuran en el inventario. Y que esto es así, se deduce con toda claridad de la actitud de la propia demandante, ahora recurrente, que en el escrito inicial solicitando la liquidación de la sociedad de gananciales formada con el demandado, aparte de relacionar el activo y pasivo, propone la liquidación, con las adjudicaciones de bienes concretos a cada uno de los cónyuges, sin aludir a ningún otro bien o deuda de la sociedad de gananciales que no fueran los ya incluidos en el inventario. De manera tal que lo que pretende mediante estos tres motivos no es más que incluir bienes o deudas que no aparecen relacionados en el activo ni en el pasivo del inventario, y que ni siquiera aparecen relacionados en el escrito inicial de solicitud de liquidación de la sociedad de gananciales.

Obviamente, no queremos decir con ello que los incrementos o disminuciones patrimoniales que se hayan producido en los bienes de la sociedad de gananciales desde la formación del inventario hasta su liquidación no deban tenerse en cuenta, pero sí que insistimos en que no se tendrán en cuenta en la liquidación, que debe partir del inventario formado con anterioridad. De manera tal que el avalúo debe referirse sólo a los bienes inventariados, las operaciones del contador-partidor deben tomar como base el inventario de bienes y su avalúo y, por consiguiente, la división y adjudicaciones no deben ir más allá del activo y pasivo inventariado.

Proceder de otra forma, obviando el inventario del activo y pasivo, y pretender incluir o excluir en esta segunda fase de liquidación otros bienes o deudas no discutidos con anterioridad, no está contemplado en las normas procesales sobre liquidación de patrimonios. De manera tal que si se aprovechara, como pretende la parte recurrente, el momento procesal de la oposición a las operaciones divisorias realizadas por el contador para que se incluyan otros bienes y otras deudas no recogidas en el inventario, lo que está provocando es una clara indefensión de la parte contraria, pues en el hipotético juicio verbal que se celebre sólo cabe articular pruebas sobre las operaciones divisorias del contador y, eso sí, sobre si ha incluido o excluido en la formación de los lotes alguno de los bienes que formaban parte del activo y pasivo del inventario».

AP de Huesca, Sec. 1.ª, Sentencia de 8 de octubre de 2007; Ponente: Ilmo. Sr. D. Gonzalo Gutiérrez Celma: «Los principios de preclusión y de defensa impiden que los cónyuges puedan plantear su propuesta de inventario en el juicio verbal o segunda fase del procedimiento. Tampoco pueden introducir en ese momento del juicio verbal modificaciones sustanciales a la postura inicialmente exteriorizada».

(7) AP de Jaén, Sec. 2.ª, Auto de 27 de noviembre de 2007. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Elena Arias Salgado Robsy: «Se admite la petición de diligencias preliminares entre los cónyuges en relación con la liquidación de gananciales, si bien es preciso que se concrete qué clase de procedimiento se va a interponer».

disuelta la sociedad de gananciales, **es evidente que ese inventario inicial⁽⁸⁾, la mayor parte de las veces, sólo será un punto de partida, sobre todo en grandes patrimonios.**

Es evidente que podremos concretar el número de participaciones o acciones que posea la sociedad conyugal, ¿pero su valor será el mismo pasados varios años, cuando el cónyuge sea a su vez administrador de la sociedad?

Por otro lado, la ley no parece prever que el inventario crezca o disminuya de forma que, si aparecen nuevas deudas antes de que la sentencia sea firme y se pueda proceder a la liquidación de la sociedad, ¿tendremos que acudir a una nueva comparecencia y a otro juicio verbal?

Tengamos presente que un proceso matrimonial puede durar varios años y que el propio juicio verbal al que remite el artículo 809 LEC puede llegar a durar muchos años, pues la sentencia puede ser objeto de apelación, aunque no de casación.

2. Partes que han de concurrir

Hemos de destacar en primer lugar la necesaria y obligada presencia de los cónyuges, véase cómo el citado artículo no habla de partes, y cómo se indica que «el Secretario (...) con los cónyuges».

(8) AP de Las Palmas, Sec. 5.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2007. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Mónica García de Yzaguirre.

Resumen: La mención del artículo 1397.1.º del CC relativo a que los bienes a inventariar serán los existentes en el momento de la disolución de la sociedad de gananciales es aplicable a los supuestos en que se produce de forma instantánea (fallecimiento de uno de los cónyuges, capitulaciones matrimoniales, y similares), pero cuando se produzca por otras causas (nulidad, separación o divorcio) en los que existe un período intermedio entre la crisis de pareja y la disolución de la sociedad, debe atenderse por regla general a la fecha de admisión a trámite de la demanda.

En relación con los regímenes económico-matrimoniales, en la STS de 30 de enero de 2004 (RC 645/1998) STS Sala 1.ª de 30 de enero de 2004 Con parcial acogida del recurso de casación interpuesto por la esposa, revoca el TS la sentencia dictada en grado de apelación en procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales, ordenando incluir en el haber ganancial el valor del stock de farmacia existente a la fecha de disolución de la sociedad y reembolsar a la sociedad de gananciales, como deuda de valor, el importe de las primas del seguro de vida suscrito por el esposo, devengadas hasta la fecha de la disolución de la comunidad ganancial, y declara privativos de la demandada los regalos de boda por ella recibidos. se examina la diferencia entre la antigua y nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en relación al momento en que se produce la disolución de la sociedad de gananciales y, por tanto, queda determinado cuál es el patrimonio a liquidar.

Al respecto se dice que a tal efecto el artículo 95 del Código Civil artículo 95 CC prevé la disolución del régimen económico matrimonial en relación a los bienes del matrimonio desde la sentencia firme. Interpuesto recurso de casación contra una sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Albacete de 22 de diciembre de 1982, que puso término a la segunda instancia en el proceso de separación matrimonial de recurrente y recurrida, tal sentencia no adquirió firmeza hasta la Sentencia de este Alto Tribunal de 18 de septiembre de 1986, a lo que no obsta el que el pronunciamiento de primera instancia que acordó la separación de los cónyuges quedase firme al no haber sido recurrido por ninguno de los contendientes y limitarse el objeto de la apelación a la declaración de culpabilidad en cuanto a la causa de separación y a los efectos en relación con la patria potestad.

No puede olvidarse que cuando el legislador ha querido desligar la firmeza del pronunciamiento principal en los procesos matrimoniales de la impugnación de las medias acordadas ha establecido un precepto claro y preciso en el artículo 774.5 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, artículo 774.5 LEC diciendo que «si la impugnación afectara únicamente a los pronunciamientos sobre medidas, se declarará la firmeza del pronunciamiento sobre la nulidad, separación o divorcio», prueba de que en el régimen legal precedente la sentencia no adquiría firmeza hasta que no se resolvían los recursos interpuestos o era consentida por las partes, cualquiera que fuera el contenido del recurso interpuesto, es decir, que fuesen impugnados todos o sólo, como en el caso examinado, algunos de los pronunciamientos de la sentencia y hubiesen quedado firmes los consentidos y no impugnados.

Debemos plantearnos además que a esta comparecencia acudirán **los acreedores**, ello conforme a lo previsto en el artículo 1402 del Código Civil, cuando establece que éstos tendrán los mismos derechos que los que las leyes les reconocen en la partición y liquidación de la herencia.

Igualmente el artículo 782.4 LEC permite a los acreedores consorciales reconocidos o que tengan un título ejecutivo (541 LEC) poder exigir que se les pague o afiance el importe de sus créditos antes de procederse a la liquidación, por lo que pueden y deben ser citados a dicha formación de inventario.

3. Incomparecencia injustificada de uno de los cónyuges

Como hemos indicado anteriormente, la presencia de los cónyuges a esta comparecencia es obligada y su ausencia se penaliza en el sentido de que el no compareciente deberá estar y pasar por la propuesta realizada de contrario, así como sobre las normas de administración y disposición de bienes que solicite⁽⁹⁾.

Ahora bien, me pregunto hasta qué punto esa penalización no puede vulnerar la legalidad, es decir, si la propuesta es incompleta pues por error o mala fe no se ha incluido un bien ganancial, o contraviene la ley incluyendo partidas que no puedan hacerse, o que no sean créditos de un cónyuge, o el bien tenga el carácter legal de ganancial y se indica que es privativo (1355 CC). Todos estos problemas se irán resolviendo, espero, aplicando el sentido común.

(9) AP de Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 20 de noviembre de 2007; Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ángel Chamorro Valdés:

«No puede acogerse la afirmación de que el artículo 809 de la LEC no exige que la comparecencia sea personal, ya que en el párrafo primero del apartado primero del precepto señalado se determina que los cónyuges sean citados para la comparecencia y en el párrafo tercero se establece que cuando, sin mediar causa justificada, alguno de los cónyuges no comparezca en el día señalado, se le tendrá por conforme con la propuesta de inventario que efectúe el cónyuge que haya comparecido. Así pues esta exigencia de presencia personal de los litigantes constituye una excepción a la regla general del apartado 1 del artículo 23 de la LEC que dispone que la comparecencia en juicio será por medio de procurador legalmente habilitado para actuar en el tribunal que conozca del juicio».

AP de Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 20 de noviembre de 2007; Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ángel Chamorro Valdés:

«Es cierta la existencia de una orden de alejamiento sobre el demandado, tal como se admite en el recurso de apelación (folio 142), pero la misma y en su caso la existencia de una acusación penal no puede justificar su ausencia, habida cuenta del contenido del artículo 809.1 de la LEC que tiene carácter imperativo. Además la parte demandada no pidió previamente a la comparecencia la aplicación de los medios de comunicación recogidos en el artículo 229.3 de la LOPJ».

Por su parte, la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de febrero de 2002 AAP Barcelona de 13 de febrero de 2002 La Audiencia Provincial estima el recurso interpuesto por la actora frente a la sentencia de instancia que ponía fin al procedimiento de liquidación de régimen económico matrimonial. El presente procedimiento se inició por la actora a través de los trámites de ejecución de sentencia de divorcio vigente en ese momento, aunque posteriormente el tribunal de instancia convirtió el mismo en el nuevo procedimiento regulado en la vigente LEC de liquidación del régimen económico matrimonial. Para la Sala se ha producido indefensión a la actora por cuanto que su inasistencia a las diligencias de formación de inventario y práctica de partición no fue precedida de la preceptiva diligencia de emplazamiento en la que debía haberse hecho constar las consecuencias de su ausencia en tal trámite y que efectivamente se produjeron, esto es, la aceptación del inventario presentado por la otra parte. Indefensión manifiesta que lleva a la Audiencia a estimar el recurso y decretar la nulidad de las actuaciones desde ese momento. Manifiesta que la falta de la preceptiva diligencia de emplazamiento en la que se haga constar las consecuencias de la ausencia en tal trámite, conllevará que se decrete la nulidad de las actuaciones desde ese momento.

4. Normas de administración y disposición

Es evidente que este apartado no es novedoso, ya estaba regulado en el artículo 1394 del Código Civil, y del cual no se ha hecho el uso que debiera tener.

Su importancia es vital para poder llevar a buen puerto una liquidación de gananciales. Si solicitamos las medidas adecuadas de administración podremos controlar los bienes de que disfruta uno de los cónyuges y podremos evitar la merma patrimonial de ellos.

Igualmente el Juez podrá aprobar actos de disposición de bienes gananciales, actos previstos en el Código Civil en los artículos 1399 (pago de deudas de la sociedad comenzando por las alimenticias), 1400 (posibilidad de enajenación de bienes para pagar las deudas), 1402 (derechos de los acreedores) y 1403 (abono de indemnizaciones y reintegros al cónyuge acreedor).

En caso de controversia, estas medidas se establecerán en la propia sentencia que resuelva sobre todas las cuestiones suscitadas (artículo 809, *in fine*).

Cuando nos enfrentamos a una liquidación de una sociedad de gananciales nos olvidamos la mayoría de las veces consultar o simplemente releer el Código Civil, donde siempre suele estar la solución a nuestro problema, ya que, desde los romanos, la sociedad siempre ha sido problemática y ha sido la casuística la que ha llevado a la necesidad de regularla en una norma.

Pues bien, centrándonos en la materia que nos ocupa, cuántas veces nos hemos encontrado con un matrimonio cuya única o principal fuente de ingresos es un negocio familiar o una sociedad mercantil, y resulta que uno de los cónyuges es quien lo regenta, y claro está que, si bien antes generaba beneficios, ahora en el trámite de separación o divorcio, o en la liquidación de gananciales, pasa a ser una ruina.

Para evitar que alguien se niegue a liquidar o, mejor dicho, para «motivarle a que liquide o a que llegue a un acuerdo», el Código Civil nos facilita como herramienta el artículo 1408, que bien esgrimido por los letrados y utilizado o sancionado por el Juzgado puede darnos mucho juego.

El indicado artículo textualmente dice:

«De la masa común de bienes se darán alimentos a los cónyuges o, en su caso, al sobreviviente y a los hijos mientras se haga la liquidación del caudal inventariado y hasta que se les entregue su haber; pero se rebajarán de éste en la parte que excedan de los que les hubiese correspondido en razón de frutos y rentas».

Ya MANRESA⁽¹⁰⁾ nos decía que «el fundamento del precepto no puede ser más racional. Los alimentos se sacan de los productos de la masa común. En la masa común están comprendidos los capitales privativos del cónyuge sobreviviente y del premuerto o sus hijos, y los gananciales, si los hubiere. Mientras dure la liquidación, y hasta que a cada cónyuge se le satisfaga su haber, los bienes producen rentas o frutos, los interesados están privados de su capital y nada más lógico que esos frutos se destinen a la alimentación de

(10) *Código Civil Español*, t. IX, Madrid, Reus, 1969, p. 929.

los que han de ser y son propietarios de los bienes, y todo lo tienen entremezclado y confundido en ese período anormal, necesario y transitorio».

La norma pretende, sobre todo, establecer la posibilidad de que los alimentos puedan darse como anticipos a cuenta, y hemos de entenderlo, desde la perspectiva de la no necesidad de los alimentos del cónyuge que solicite la aplicación del artículo⁽¹¹⁾ a diferencia de los alimentos del artículo 148 del Código Civil⁽¹²⁾.

Hemos de entenderlos como un anticipo a cuenta del haber que les corresponderá en el remanente de gananciales. El fundamento pues no es la necesidad, sino la prolongación en el tiempo del proceso de liquidación de gananciales, de ahí que, como nos indica ALBACAR⁽¹³⁾ en los comentarios al citado artículo, «Por esta razón, los alimentos a que este artículo se refiere no participan de la misma naturaleza que los debidos entre parientes. Su duración abarca desde el momento en que la sociedad de gananciales se disuelve hasta que el proceso liquidatorio culmina totalmente».

Más adelante nos indica este autor que «la norma está pensando en que los alimentos se detraigan de los frutos y rentas generados por los bienes comunes. Si esto es así, no habrá reducción del haber de los partícipes y sí la habrá en caso de exceso, salvo que el exceso sea igual para todos ellos».

Analizada por tanto la doctrina nos queda acudir a cómo han aplicado los tribunales este artículo y, entre las pocas resoluciones consultadas, merece destacarse la de la Audiencia Provincial de Córdoba de fecha 27 de octubre de 2000, cuando diferencia entre el derecho a una pensión compensatoria y la aplicación de una prestación económica al amparo del artículo 1408 CC.

«cuando, como ocurre en el presente caso, los beneficios con los que se sustenta el matrimonio provienen de un bien post ganancial que se posee y disfruta en común. Aquí no concurren los aludidos presupuestos de la pensión compensatoria, ya que lo que se da es un derecho del cónyuge no administrador a participar en los beneficios que produce ese bien que todavía sigue siendo común, con la particularidad de que, dada su situación económica, precisa de una cantidad para atender a su subsistencia, cantidad que igualmente necesita la esposa aunque no sea procedente conferírsela de modo expreso toda vez que tiene un acceso directo a la caja del bar, lo que, como se ha repetido, no impide que deba rendir cuentas de ello a la hora de la liquidación.

Por esta razón se considera de aplicación el artículo 1408 del CC que consagra un singular derecho de alimentos en tanto no se produzca la liquidación del caudal común y con cargo a su haber a modo de una anticipación de los frutos de la masa indivisa, fórmula más correcta que la pensión compensatoria que carece de sentido cuando hay un bien común productivo susceptible de atender a las necesidades de uno de los comuneros. Por lo demás, la cuantía fijada en la sentencia se considera correcta y en cuanto a la temporalidad

(11) LACRUZ, así lo entiende en *Elementos del Derecho Civil*, IV-1.º, Derecho de Familia, Barcelona 1990, p. 489.

(12) Esa diferencia ya la estableció la STS de 28 de mayo de 1986 al interpretar el antiguo artículo 1430 CC, antecedente del actual 1408 CC.

(13) Página 1035 de «Comentarios al artículo 1408».

de tal derecho de alimentos es evidente que serán las partes, y muy singularmente la esposa la interesada en poner fin a dicha situación procediendo a la liquidación».

La Audiencia Provincial de Cáceres, Sentencia de 30 de julio de 2001, núm. 217/2001, viene a reiterar igualmente que

«El concepto de alimentos a que se refiere el artículo 1408 del Código Civil (AP Madrid, Auto de 24 de marzo de 1998) debe distinguirse del concepto de alimento previsto en el artículo 97 del mismo texto legal que encuentra su razón de ser en la necesidad del alimentista y el deber del que viene obligado a ello. Mientras no se efectúe la división de la masa consorcial el primer precepto citado ordena que con arreglo a ella se den alimentos al cónyuge, pero que al entregársele la parte o haber que le corresponda se le detraiga del mismo lo que hubiera recibido en la parte que exceda de lo que le hubiere correspondido por razón de frutos y rentas. En esta línea, desde la Sentencia de 30 de noviembre de 1987, el Tribunal Supremo confirma la tesis, mantenida por la parte ahora apelada, en relación con la disponibilidad de bienes gananciales para atender todas las obligaciones contraídas durante el matrimonio. Los reclamados en el presente incidente se abonan con cargo a la masa común, a la sociedad de gananciales disuelta pero aún no liquidada por lo que, frente a las alegaciones del apelante, no constituye una obligación para D. Antonio, sino para la sociedad de gananciales que administra (artículos 1375 y siguientes del Código Civil). En esa línea, como acertadamente señala el tribunal *a quo*, existiendo bienes gananciales pendientes de liquidación y habiendo sido solicitado por uno de los cónyuges sin oposición por parte de acreedores de la sociedad, concurren todos los requisitos exigidos para su concesión.

Asimismo, alega la parte apelante que no es posible conceder una cantidad en concepto de alimentos en virtud de lo dispuesto en el artículo 1408 del Código Civil, por cuanto en el presente caso los bienes que integran la masa común no producen rentas o frutos. Tampoco puede admitirse el motivo alegado, toda vez que el precepto citado no hace referencia a estos conceptos, salvo en su inciso final cuando señala que liquidada la sociedad ganancial, la cantidad obtenida en concepto de los alimentos a que se refiere este mismo artículo se deducirá de los frutos y rentas que le sean atribuidos una vez se haya efectuado la liquidación. **Esto es, en virtud del precepto citado, se debe conceder al cónyuge que lo solicite, una cantidad en concepto de alimentos que se pagará con cargo a los bienes que integran la masa consorcial y, una vez ésta se haya liquidado, se detraerá la cantidad obtenida en lo que se exceda de los frutos y rentas que le corresponden. Ésta debe ser la interpretación que deba darse al precepto citado habida cuenta de la finalidad de la norma recogida en virtud de la cual se tratan de evitar los perjuicios que se pueden derivar de la excesiva duración o prolongación temporal del proceso liquidatorio».**

En este mismo sentir se muestra la Audiencia Provincial de Asturias, en Sentencia de 11 de marzo de 1998, cuando en un supuesto muy similar al anterior establece claramente la distinción entre los alimentos convencionales y los que se determinan al amparo del artículo 1408 CC y así afirma que

«El desempeño por el apelante de una actividad remunerada por cuenta propia distinta de la explotación del bar y el hecho de **que sean los rendimientos del local de ambos, hasta**

tanto sea liquidado el régimen, no permiten con carácter general considerar existente el desequilibrio apreciable para otorgar pensión compensatoria con arreglo al artículo 97 del CC, **sino en todo caso alimentos con cargo al caudal común (artículo 1408 del CC) que pueden ser solicitados por el recurrente**, por lo que resulta improcedente la solicitud de fijación de la pensión compensatoria y por el contrario se estima ajustada la concesión de alimentos en la cuantía de 20.000 pesetas que decreta la sentencia a favor de uno de los hijos del matrimonio».

Otras sentencias, entre ellas la AP de Zaragoza de 14 de febrero de 2001, vienen a establecer la aplicación del referido artículo 1408 del Código Civil, como un medio para prevenir la dilación del proceso, y así nos indica que «los alimentos que se regulan en estos preceptos no son los que motivan ahora la reclamación, pero ilustran la posición del legislador en orden, no ya a la posibilidad, sino necesidad, de que los cónyuges, pendiente la liquidación, puedan, no obstante la misma, nutrirse del patrimonio en liquidación para atender sus, en términos legales, alimentos. Siquiera luego prevengan (artículo 1408) la compensación con los frutos y rentas y la minoración de su haber en cuanto excedan de aquéllos».

Partiendo, como decía al principio, de una situación de privilegio del cónyuge titular de la actividad empresarial o profesional, la aplicación del artículo 1408 CC puede llegar junto con la utilización adecuada de las normas de administración que solicitemos, evidentemente según la cuantía que se establezca, a evitar un largo y costoso proceso judicial de liquidación de gananciales, dado que la referida prestación económica puede ser solicitada, a mi modo de ver, tanto en sede de medidas provisionales al amparo del artículo 103.4.º, como en medidas definitivas o mediante su solicitud en el proceso especial de liquidación de gananciales, de tal forma que de concederse la misma, y si ésta es sustancialmente elevada, hará que al cónyuge que controla los ingresos profesionales o empresariales no le sea rentable seguir con ello y de seguro que buscará un acuerdo o, en el peor de los casos, el otro no estará tan desprotegido.

5. Controversia de los cónyuges: vista con arreglo al juicio verbal

Pues bien, cuando se discuta sobre la inclusión o no de alguna de ellas, es decir, si tienen el carácter de ganancial o privativo, o si deben ser incluidas partidas de cantidades actualizadas de bienes privativos gastados en provecho ganancial (artículo 1398.2), «se citará a los interesados a una vista» continuándose con arreglo al juicio verbal.

A mi modo de ver, y comparando este artículo con el 787.5 LEC por remisión del artículo 810.5 LEC, hay que entender que, en la vista a la que se convocan a las partes (ya no habla de cónyuges, por lo que parece pueden comparecer los procuradores) el Juez oír a las partes las alegaciones que efectúen en un sentido u otro, y tras las alegaciones ante la falta de acuerdo se propondrá la prueba y se practicará con arreglo a lo previsto en el artículo 443.4 de la Ley procesal.

La sentencia que se dicte será objeto de los recursos ordinarios, por lo que, como ya dijimos más arriba, sin que, dados los actuales criterios del Tribunal Supremo, tenga acceso a la casación.

6. Fase de liquidación del régimen económico matrimonial

Si hasta ahora el tiempo empleado ha sido largo y costoso, en la fase de liquidación igualmente habremos de armarnos de paciencia hasta lograr que los bienes de los cónyuges sean adjudicados a uno y a otro.

Del párrafo primero del artículo 810 LEC se desprende el olvido del legislador de los regímenes matrimoniales disueltos por capitulaciones matrimoniales, muerte o declaración de fallecimiento, puesto que sólo hace referencia al hecho de la firmeza de la sentencia («una vez firme la resolución»), sentencia que se refiere tanto a la recaída en el juicio verbal sustanciado para determinar qué partidas se han o no de incluir en el inventario, como a la sentencia recaída en el proceso matrimonial o en los casos del artículo 1393 del Código Civil.

Hemos de tener presente que la fase de liquidación debe ser instada por la parte, no se abre de oficio, y a dicha solicitud deberá acompañarse una **propuesta de liquidación** en toda forma, es decir, las partes deberán aportar un borrador de cuaderno particional, efectuando las adjudicaciones a los cónyuges tanto de bienes, como de indemnizaciones, reintegros o derechos de preferencia a los que tuvieran derecho conforme a las normas del Código Civil (artículos 1406 y 1407 del Código Civil).

Es en este momento en el que las partes han de efectuar las valoraciones⁽¹⁴⁾ que estimen necesarias sobre los bienes y derechos que integran la sociedad de gananciales, debiendo aportar, aunque nada se diga al respecto, si lo desean, porque no es preceptivo, informes periciales sobre valoraciones, o en su caso esperarse a la fase siguiente para nombrar peritos.

Para la realización de la división, el artículo 786.1 LEC dispone que el contador procurará, en todo caso, evitar la indivisión, así como la excesiva división de las fincas, siguiendo en cualquier caso las indicaciones sustantivas de preceptos como los artículos 400 y 1062 del Código Civil.

En la realización de las adjudicaciones correspondientes, el contador podrá tener en cuenta, respetando el criterio de igualdad de lotes, los derechos de adquisición preferente a que se refieren los artículos 1406 y 1407 CC que los cónyuges hayan manifestado en las correspondientes propuestas de liquidación presentadas sobre las que inicialmente no se dio un acuerdo.

Todas estas disposiciones se harán conforme a lo prevenido en los artículos 1399 y siguientes del Código Civil, y atendiendo a los pagos de indemnizaciones y reintegros que establecen los artículos 1406 y 1407 del mismo cuerpo legal.

Hemos de hacer mención aquí que, estando ante un proceso de división de patrimonio, ni el contador ni el juzgador en su sentencia pueden seguir manteniendo bienes en común⁽¹⁵⁾.

(14) El momento en el que han de ser valorados los bienes es en el de la partición (Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de mayo de 2005. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández; Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 6 de junio de 2006; AP de Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 6 de febrero de 2009; AP de Badajoz, Sec. 3.ª, Sentencia de 20 de marzo de 2007; AP de Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 7 de febrero de 2007).

(15) Audiencia Provincial de Burgos, Sec. 3.ª, Sentencia de 15 de abril de 2002, núm. 210/2002, recurso 33/2002. Ponente: Villimar San Salvador, M.ª Esther:

Esta sentencia podrá ser objeto de recurso de apelación ante la Audiencia, como viene admitiéndose en la práctica⁽¹⁶⁾. Y al igual que hemos estudiado con referencia a la sentencia dictada en el juicio verbal en fase de inventario, no se están admitiendo los recursos de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, al entenderse, como allí se argumentaba, que es una sentencia que pone fin a un incidente.

Es importante destacar que algunos juzgados admiten la ejecución provisional de estas sentencias, sin embargo mi criterio es el contrario, y que es el que mantiene el Auto de la AP de Madrid, Sec. 22.ª, de 14 de diciembre de 2007, al establecer que el cuaderno ha de ser ejecutado en su totalidad, por lo que no cabe la posibilidad de una ejecución parcial del cuaderno cuando éste es objeto de un recurso.

Acoge la AP parcialmente el recurso de apelación de la demandante planteado contra la sentencia de primera instancia que determinó la liquidación de la sociedad de gananciales. Indica la Sala, en torno a la cuestión principal planteada, que la solución propuesta por el juez de instancia de adjudicar el piso de los litigantes por mitades indivisas con posibilidad de venta en pública subasta era incongruente, porque tras la disolución del régimen económico matrimonial y antes de la liquidación los bienes conyugales ya están sometidos al régimen de comunidad de bienes y porque las partes litigantes lo que solicitaron fue la adjudicación a cada una de la vivienda conyugal, pero no que se procediera a su venta en pública subasta, por lo que procede la realización de nueva liquidación, así nos expresa literalmente que:

«La liquidación no supone sólo distribuir y adjudicar bienes, sino que debe dejar resuelto el destino de las obligaciones pendientes de ejecución y, sobre todo, ha de determinar la ganancia partible, habida cuenta que sólo a través de ella cabe establecer el haber líquido sometido a la partición, lo cual supone la formación de inventario, el avalúo y la tasación de los bienes, la determinación del pasivo de la sociedad y el establecimiento de las operaciones precisas para su pago, la fijación del remanente líquido y su distribución, así como la adjudicación de bienes para su pago. Sobre el modo de practicar la liquidación, hay que remitirse a las normas del juicio voluntario de testamentaría previsto en los artículos 1054 a 1093 LEC, en cuanto resulten aplicables a la división de esta comunidad singular que es la sociedad de gananciales y llegados al trámite del artículo 1088 de la LEC/1881 que remitía al juicio declarativo correspondiente, reiterada jurisprudencia (STS de 8 de julio de 1995, 25 de mayo de 1996 y 8 de julio de 1999), sólo podía tener por objeto la impugnación de la partición efectuada por el contador dirimente, respecto de las cuestiones que los interesados disidentes manifestasen sucesivamente y, es decir que dicho trámite no era un juicio independiente o autónomo del procedimiento particional que venía tramitándose. Esta misma característica cabe atribuir al juicio verbal al que se remite el artículo 787.5 de la LEC/2000, como deriva no sólo por razones sistemáticas, sino al establecer su párrafo segundo que la sentencia que recaiga no tendrá eficacia de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los “bienes adjudicados” en el juicio ordinario que corresponda. Del que igualmente se deduce que la finalidad última de la liquidación es, después de verificadas las operaciones liquidatorias, la adjudicación de la masa partible entre los cónyuges.

La solución propuesta por el juez de adjudicar el piso por mitades indivisas, con posibilidad de venta en pública subasta conforme a lo dispuesto en el artículo 1062 CC, EDL1889/1, es incongruente, de un lado, porque tras la disolución del régimen económico matrimonial los bienes conyugales mientras se practica la liquidación y adjudicación ya están sometidos al régimen de comunidad de bienes, artículos 392 y siguientes, EDL1889/1 (entre otras STS de 19 de junio de 1998, EDJ1998/8656) y de otro lado, porque las partes litigantes lo que han solicitado es que se adjudique a cada una de ellas la vivienda conyugal, pero no que se proceda a su venta en pública subasta. En este sentido la STS de 16 de febrero de 1998, EDJ1998/941, afirma que la igualdad cualitativa que, para toda partición de herencia establece el artículo 1061 CC, EDL1889/1, ha de entenderse siempre sobre la base de que dicha igualdad sea posible, como el propio precepto proclama, posibilidad que indudablemente, no concurre cuando, en el patrimonio partible, solamente exista un bien de naturaleza inmueble y éste, además, sea indivisible o desmerezca mucho por su división, pues en dichos supuestos el precepto aplicable es el artículo 1062 del CC, EDL1889/1, con arreglo al cual el referido bien inmueble podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar al otro el exceso en dinero, si ninguno de ellos ha pedido su venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños».

(16) Audiencia Provincial de Lugo, Sec. 1.ª, de 23 de mayo de 2003.

Pero aquí no termina el proceso, pues el artículo 787.5 LEC establece que **la sentencia que recaiga se llevará a efecto con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente, pero no tendrá eficacia de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que corresponda.**

Como vemos realmente el proceso no se ha reducido en el tiempo y si analizamos la lentitud de los recursos de apelación y casación en no pocos casos una liquidación puede durar tranquilamente más de diez años, más lo que pueda tardar el juicio ordinario, y éste sí podrá acceder a la casación.

Sí que hemos de indicar que el juicio ordinario posterior, que sólo será el ordinario, de ahí que la expresión «que corresponda» suene a gazapo legislativo, quedará limitado en su objeto, pues no podrán discutirse en él aquellas cuestiones que no hayan sido controvertidas por las partes con anterioridad.

El objeto de este proceso, que no olvidemos ya no discute el cuaderno particional elaborado por el contador, sino la sentencia dictada por el juez, deberá ceñirse a la adjudicación de bienes determinada en la sentencia, sin que pueda ser su objeto nada que afecte ni al inventario, inclusión o exclusión de bienes, pues eso ya fue decidido en la sentencia dictada en la fase de inventario. Por ello el objeto de este juicio será aquello que fue objeto de controversia y que quedó reflejado en el acta, (recordemos que no hay demanda escrita, así que cuidado con lo que se dice y si todo quedó grabado con claridad). Como decimos, los motivos de esta impugnación son muy estrictos y difíciles, como vienen siendo las causas reguladas en el Código Civil sobre invalidación o rescisión de partición ya realizada. Prácticamente el juicio versaría sobre la naturaleza privativa o ganancial de un determinado bien, o sobre la lesión de un derecho de preferencia legal a la hora de atribuir un bien a uno u otro cónyuge.

7. Adición de bienes

Tras proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales, puede ocurrir que con posterioridad aparezcan bienes omitidos en el activo o deudas omitidas en el pasivo, cuyo desconocimiento fuere absoluto por la parte que ahora invoca su inclusión, pues como ya indicábamos al estudiar la fase de inventario y la propuesta que hay que efectuar, no podrá la parte que conocía su existencia, invocar olvido o negligencia. Ante esta situación, cabe interponer acción solicitando la adición o complemento de bienes, siendo de aplicación lo establecido en el artículo 1079 del Código Civil⁽¹⁷⁾, no siendo procedente instar un nuevo proceso liquidatorio.

(17) Así lo entienden, entre otras, las Sentencias de la AP de Alicante de 12 de febrero de 2004, SAP Alicante de 12 de febrero de 2004. La AP desestima el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de primera instancia, que rechaza la demanda sobre rescisión por lesión del cuaderno particional realizado en autos de liquidación del régimen económico matrimonial, por cuanto que el agravio denunciado no excede de la cuarta parte. La ausencia de un negocio en el cuaderno particional debe ser subsanada mediante su complemento o adición posterior, pero sin dar lugar a la rescisión de lo ya efectuado.

De la AP de Valencia de 6 de mayo de 2002, SAP Valencia de 6 de mayo de 2002. Estima la AP parcialmente el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que desestimó la demanda de adición a liquidación de sociedad de gananciales, al apreciar la excepción de falta de acción. La Sala indica que se estimó la falta de acción basándose en un convenio de renuncia formal y expresa aprobada en sentencia judicial de todas las acciones referentes a la liquidación de la sociedad de gananciales. Al tratarse de una renuncia de derechos su interpretación debe guardar

Esta nueva acción se limita única y exclusivamente a los bienes no incluidos en la liquidación ya practicada; si bien, caso de estimarse su inclusión, obviamente implicará un nuevo examen de la liquidación efectuada en su día, sin que, como indica el citado artículo 1079 del Código Civil, implique la rescisión de la anterior liquidación.

El artículo 1079 CC permite la práctica de una liquidación adicional que prevenga las drásticas consecuencias de la rescisión, y la opción indemnizatoria o la anulación, todo ello en virtud del principio de la conservación de la partición, que se desprende del artículo 1077 CC.

Con referencia al procedimiento a seguir, la ley mantiene un vacío al respecto, siendo los tribunales los que optarán por iniciar un proceso especial de los artículos 806 y siguientes de la LEC, sólo con referencia a los bienes a adicionar, u obligar a las partes a un juicio ordinario, entre ellas la AP de Córdoba, Sec. 2.^a, Sentencia de 11 de marzo de 2009, cuando indica que «La adición o complemento a la liquidación de gananciales debe sustanciarse por los trámites del juicio ordinario, y por tanto, procede declarar la nulidad de lo actuado desde la admisión a trámite de la demanda habida cuenta que se siguió el procedimiento establecido en los artículos 806 y siguientes de la LEC».

A pesar de esta sentencia, en los comentarios de la revista *Sepín* (número 21, de abril de 2003), y sobre encuesta entre los jueces que comentan tales cuestiones, como conclusión se alcanzó la conveniencia de volver a iniciar el proceso de los artículos 806 y siguientes LEC, y a igual criterio llegaron los jueces y magistrados de familia en el encuentro de ese mismo año 2003.

No obstante, cada Audiencia Provincial sigue un criterio u otro. Así, Asturias, Sevilla, Baleares y Vizcaya sostienen la posibilidad del proceso de los artículos 806 y siguientes LEC, mientras Córdoba, Castellón, Burgos, Madrid, A Coruña y La Rioja mantienen el criterio del juicio declarativo.

Como siempre, antes de ir a un juicio es mejor preguntar: «¿Señoría usted aquí qué criterio procesal sigue?».

Y después de todo esto, puede procederse a la anulabilidad, la nulidad o la rescisión de la liquidación, pero como decía Michael Ende en *La Historia interminable*, ... «eso es otra historia».

relación concreta con el bien objeto de partición y no con los que en ella no se mencionan, de modo que aplicándose el artículo 1079 CC en cuanto a la posibilidad de completar o adicionar los objetos omitidos, no pueden quedar afectados aquellos cuya renuncia no se enmarcó en la unidad del acuerdo documental, como ha sucedido con el precio de rescate de la póliza de vida concertada por el demandado vigente la sociedad de gananciales y cuyas primas fueron abonadas con fondos gananciales.

Y de la AP de Madrid de 3 de julio de 2001.

LA GENÉRICA VALIDEZ DE LOS PACTOS EN PREVISIÓN DE LA RUPTURA MATRIMONIAL

CRISTÓBAL PINTO ANDRADE

Juez sustituto

RESUMEN

Los «acuerdos o pactos prematrimoniales» que regulan las consecuencias para los cónyuges de una eventual ruptura matrimonial son muy conocidos y utilizados en otros países pero en nuestro Derecho carecen de tradición. El presente artículo aborda la validez genérica en nuestro ordenamiento jurídico de este tipo de acuerdos. Se trata de acuerdos celebrados entre cónyuges o futuros cónyuges donde se contemplan las consecuencias de una posible ruptura matrimonial por separación o divorcio. Su nota característica está en su carácter preventivo con relación a la ruptura de la pareja, con independencia de que se celebren antes o después del matrimonio. Esta naturaleza previsor o prospectiva los diferencia frente al Convenio Regulador u otro tipo de contratos meramente privados que dan cauce a la autonomía de la voluntad de los cónyuges pero una vez surgida la crisis y producida la ruptura matrimonial o incluso frente a las Capitulaciones Matrimoniales puesto que estos pactos, dependiendo de su contenido, no necesariamente deben ser canalizados a través de este instrumento.

Palabras clave: Pactos preventivos. Consentimiento. Objeto. Causa. Regulación positiva. Autonomía de la voluntad. Orden público.

ABSTRACT

The «prenuptial agreements or contracts» that regulate the consequences for the spouses of an eventual matrimonial rupture are very well-known and used in other countries but in the Spanish Law are not that common. The present article approaches the generic validity in our legal system of this type of agreements. They are agreements between spouses or future spouses that establish the consequences of a possible matrimonial rupture by separation or divorce. Their main feature is its cautionary nature in relation with the couple's rupture, with independence that they take place before or after the marriage. This far-sighted or prospective nature make them different from the Settlement Agreement or any other merely private contracts that provide a way for the autonomy of the will of the spouses once the crisis has arisen and the matrimonial rupture is a fact or even the Marriage Settlements, as in these agreements, depending on their content, should not necessarily be channeled through this instrument.

Key Words: Cautionary Pacts. Consent. Object. Cause. Positive regulation. Will. Public order.

SUMARIO

- I. CONCEPTOS GENERALES.
- II. LA CUESTIÓN DE SU VIABILIDAD GENÉRICA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.
- III. LOS REQUISITOS MATERIALES DE VALIDEZ DE LOS PACTOS Y ACUERDOS MATRIMONIALES EN PREVISIÓN DE LA RUPTURA. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y SUS LÍMITES.

1. Consentimiento, objeto y causa.

- A) Conceptos.
- B) Supuestos.

2. Los requisitos de forma y el soporte documental de los pactos o acuerdos matrimoniales en previsión de la ruptura.

3. La ley imperativa, el orden público y los principios de igualdad jurídica y de no causar perjuicios entre cónyuges.

IV. CONCLUSIONES.

I. CONCEPTOS GENERALES

Los pactos en previsión de la ruptura matrimonial consisten en decisiones o acuerdos de los cónyuges adoptados antes o después de celebrado el matrimonio dirigidos a regular las consecuencias personales y económicas de una eventual y futura ruptura matrimonial. De otra manera podrían definirse como aquellos negocios jurídicos de Derecho de Familia en virtud de los cuales, quienes tienen proyectado contraer matrimonio o se encuentran en situación de normal convivencia matrimonial regulan total o parcialmente las consecuencias o efectos tanto personales como patrimoniales que pudieran derivarse de la eventual ruptura o disolución de su matrimonio sea por separación o divorcio.

Frente a los Convenios Reguladores, las Capitulaciones Matrimoniales o los Convenios de separación de hecho, considerados también por la Jurisprudencia como negocios de familia, presentan un rasgo característico: son medidas convenidas por los cónyuges *ex ante* de la crisis convivencial, que se adoptan antes o después de celebrado el matrimonio pero en situación de normal convivencia y «en anticipación a la crisis o la ruptura». Éste es el rasgo que los distingue y diferencia. Gráficamente podríamos señalar que los pactos y acuerdos matrimoniales en previsión de la ruptura participan de la naturaleza de los Capítulos Matrimoniales tanto por el momento en que pueden celebrarse como porque en la práctica suele utilizarse este *instrumentum* contractual (escritura notarial de capitulaciones matrimoniales) para su otorgamiento pero a la vez presentan elementos propios de los Convenios de separación de hecho y de los Convenios Reguladores tanto porque pueden contener estipulaciones propias del artículo 90 CC como porque puede preverse que lo pactado sirva en el futuro precisamente como propuesta de Convenio Regulador⁽¹⁾.

La Doctrina viene afirmando la conveniencia de su suscripción⁽²⁾ ya que:

(1) GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., «Acuerdos y pactos prematrimoniales (I)», *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 81, julio, 2008, p. 1.

(2) GARCÍA RUBIO, M.P., «Acuerdos prematrimoniales. De nuevo sobre la libertad y sus límites en el Derecho de Familia», *Nuevos retos de Derecho de familia, Ponencias de las XIII Jornadas de Derecho catalán en Tossa de Mar*, Documenta universitaria. Universidad de Girona, 2004, pp. 99 y 100.

- A través de ellos las partes afrontan de manera realista su relación y pueden regularla de conformidad con sus mutuas aspiraciones, intereses y valores, los cuales pueden no coincidir con los establecidos con carácter general por el legislador en las normas sobre los efectos comunes a la separación y el divorcio.
- Se señala su especial interés en el caso de las familias recompuestas o reconstituidas en las que la existencia de hijos no comunes y de patrimonios de cierta entidad anteriores al matrimonio constituyen importantes y específicos factores escasamente tenidos en cuenta, al menos hasta ahora, por el legislador. Hay que pensar que muchas personas que contraen matrimonio ya han pasado por una anterior crisis matrimonial y por la mala experiencia previa quieren impedir que una nueva separación o divorcio suponga una repetición de aquella situación.
- Se reducen los costes financieros y emocionales de la ruptura conyugal que se encuentra ya perfectamente regulada desde su inicio.
- En otras ocasiones son motivos extraconyugales los que aconsejan establecer estas previsiones: la conservación de una empresa o de una actividad profesional compartida exige a menudo ponerla fuera del alcance de los avatares matrimoniales y es por eso que en los protocolos familiares se sugiere o impone a quienes los suscriben hacer capítulos acordes con aquella finalidad.

Sin duda ninguna, en el auge y resurgimiento de este tipo de acuerdos ha jugado un importante papel referencial el reconocimiento de los pactos entre convivientes de las leyes autonómicas sobre uniones de hecho y su desarrollo jurisprudencial. Y ello desde la constatación del hecho de que matrimonio y unión de hecho son instituciones que, lejos de separarse y diferenciarse, tienden a igualarse y equipararse desde el punto de vista legal. A día de hoy, unánimemente, tanto la Doctrina como la Jurisprudencia consideran perfectamente válidos estos pactos que regulen la convivencia de la pareja de hecho y los efectos de la futura ruptura. Esta conclusión se funda en la licitud genérica de las situaciones de convivencia *more uxorio* que ya no repugnan la moral socialmente dominante⁽³⁾, han sido reconocidas por el legislador y han merecido un juicio favorable del Tribunal Supremo. En la Jurisprudencia, pionera en este sentido fue la STS de 18 de mayo de 1992 cuando señala que dichos Convenios están dotados de la licitud y fuerza obligatoria conforme al artículo 1255 del Código Civil añadiendo que conviene recordar que la Recomendación número R (88)-3 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 7 de marzo de 1988 está orientada para que los contratos de naturaleza patrimonial entre personas que viven juntas como parejas no casadas o que regulan las relaciones patrimoniales entre las mismas, ya sea por el período ulterior a su cesación, no puedan tenerse como nulos, por la única razón de haberse concertado en dichas situaciones (**STS 1.ª de 4 de junio de 1998** y **STS 1.ª de 22 de enero de 2001**). Y a tenor de este reconocimiento, las sucesivas leyes autonómicas reguladoras de las uniones de hecho abundan en esta idea al señalar todas ellas la libertad

(3) Así lo consideraba el Tribunal Supremo, entre otras, en SSTs de 18 de marzo de 1918, 2 de abril de 1941, 5 de octubre de 1957 y 17 de octubre de 1959. En esta cuestión hay que tener también presente que el Consejo de Europa en la Recomendación 88-3 del Consejo de Ministros de 7 de marzo de 1988 alienta a sus Estados miembros a que tomen las medidas correspondientes a fin de que tales contratos o convenios de naturaleza patrimonial no puedan considerarse como nulos por el hecho de haberse celebrados entre personas no casadas, sino unidas en unión de hecho.

de pactar entre los convivientes de hecho los aspectos personales y patrimoniales, tanto para que rijan durante la convivencia como en previsión de la futura ruptura de la unión.

II. LA CUESTIÓN DE SU VIABILIDAD GENÉRICA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

A diferencia de lo que ocurre en otros países como Alemania⁽⁴⁾ o en ordenamientos de inspiración anglosajona⁽⁵⁾, en España los pactos matrimoniales en previsión de la ruptura no gozan de un reconocimiento jurídico explícito en la legislación civil común, esto es, en el Código Civil.

Sin embargo, sí que aparecen regulados en algunos Derechos civiles forales: Así, desde 1998 se reguló expresamente en el Código de Familia de Cataluña y recientemente han obtenido plasmación legal en el Derecho Foral valenciano y en el futuro nuevo Código de Familia de Cataluña. Por último, existen referencias tangenciales en el Derecho Foral de Aragón y de Galicia. Veamos:

- **Cataluña:** El artículo 15.1 del, aún vigente, Código de Familia de Cataluña⁽⁶⁾ admite que se acuerde como contenido propio de los Capítulos Matrimoniales todo pacto lícito que los cónyuges estimen conveniente «incluso en previsión de una ruptura matrimonial». Ha de hacerse notar que una de las características propias del Derecho civil catalán es el principio general de «libertad civil» que hace prevalecer la voluntad de las partes en todo aquello que no contrarie normas civiles imperativas⁽⁷⁾. Por otra parte, insistiendo en esta idea, en la recientemente aprobada, aunque aún no vigente, «Ley del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña relativo a la

(4) En el Derecho alemán, el parágrafo 1408 BGB admite que mediante pacto expreso en Capitulaciones Matrimoniales (*Ehevertrag*) los cónyuges puedan renunciar a la pensión compensatoria, si bien no se considera eficaz si se presenta la demanda de separación o divorcio dentro del año siguiente al acuerdo. El Alto Tribunal alemán y la práctica, en coherencia con ello, mantienen la validez de los pactos en previsión de la ruptura, aunque se avanza en orden a trazar unos límites más estrechos en su configuración. EGEA FERNÁNDEZ, J., «Pensión compensatoria y pactos de previsión de una ruptura matrimonial», *Libro Homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, Tomo 3, Civitas, 2002, p. 4555.

(5) En Estados Unidos, la Uniform Premarital Agreement Act (UPAA) aprobada en 1983 y que ha sido adoptada en veintisiete Estados (Arizona, Arkansas, California, Connecticut, Delaware, Distrito de Columbia, Florida, Hawái, Idaho, Kansas, Maine, Montana, Nebraska, Nevada, Nuevo México, Carolina del Norte, Dakota del Norte, Oregón, Rhode Island, Dakota del Sur, Texas, Utah, Virginia y Wisconsin) ha venido a consagrar la validez de estos acuerdos siempre que no perjudique a los hijos menores ni deje a uno de los cónyuges en situación de necesidad.

(6) Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia (BOE de 19 de agosto de 1998).

(7) El artículo 111.6 del Libro I de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, Primera Ley del Código Civil de Cataluña (BOE de 6 de febrero de 2003) señala: «Las disposiciones del presente Código y de las demás leyes civiles catalanas pueden ser objeto de exclusión voluntaria, de renuncia o de pacto en contrario, a menos que establezcan expresamente su imperatividad o que ésta se deduzca necesariamente de su contenido. La exclusión, la renuncia o el pacto no son oponibles a terceros si pueden resultar perjudicados por ellos». Sobre la cuestión *vid.* GRAMUNT FOMBUENA, M., «La redimensió de la llibertat civil en l'àmbit de les relacions familiars», *Documents de treball, Investigació (Ajuts a la investigació, 2008)*, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, diciembre 2008.

familia y a la persona»⁽⁸⁾ se desarrolla de una manera más pormenorizada su otorgamiento, contenido y límites.

- **Aragón:** El artículo 3 de la Ley aragonesa de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad⁽⁹⁾ contempla que los cónyuges puedan regular sus relaciones familiares en Capitulaciones Matrimoniales lo que conjugado con el conocido principio de libertad de voluntad civil (*Standum est chartae*⁽¹⁰⁾) característico de la normativa foral aragonesa hace pensar que se refiere a algo más que a estrictas cuestiones económicas. Lo confirma el artículo 15 de la Ley en cuanto autoriza a que en Capítulos Matrimoniales pueda determinarse el régimen económico matrimonial, convenir heredamientos, realizar donaciones y establecer las estipulaciones y pactos lícitos que se consideren convenientes, incluso en previsión de una ruptura matrimonial.
- **Valencia:** En el mismo sentido se mueve el artículo 25 de la Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano⁽¹¹⁾ cuando señala que en la Carta de nupcias o

(8) Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (BOE de 21 de agosto de 2010). Esta Ley aprobada y publicada no entrará en vigor hasta el 1 de enero de 2011 a tenor de su Disposición Final Quinta. En la regulación contenida en el Libro II, se desarrolla la referencia genérica que el Código de Familia de 1998 hacía, en materia de capítulos matrimoniales, a los pactos en previsión de una ruptura matrimonial. Se establecen sus requisitos formales y sustantivos para que puedan considerarse plenamente válidos y eficaces. Entre estos requisitos destacan la posibilidad de adoptarlos en una escritura que no sea capitular y el papel capital que se atribuye al notario que autoriza la escritura, para garantizar que los pactos, particularmente los de renuncia, han sido precedidos de suficiente información sobre las respectivas situaciones patrimoniales y expectativas económicas. En línea con precedentes comparados en esta materia, se deja la puerta abierta a la revisión de la eficacia del pacto si en el momento en que se pretende el cumplimiento es gravemente perjudicial para un cónyuge y éste acredita que han sobrevenido circunstancias que no se previeron ni se podían razonablemente prever en el momento de su adopción. Al mismo tiempo, se marcan unos límites a las facultades dispositivas de las partes en las instituciones donde estos pactos pueden tener más incidencia, como en la prestación compensatoria y en relación con la compensación económica por razón de trabajo, y se distinguen los acuerdos en previsión de una ruptura de los que se hacen cuando el matrimonio ya ha entrado en crisis. También se ha considerado pertinente aclarar que el ejercicio de las pretensiones incluidas en el pacto en previsión de una ruptura matrimonial pueden hacerse efectivas en el marco del procedimiento matrimonial contencioso posterior, sin que pueda remitirse a las partes a un procedimiento declarativo ulterior.

En lo que aquí interesa, señala su artículo 231.19.1 que en los Capítulos Matrimoniales se puede determinar el régimen económico matrimonial, convenir heredamientos, hacer donaciones y establecer las estipulaciones y los pactos lícitos que se consideren convenientes, «incluso en previsión de una ruptura matrimonial». Además, seguidamente se hace un desarrollo sobre el contenido y forma de estos «pactos en previsión de la ruptura»: en el artículo 231.20 se señala que pueden instrumentarse en Capitulaciones o en escritura notarial desarrollando seguidamente limitaciones y requisitos genéricos de validez y eficacia. Finalmente, aparecen referencias expresas a ellos cuando se regula su eficacia genérica tras la ruptura matrimonial (artículo 233.5) y su posible contenido dentro de los efectos comunes a la separación y divorcio: compensación por razón de trabajo en el régimen de separación de bienes (artículo 232.7), criterios para la atribución de custodia de los hijos menores (artículo 233.11), prestación compensatoria por desequilibrio (artículo 233.16) y atribución del uso de la vivienda (artículo 233.21.3).

(9) Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad de Aragón (BOE de 13 de marzo de 2003).

(10) El artículo 3 de la Ley 3/1985, de 21 de mayo, sobre la Compilación del Derecho Civil de Aragón (6 de julio de 1985) señala: «Se estará en juicio y fuera de él a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés». Sobre la cuestión *vid.* RECIO SÁEZ DE GUINO, J.M., «El principio *Standum est chartae*», *Cuadernos «Lacruz Berdejo»*, disponible en <http://www.derecho-aragones.net/cuadernos/document.php?id=102>.

(11) Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano (BOE de 20 de abril de 2007), modificada por Ley 8/2009, de 4 de noviembre. Aunque la Ley 10/2007 no entró inicialmente en vigor en la fecha prevista al interponerse contra ella recurso de inconstitucionalidad por el Presidente del Gobierno central, siendo

Capitulaciones Matrimoniales se puede establecer «el régimen económico del matrimonio y cualesquiera otros pactos de naturaleza patrimonial o personal entre los cónyuges o a favor de ellos, de sus hijos nacidos o por nacer, ya para que produzcan efectos durante el matrimonio o incluso después de la disolución del mismo, sin más límites que lo que establece esta ley, lo que resulte de las buenas costumbres y lo que imponga la absoluta igualdad de derechos y obligaciones entre los consortes dentro de su matrimonio». Como ocurre en Cataluña y Aragón, la legislación valenciana hace especial hincapié en el principio de «libertad civil» como elemento característico propio de su legislación, en este caso, matrimonial⁽¹²⁾.

- **Galicia:** El artículo 172 de la Ley gallega de Derecho Civil⁽¹³⁾ señala que los cónyuges podrán pactar en Capitulaciones Matrimoniales la liquidación total o parcial de la Sociedad de Gananciales y las bases para realizarla, con plena eficacia al disolverse la sociedad conyugal.

En la legislación civil común, y a pesar de la falta de un reconocimiento legal explícito, numerosos preceptos del Código Civil apoyan la validez genérica de los pactos matrimoniales en previsión de la ruptura. En tal sentido, hoy podemos afirmar sin temor a equivocarnos que estos acuerdos han de reputarse en principio válidos y eficaces entre los cónyuges, quienes, haciendo uso de la autonomía de su voluntad y de la plena libertad de contratación mutua o de su libertad para adoptar cualesquiera disposiciones por razón del matrimonio pueden celebrar entre sí toda clase de negocios jurídicos.

Los preceptos fundamentales en apoyo de esta tesis serían el artículo 1255 CC cuando señala que «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público», el artículo 1323 CC al afirmar que «Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos» y, sobre todo, el artículo 1325 CC disponiendo que «En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo». Las obligaciones así nacidas y establecidas tendrían plena fuerza vinculante entre los cónyuges de conformidad con el principio *pacta sunt servanda* establecido en el artículo 1091 CC.

En nuestra opinión, la admisión y validez genérica de este tipo de pactos no debe ofrecer dificultad desde el momento en que la Jurisprudencia ha venido admitiendo la validez de los otros negocios jurídicos de familia, esto es, los pactos regulando la separación de hecho o los Convenios Reguladores no homologados judicialmente, siempre y cuando en estos acuerdos concurren los requisitos esenciales necesarios para la existencia de todo

decretada su suspensión cautelar, el Tribunal Constitucional, por Auto de 12 de junio de 2008, acordó levantar esta suspensión. Además, por Ley 8/2009, de 4 de noviembre, de la Generalitat, se realizaron diversas modificaciones a la Ley 10/2007 que permiten considerar que aquel recurso de inconstitucionalidad ha decaído por falta de objeto.

(12) El artículo 3 de la Ley 10/2007 dice: «El régimen económico matrimonial valenciano tiene como fundamento la plena igualdad jurídica de los cónyuges y se define por la más absoluta libertad civil entre los mismos, sin perjuicio de la necesaria protección social, económica y jurídica de la familia...».

(13) Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia (BOE de 11 de agosto de 2006), modificada por la Ley 10/2007, de 28 de junio, de reforma de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006.

negocio jurídico (consentimiento, objeto y causa, *ex* artículo 1261 CC), se cumplan los requisitos de forma *ad substantiam* exigidos por la Ley en determinados acuerdos (artículos 1279, 1280 y 1327 CC) y se respeten tanto los límites legales establecidos con carácter general a la autonomía privada (artículo 1255 CC) como los límites específicos impuestos por normas especiales en los contenidos que sean objeto de pacto o estipulación.

III. LOS REQUISITOS MATERIALES DE VALIDEZ DE LOS PACTOS Y ACUERDOS MATRIMONIALES EN PREVISIÓN DE LA RUPTURA. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y SUS LÍMITES

Analizada la viabilidad jurídica genérica de los pactos matrimoniales en previsión de la ruptura, la pregunta que surge inmediatamente es: ¿hasta dónde llega hoy el campo de los pactos preventivos?, ¿hasta dónde puede operar la autonomía de la voluntad de los cónyuges?

En efecto, que los negocios jurídicos de familia, y que específicamente los acuerdos matrimoniales en previsión de la ruptura, se consideren válidos y lícitos y no sean, genéricamente, nulos, no quiere decir que cualquier convenio o acuerdo sea lícito. En este punto, resulta plenamente aplicable la Jurisprudencia sobre el valor, eficacia y fuerza vinculante de las Capitulaciones Matrimoniales, los acuerdos privados de separación o Convenios Reguladores no homologados judicialmente (**STS 1.^a de 3 de febrero de 2006** y **STS 1.^a de 15 de febrero de 2002**). Por tanto:

- Deben concurrir los elementos constitutivos de todo contrato: Consentimiento, objeto y causa (artículo 1261 CC).
- Se deben cumplir las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter *ad solemnitatem* o *ad substantiam* para determinados acuerdos o pactos (artículos 1279, 1280 y 1327 CC).
- No se deben traspasar los límites que el artículo 1255 CC impone a la autonomía de la voluntad, en general, es decir, que no deben ser contrarios a «las leyes, a la moral ni al orden público», y, en especial, en relación con las Capitulaciones, el artículo 1328 CC («será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que correspondan a ambos cónyuges») y lo señalado en cuanto al Convenio Regulador en el artículo 90 CC («no cause grave daño para los hijos o perjuicio grave para uno de los cónyuges»).

1. Consentimiento, objeto y causa

Deben concurrir los elementos constitutivos de todo contrato señalados en los artículos 1261 y siguientes CC, es decir, consentimiento, objeto y causa. Como muy bien señala la Doctrina⁽¹⁴⁾, como cualquier contrato, los acuerdos matrimoniales en previsión de la ruptura han de ser el resultado de la libre voluntad de las partes que lo suscriben y la existencia de al-

(14) MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., «Consecuencias de la crisis matrimonial y autonomía de la voluntad», *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Lex Nova, 2009, p. 106.

gún vicio del consentimiento lo convertiría en anulable. De este modo podríamos encontrar casos en que, al producirse la crisis matrimonial, uno de los cónyuges impugne la validez del acuerdo matrimonial alegando que existió un vicio de consentimiento al suscribirlo.

A) Conceptos

A tenor del artículo 1265 CC será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.

Ahora bien, la Jurisprudencia se muestra muy rigurosa a la hora de decretar la nulidad de cualquier pacto matrimonial con base en un vicio del consentimiento y tiende, en principio, a su conservación en pro de la seguridad jurídica, requiriéndose cierta entidad, gravedad y relación directa con el negocio que se suscribe: Así:

- El reconocimiento del error sustancial con trascendencia anulatoria del negocio tiene un sentido excepcional muy acusado y, por ende, es de apreciación restrictiva ya que, fundamentalmente, lo decisivo para la existencia y eficacia del negocio jurídico es que se declare una voluntad y que lo declarado se ajuste realmente a lo querido, sin que los motivos que hayan decidido a las partes a celebrar el acto puedan ejercer influencia alguna, por regla general, sobre la validez de éste (**SAP Madrid 10.ª de 17 de noviembre de 2004**).
- La violencia, calificada en el artículo 1267 CC de fuerza irresistible, ha de ser anterior o coetánea con el acto de cuya nulidad se trata, pues necesariamente ha de ir dirigida a arrancar el consentimiento inválido por su concurrencia. Se exige así que se trate de una violencia grave, de calidad como para ser tenida por irresistible en el sentido de presentar tal consentimiento como necesario. Por lo que se refiere a la intimidación, ha de quedar integrada por una amenaza injusta o ilícita, con marcado matiz antijurídico y tan fuerte que obligue a quien la padece a que su voluntad se determine en sentido contrario a sus intereses. Se deduce que la violencia requiere fuerza física grave encaminada a arrancar el consentimiento, y que la intimidación precisa de la existencia de una amenaza grave que determine la voluntad en forma contraria a los intereses de quien resulta intimidado. Es pues imprescindible que entre la violencia o la intimidación y el negocio cuya anulabilidad se pretende concorra una relación de causa-efecto (**SAP Tarragona 1.ª de 7 de septiembre de 2005** y **SAP Granada 3.ª de 5 de mayo de 2005**).
- En cuanto al dolo, los requisitos que se exigen para que el dolo pueda actuar son: una conducta insidiosa dirigida a provocar la declaración negocial, que la otra voluntad negociadora quede viciada en su libertad y conocimiento por tal conducta, que todo ello determine la actuación negocial, que sea grave y que no se haya causado por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes (**SAP Las Palmas 5.ª de 29 de enero de 2004**).

B) Supuestos

En este punto resulta esencial tener en cuenta y valorar las circunstancias en las que se suscriben los acuerdos: habitualmente se hacen en el contexto de matrimonios jóvenes o de una

inminente ruptura matrimonial, momentos cruciales en los que la voluntad puede hallarse desinformada, mal formada, anulada o alterada (depresión, inestabilidad psicológica y emocional,...). Son habituales, por tanto, las solicitudes de nulidad de acuerdos fundados en estas razones tanto en relación a Capitulaciones Matrimoniales (**SAP Zaragoza 2.ª de 22 de julio de 2008**) como a Convenios privados (**SAP Baleares 5.ª de 16 de abril de 2003; SAP Ávila de 15 de diciembre de 2003; SAP Orense 1.ª de 18 de febrero de 2004**) lo que finalmente se reconduce a una cuestión de valoración de la prueba obrante en el proceso.

Por ello, en los acuerdos matrimoniales en previsión de la ruptura resulta importante la labor previa de información y asesoramiento tanto de la situación económica de ambas partes como los términos del contrato así como la existencia de una suficiente antelación entre su presentación y su suscripción, labor en la que el Notario⁽¹⁵⁾ resulta crucial. De esta forma, la libre formación de la voluntad nos conduce a remarcar la importancia de la forma.

2. Los requisitos de forma y el soporte documental de los pactos o acuerdos matrimoniales en previsión de la ruptura

En el Derecho Civil común el posible encaje formal o instrumental de los pactos y acuerdos en previsión de la ruptura matrimonial puede venir dado por el artículo 1325 CC, cuando al regular las Capitulaciones Matrimoniales dice que «En capitulaciones podrán los cónyuges estipular, modificar o sustituir el régimen económico del matrimonio o cualquier estipulación por razón del mismo».

Ciertamente, si se consulta cualquier Manual de Derecho Civil de autores que podríamos denominar «clásicos»⁽¹⁶⁾ no encontraremos los pactos en previsión de la ruptura matrimonial como uno de los acuerdos posibles dentro de las Capitulaciones Matrimoniales. No han faltado autores que han entendido que éstas siempre debían mirar al matrimonio que convive al estar diseñadas para acometer la regulación del régimen económico del matrimonio cuya vigencia los cónyuges presuponen y que por ello no se podría introducir en ellas regulación alguna más allá del matrimonio⁽¹⁷⁾.

(15) Sobre la cuestión, el artículo 231.20 de la Ley 25/2010 del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña resulta sumamente revelador cuando, tratando de evitar posibles vicios del consentimiento, «notarializa» su otorgamiento (neologismo o expresión acuñada por ROCA TRÍAS que significa que la ley catalana huye de los controles judiciales para caer en otro tipo de control, privado. ROCA TRÍAS, E., «Crisis matrimonial y arbitraje», en *Anuario de Justicia alternativa*, núm. 6/2005, p. 1): «1. Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial se pueden otorgar en capítulos matrimoniales o en escritura pública. 2. Antes de autorizar la escritura, el Notario tiene que informar por separado a cada uno de los otorgantes sobre el alcance de los cambios que se pretenden introducir por aquellos pactos con respecto al régimen legal supletorio y tiene que advertirles de su deber recíproco de proporcionarse la información a que se refiere el apartado 4 de este artículo. 3. Los pactos de exclusión o limitación de derechos tienen que tener carácter recíproco y precisar con claridad los derechos que se renuncian o limitan. 4. El cónyuge que pretenda hacer valer un pacto en previsión de ruptura tiene la carga de acreditar que la otra parte disponía, en el momento de firmarlo, de información suficiente sobre su patrimonio, ingresos y previsibles expectativas económicas, siempre que esta información fuera relevante en cuanto al contenido del pacto (...)».

(16) DE LOS MOZOS, AMORÓS, CASTÁN, LACRUZ, Díez-PICAZO, O'CALLAGHAN, LASARTE...

(17) CABEZUELO ARENAS, A.L., «¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales?», *Aranzadi Civil*, núm. 18, 2004, p. 2391.

Sin embargo, otro pujante sector de la Doctrina viene entendiendo que a través de una interpretación amplia y flexible⁽¹⁸⁾ o conforme a la realidad social⁽¹⁹⁾ del inciso final del precitado artículo 1325 CC: «... cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo (del matrimonio)», cabría establecer en las Capitulaciones cualesquiera otras estipulaciones reglamentando las relaciones personales y patrimoniales futuras de los cónyuges y de los hijos, admitiéndose de esta manera la plena validez de los pactos en previsión de una eventual ruptura matrimonial.

Esta idea viene a reforzarse ya, sin duda alguna, en las legislaciones forales que se ocupan expresamente de la cuestión, pues tanto la vigente legislación catalana como la valenciana se refieren a estos acuerdos cuando regulan la normativa de los Capítulos Matrimoniales que, a la sazón, deben instrumentarse en escritura pública.

Ahora bien, la pregunta que cabe plantearse ahora es si la escritura de Capitulaciones Matrimoniales es el único instrumento donde se pueden formalizar los pactos en previsión de la ruptura en la legislación común. Como se señala en la Doctrina⁽²⁰⁾, la respuesta debe ser negativa, esto es, que nos encontramos dentro del ámbito contractual sometido al principio de la libertad de forma (*ex* artículo 1278 CC) de modo que los acuerdos recogidos en un documento privado serán, en principio, tan válidos como los que consten en escritura pública. Dicho lo cual, debe señalarse que, a pesar de esta afirmación de libertad de forma, existen una serie de acuerdos o pactos cuyo contenido, por exigencia legal, requieren una forma *ad substantiam* debiendo constar en todo caso en escritura pública, bajo sanción de invalidez:

- Los acuerdos relativos a la fijación, modificación o sustitución del régimen económico matrimonial (artículo 1325 en relación con el artículo 1327 CC).
- Los acuerdos de donaciones *propter nuptias* de bienes inmuebles presentes (*ex* artículo 1341.1 en relación con los artículos 1327 y 633 CC) o donaciones de bienes futuros, muebles o inmuebles, sólo para el caso de muerte (*ex* artículo 1341.2 en relación con los artículos 1327 y 633 CC), o promesas de mejorar o no mejorar (artículo 826 en relación con el artículo 1327 CC).

En el orden práctico, ciertamente la escritura notarial, de por sí, otorga un aval adicional a la formalización de los acuerdos pues la intervención de un fedatario público le dota de unas garantías en cuanto a su forma, estructura y expresión de su contenido del que carecería un pacto suscrito de manera privada. Todo ello sin olvidar el control en cuanto al otorgamiento de un libre consentimiento a través de las debidas informaciones y advertencias por el Notario. Además, la mayor fuerza probatoria en un proceso judicial del instrumento público frente al documento privado es otra de las razones que aconsejan para utilizar la forma de escritura pública. Por último, su registro protocolar permite y facilita

(18) GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., «Acuerdos y contratos prematrimoniales (I)», cit., p. 12.

(19) REBOLLEDO VARELA, A.L., «Pactos en previsión de la ruptura matrimonial», *Libro Homenaje al Profesor Cuadrado Iglesias*, Vol. I, Aranzadi, 2008, p. 741.

(20) GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., «Acuerdos y contratos prematrimoniales (I)», cit., p. 13; REBOLLEDO VARELA, A.L., «Pactos en previsión...», cit., p. 742.

su posterior acceso al documento original y demás copias⁽²¹⁾. La libre formación de la voluntad nos conduce a remarcar la importancia de la forma, siendo el documento publico el que mejor garantiza el principio de la libertad y por tanto, que el consentimiento de las partes responde a una conformación de su libre voluntad⁽²²⁾.

Al hilo de lo anterior, señala la interesante **STS 1.^a de 3 de febrero de 2006** que en los negocios jurídicos entre cónyuges, tanto en Capitulaciones Matrimoniales como fuera de ellas (los que podemos calificar como atípicos), lo realmente importante es que concurren los elementos del artículo 1261 CC, es decir, consentimiento, objeto y causa y no traspasar los límites que el artículo 1255 CC impone a la autonomía de la voluntad, es decir, que no deben ser contrarios a «las leyes, a la moral ni al orden público»; en cuanto a la forma, habrán de utilizar la forma o *instrumentum* que se exija legalmente para el contenido de cada pacto (*negotium*) en particular.

3. La ley imperativa, el orden público y los principios de igualdad jurídica y de no causar perjuicios entre cónyuges

Las estipulaciones contenidas en los pactos matrimoniales en previsión de la ruptura no deben traspasar los límites que el artículo 1255 CC impone a la autonomía de la voluntad, en general, es decir, que no deben ser contrarios a «las leyes, a la moral ni al orden público» y, en especial, en relación con las Capitulaciones, el artículo 1328 CC («será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que correspondan a ambos cónyuges») y lo señalado en cuanto al Convenio Regulador en el artículo 90 CC («no cause grave daño para los hijos o perjuicio grave para uno de los cónyuges»).

Tomando como referente los pactos en las uniones de hecho o *more uxorio*, ya la Consulta de 3 de abril de 1987 de la Fiscalía General del Estado afirmaba: «aparte de la eventual licitud actual de los pactos extintivos con contenido patrimonial entre los convivientes, nos parecen claras dos cosas: que la autorregulación que puedan hacer para el futuro no alcanzará a las relaciones de patria potestad y filiación en forma distinta de la prevista *ex lege*; y que si estas uniones carecen de acto constitutivo, tal circunstancia no supone que los hijos hayan de estar privados de la tutela judicial general, pues, como ya se ha indicado, todos los hijos son titulares de los mismos derechos a cumplir por los progenitores con independencia de su cualidad matrimonial o no matrimonial». Por otra parte, algunas de las CCAA con legislación sobre parejas de hecho abundan en estas ideas al señalar todas ellas ciertos límites a la hora de pactar entre los convivientes. En dichos preceptos, y casi por unanimidad en todos ellos, se especifica que serán nulos y carecerán de validez los pactos «contrarios a las leyes, a normas imperativas o limitativos de la igualdad de derechos que corresponde a cada conviviente o gravemente perjudiciales para uno de ellos». Asimismo,

(21) Precisamente, en esta línea, el artículo 231.20 de la Ley 25/2010 del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña obliga a utilizar la vía de la escritura notarial, en todo caso, para todo pacto en previsión de la ruptura matrimonial, sin distinguir su posible contenido («Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial se pueden otorgar en capítulos matrimoniales o en escritura pública»).

(22) EGEA FERNÁNDEZ, J., «Pensión compensatoria...», cit., p. 4562.

se alude generalmente a que serán nulos los pactos cuyo objeto sea exclusivamente personal o que afecten a la intimidad de los convivientes.

Como acertadamente se señala en la Doctrina⁽²³⁾, en realidad, estos requisitos o límites no son más que una manifestación de lo que se ha denominado «constitucionalización» del Derecho de Familia, que se basa en el reconocimiento e implementación de los derechos fundamentales también en este campo, y lleva a que hoy deba definirse este sector del derecho privado teniendo en cuenta su inserción en un ordenamiento mucho más complejo y pluralista en el que no puede vivir aislado. Así, se define el Derecho de Familia como aquel conjunto de normas, en gran parte imperativas, que traducen a la legislación ordinaria los principios constitucionales que afectan a los individuos que la forman. Serán, por tanto, los derechos fundamentales, los que justifican y a la vez limitan tanto las regulaciones de la familia como los que determinan los límites de la autonomía de la voluntad de los componentes del grupo familiar.

IV. CONCLUSIONES

Se puede afirmar que en el sector del Derecho de Familia la regla es la imperatividad y la excepción, la posibilidad de pacto de modo que ciertas cuestiones controvertidas en un proceso matrimonial se rigen por preceptos imperativos, de orden público, *ius cogens* o derecho necesario, en los que el Juez no se encuentra condicionado por las peticiones de las partes ni por sus acuerdos, y, sin embargo, otras cuestiones se rigen por el principio dispositivo o de rogación y, por tanto, negociable.

En líneas generales, y sin entrar en particularidades, existen al menos dos cuestiones indisponibles: No son negociables aspectos relativos al estado civil matrimonial ni a la configuración legal del matrimonio como institución ni caben pactos que perjudiquen el interés de los hijos (**STC 4/2001, de 15 de enero, SAP Guadalajara de 25 de mayo de 2005**). En efecto, dentro de las normas del *ius cogens*, el principio *favor filii* descuella como el límite de mayor importancia contra la validez y eficacia de los acuerdos en previsión de la ruptura matrimonial. Los derechos de los hijos menores caen en la órbita del *ius cogens* y defensa de oficio por el Ministerio Fiscal y por los Tribunales (artículo 91 CC) en donde prima el principio de *favor filii* y que tanto si se regulan en pactos extrajudiciales como en el propio Convenio Regulador previsto en el artículo 90 CC, no pueden ir contra el interés de los hijos, según se desprende del conjunto normativo de los artículos 154, 156, 158, 159, 164, 166 y 167 CC en relación con artículo 1258 CC, por lo que el pacto ha de pasar por el control judicial en cada proceso que se incoe (**SAP Barcelona 12.ª de 19 de noviembre de 1999**).

De esta manera y más allá de estas genéricas afirmaciones respecto a los límites, lo interesante es apuntar de manera casuística qué pactos los rebasan y cuáles no. En este sentido, resulta imposible formular una enumeración cerrada. Sin embargo, es posible indicar con carácter orientador una genérica validez de los pactos referidos a aspectos patrimoniales del matrimonio y una exclusión de la autonomía de la voluntad con relación a los aspectos personales del matrimonio.

(23) ROCA TRÍAS, E., «Crisis matrimonial...», cit., p. 2.

Revista de

Derecho de Familia

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

CUESTIONES PENALES

No se causó indefensión al acusado por el hecho de que la mujer aportase en el acto del juicio un informe pericial no anunciado como prueba en el escrito de acusación dado que aquél ni en ese momento ni en ninguno posterior solicitó la suspensión del acto del juicio ni propuso nuevas pruebas, por lo que la indefensión que se denuncia es imputable a su falta de diligencia procesal.

Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia n.º 52/2010, de 4 de octubre

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

ANÁLISIS DEL CASO

La Sentencia de 15 de septiembre de 2005, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Oviedo, condenó a D. Luis como autor de un delito de lesiones previsto en los artículos 147 y 148.4 del Código penal (CP), a la pena de cuatro años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio, prohibición de aproximarse a menos de cien metros de la víctima y de comunicar con ella durante cinco años. La Sentencia declara probado que el acusado agredió a su esposa, golpeándola en repetidas ocasiones con la cabeza mientras la sujetaba con los brazos. Como consecuencia de los cabezazos la víctima sufrió una contusión en los labios, la pérdida de una pieza dental y de la funda de otra, así como diversos hematomas en los antebrazos y en ambas piernas.

Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación, parcialmente estimado mediante Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 30 de noviembre de 2005. Dicha Sentencia confirma la condena del recurrente, si bien rebaja la pena privativa de libertad a tres años de prisión, teniendo en cuenta la falta de antecedentes penales del acusado y el resultado y riesgo producido.

D. Luis interpuso recurso de amparo.

Tanto el Ministerio Fiscal como la representación de la mujer presentaron escritos efectuando alegaciones e interesando la desestimación del recurso.

El Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Base del recurso de amparo

El recurrente fundamenta su demanda de amparo en la vulneración de los derechos fundamentales

a la igualdad (artículo 14 CE), a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE) y a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE).

Como primer motivo de amparo, y bajo la invocación del principio constitucional de igualdad (artículo 14 CE), se sostiene en la demanda que la pena impuesta en el presente caso produce una clara discriminación por razón de sexo, ya que si el mismo hecho lo hubiera cometido su esposa frente a él o a cualquier hombre la pena hubiera sido sensiblemente inferior. Y ello debido al tenor del artículo 148.4 CP, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, precepto que establece un trato discriminatorio del hombre frente a la mujer, al agravar considerablemente las penas si el hecho es cometido por un hombre (de dos a cinco años de prisión) frente al hecho cometido por una mujer (de seis meses a tres años). También entiende vulnerado el principio de igualdad por el hecho de que se diera credibilidad al testimonio de la mujer por el mero hecho de ser mujer, pese a las múltiples fisuras y contradicciones del mismo, ante la alarma social que provocan estos casos, negándosele al acusado desde el principio por el mero hecho de ser hombre.

Bajo la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE) y del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE) se denuncia que en el acto del juicio se causó indefensión al recurrente, al privarle del derecho a contradecir un informe pericial presentado por la acusación en el acto de la vista, a fin de acreditar la responsabilidad civil (cuya determinación se habían reservado las acusaciones para la fase de ejecución), pero cuyo contenido, así como la declaración del perito que efectuó dicho informe, es utilizado para desvirtuar el testimonio del médico forense e incorporado a la declaración de hechos probados, en relación con la necesidad de una intervención quirúrgica para la colocación del implante dental. Sostiene el recurrente que dicha prueba pericial debió anunciarse en el escrito de acusación para que hubiera podido articularse la defensa aportando otra prueba pericial.

Finalmente, y bajo la invocación del derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE), se ponen de relieve de nuevo las múltiples contradicciones en que incurriría el testimonio de la denunciante y el de su madre, concluyendo

que tales pruebas son insuficientes para desvirtuar la presunción de inocencia.

2. Razonamientos jurídicos del Tribunal Constitucional en relación con la vulneración del principio de igualdad y presunción de inocencia

Con reiteración de la doctrina contenida en la STC 41/2010, de 22 de julio, y reproducida en la STC 45/2010, de 28 de julio, se desestima el recurso de amparo en los motivos indicados.

3. Razonamientos jurídicos del Tribunal Constitucional en relación con la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE) y del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE)

Como segundo motivo de amparo, y bajo la invocación de los artículos 24.1 y 24.2 CE, denuncia el recurrente la indefensión que habría sufrido en el acto del juicio, al ser privado de su derecho a contradecir un informe pericial presentado por la acusación en el acto de la vista, cuyo contenido, así como la declaración del perito que efectuó dicho informe, es utilizado para desvirtuar el testimonio del médico forense e incorporado a la declaración de hechos probados, en relación con la necesidad de una intervención quirúrgica para la colocación del implante dental. Sostiene el recurrente que dicha prueba pericial debió anunciarse en el escrito de acusación para que hubiera podido articularse la defensa aportando otra prueba pericial.

Del examen de las actuaciones se desprende que al comienzo del acto del juicio (folio 99) y al abrirse el turno de intervenciones previsto en el artículo 786.2 LECrim, efectivamente se propuso como prueba por la acusación un informe médico y tres fotografías, que se incorporaron a la causa, pruebas que no habían sido propuestas en el escrito de acusación. Igualmente se desprende que la defensa del acusado se opuso a la práctica de dicha prueba, por entender que la responsabilidad civil se había dejado para ejecución de sentencia, alegando igualmente indefensión. Sin embargo, y como destaca el Ministerio Fiscal, la defensa ni en ese momento ni en ningún otro posterior (a la vista de las declaraciones del perito) solicitó la

suspensión del acto del juicio o propuso nuevas pruebas —a fin de poder articular correctamente su defensa respecto de dicha prueba que entiendo sorpresivamente presentada, solicitando eventualmente otra pericial, como entiende necesario en la demanda de amparo—, posibilidad que le concedía la normativa procesal. Es más, cuando una vez conocida la Sentencia condenatoria —en la que según el recurrente se tiene en cuenta el contenido de dicho informe como fundamento de la condena— se interpone recurso de apelación, el recurrente se limita de nuevo a denunciar la indefensión sufrida, sin intentar tampoco entonces la proposición de la prueba de descargo que —según alega— no pudo proponer en la instancia y le causó indefensión, posibilidad que tenía también a su alcance al amparo de lo previsto en el artículo 790.3 LECrim, como también pone de relieve el Ministerio Fiscal.

En definitiva, del examen de las actuaciones se desprende que la indefensión que ahora

se denuncia en amparo es imputable a la falta de diligencia procesal de la parte, al no ejercitar las facultades que le otorgaba la Ley de Enjuiciamiento Criminal para poder articular debidamente su defensa. Debiendo recordarse que «no puede alegar indefensión quien se coloca a sí mismo en tal situación o quien no hubiera quedado indefenso de haber actuado con la diligencia razonablemente exigible» (así, entre otras, SSTC 143/2003, de 14 de julio, FJ 4; 131/2007, de 4 de junio, FJ 5), pues en aplicación de la doctrina general sobre indefensión la constitucionalmente proscribida es la que deriva exclusivamente de la actuación del órgano judicial y no la que ocasiona la falta de diligencia procesal de la parte en la defensa de sus intereses (por todas, SSTC 33/2003, de 13 de febrero, FJ 4; 40/2004, de 22 de marzo, FJ 2; y 226/2005, de 12 de septiembre, FJ 2).

Procede, por tanto, la desestimación también del segundo de los motivos de amparo.

La mayor gravedad de la pena prevista en el artículo 148.4 del CP no vendría dada exclusivamente por la existencia presente o pasada de una relación de pareja entre el sujeto activo hombre y la mujer, sino por la concurrencia añadida de una particular gravedad de la conducta para el bien jurídico protegido, pudiendo optar el juzgador por no imponer la agravación si, aun estando ante un supuesto de violencia de género, no se apreciara tal particular intensidad lesiva en el riesgo o en el resultado.

Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia n.º 41/2010, de 22 de julio

Ponente: **Excmo. Sr. D. Javier Delgado Barrio**

ANÁLISIS DEL CASO

El día 27 de marzo de 2007 tuvo entrada en este Tribunal, con el núm. 2755-2007, un escrito de la Magistrada del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete al que se acompaña, junto al testimonio del procedimiento de juicio rápido núm. 82-2007, el Auto del citado Juzgado de 8 de marzo de 2007 en el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto al artículo 148.4 del Código penal (CP) por su posible contradicción con los artículos 1.1, 9, 10, 14, 17, 24.2 y 25.1 CE. Idéntico planteamiento realiza la misma Magistrada en otro procedimiento con número de registro 7291-2008 y Auto de cuestionamiento de 17 de diciembre de 2007 (procedimiento abreviado núm. 255-2007).

En los procedimientos señalados, tras la celebración del juicio oral, se acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que pudieran alegar sobre la pertinencia de plantear

cuestión de inconstitucionalidad respecto al artículo 148.4 CP por posible vulneración de los artículos de la Constitución ya reseñados.

A tal planteamiento se opusieron en ambos procedimientos el Ministerio Fiscal y las acusaciones particulares. Las representaciones de los acusados no hicieron alegaciones.

El Abogado del Estado se personó en los distintos procedimientos en nombre del Gobierno, solicitando en sus escritos de alegaciones la desestimación de las cuestiones planteadas.

El Tribunal Constitución desestimó las cuestiones de inconstitucionalidad, si bien dio pautas interpretativas, desde le punto de vista constitucional, del artículo 148.4 del CP. Se formularon votos particulares.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Base jurídica de las cuestiones de inconstitucionalidad

Los dos Autos de planteamiento cuestionan la constitucionalidad del artículo 148.4 CP a partir de una interpretación del mismo según la cual el sujeto activo ha de ser necesariamente un varón y el sujeto pasivo sólo puede serlo una mujer, dado el tenor literal del precepto y el común origen político-criminal que comparte con preceptos como los artículos 153.1 y 171.4 CP, surgidos todos ellos, en su actual redacción, de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

Las dudas respecto de la constitucionalidad del precepto formuladas por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete se exponen en los Autos divididas en cuatro apartados:

a) En primer lugar, se plantea la posible contradicción del precepto con «el principio de igualdad, conectado con los valores de la libertad, la dignidad de la persona y justicia (artículos 1.1, 10.1 y 14 CE)». Consideran los Autos que el artículo 148.4 CP supone una «acción positiva» que, «válida en otros órdenes jurisdiccionales, como tradicionalmente ha sido el Derecho Laboral», no habría sido hasta ahora llevada al ámbito penal, y que supone «la discriminación negativa del varón». Según la argumentación del Juzgado, esta acción positiva se inserta además en un «Derecho Penal de autor frente al tradicional Derecho Penal del hecho»; presume, a partir de la dicción del artículo 1.1 de la Ley Orgánica

1/2004, de 28 de diciembre, el «ejercicio de violencia de género por parte de los hombres hacia sus parejas con base en meros criterios estadísticos»; atribuye más valor a los bienes «integridad física o psíquica» y «libertad» de las mujeres que a los mismos bienes de los hombres; y, en fin, compromete doblemente la dignidad humana: la del hombre, «al que se configura como maltratador nato», y la de la mujer, «a quien se reputa en todo caso especialmente vulnerable».

b) En segundo término, los Autos aducen que también podría resultar vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, conectado con el principio de culpabilidad (artículo 24.2 CE), debido a la presunción, sin posibilidad de prueba en contrario, de que la violencia del varón hacia la mujer que es o fue su pareja constituye una manifestación de discriminación. Esta presunción la establecería el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, «al desprenderse del mismo que toda violencia contra la mujer por parte de sus parejas o ex parejas es una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres».

c) En tercer lugar, el Juzgado sostiene que la referencia típica a las «personas especialmente vulnerables» supone incluir en la disposición normativa un concepto jurídico indeterminado que se opone a la exigencia de *lex certa* y, con ello, al principio de legalidad (artículo 25.1 CE).

d) La última alegación se refiere al artículo 9 CE y se desarrolla bajo la siguiente rúbrica: «Promoción de los poderes públicos de las con-

diciones para la libertad, la igualdad y seguridad jurídica. Interdicción de la arbitrariedad». Según los Autos, la promoción de las condiciones para la igualdad no sería posible a través de la pena, puesto que «no se alcanza a comprender cómo favorece la igualdad de oportunidades para la mujer [...] el castigo más severo de conductas como la enjuiciada cuando son cometidas por el hombre», y conduciría por exceso a una discriminación negativa, puesto que, en este caso, no se partía de una situación de desigualdad ante la ley y ante la Administración de Justicia. De igual modo, la «opción del legislador estableciendo categorías de penas distintas para hombres y para mujeres en idéntica situación ... podría considerarse contraria al valor justicia» y, por conexión con el mismo, al «principio de interdicción de la arbitrariedad».

En relación con este cuarto y último reproche, los Autos abundan en que la diferencia establecida en función del sexo de los sujetos activo y pasivo del tipo conlleva consecuencias jurídicas tanto en relación a la pena imponible como por lo que respecta a la posibilidad de aplicar alternativas a la prisión. Por un lado, la penalidad prevista para ese subtipo agravado es de dos a cinco años de prisión, frente a la que corresponde al tipo básico, que va desde los seis meses hasta los tres años de prisión. Por otro lado, en virtud del artículo 88.1 CP la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en favor de la comunidad y no por la de multa, y al autor se le impondrá prescriptivamente la sujeción a programas específicos de reeducación, así como la prohibición de acudir a determinados lugares y de aproximarse a la víctima. De igual modo, la suspensión de la pena en delitos por violencia de género se acompaña también de modo imperativo de las citadas condiciones, conllevando su incumplimiento automáticamente su revocación (artículo 83.1.6 CP).

Una vez expuestas las dudas relativas a la constitucionalidad del precepto, la Magistrada firmante de los respectivos Autos de cuestionamiento procede a formular el juicio de relevancia, considerando que de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral se infieren unos hechos a los que les sería aplicable el artículo 148.4 CP, resultando imponible una pena de prisión mínima

de dos años, a diferencia de lo que ocurriría si, en idénticas circunstancias, el sujeto activo hubiera sido la mujer y la víctima el hombre, caso éste en el que sería aplicable una pena mínima de seis meses (artículo 147.1 CP). Frente a las calificaciones jurídicas formuladas por las acusaciones, considera la Magistrada que no procede la aplicación de la agravación por uso de armas prevista en el artículo 148.1 CP y, con ella, la agravante de parentesco del artículo 23 CP, sino que, al no quedar probado que se hubiera utilizado un arma, la calificación adecuada al caso sería la del tipo agravado del artículo 148.4 CP.

Finalmente, en los Autos se argumenta que no cabe una interpretación conforme a la Constitución de la disposición impugnada «como posible límite de la duda de inconstitucionalidad». El intento de enlazar el tenor del artículo 148.4 CP con lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, no sólo sería muy forzado sino que, en cualquier caso, no superaría las barreras de inconstitucionalidad. Por un lado, exigir para la aplicación del artículo 148.4 CP la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto consistente en que el autor del delito (en todo caso, varón), actúe «en manifestación de la discriminación» y «de las relaciones de poder» en relación al sujeto pasivo (mujer) supondría «someter a una violencia extrema a la norma penal», y por tanto cuestionable desde los principios de legalidad y taxatividad de las normas penales. Por otro lado, aun cuando tal exégesis de la disposición pudiera excluir del supuesto de hecho los casos en los que no se llegara a probar tal ánimo discriminatorio, salvando, por tanto, los principios de presunción de inocencia y de posibilidad de defensa, no permitiría excluir el reproche relativo al principio de igualdad, ya que el precepto cuestionado nunca se aplicaría si el sujeto activo fuese mujer y la víctima varón. Además, la consideración de la mujer como persona especialmente vulnerable y la consiguiente contemplación del abuso de superioridad como fundamento de la agravación por estar presente en todas las agresiones de los hombres hacia sus parejas, además de reprochable desde el principio de igualdad, implicaría el establecimiento de una presunción *iuris et de iure* que vulneraría el derecho a la presunción de inocencia. En suma, los Autos concluyen que

«la única posibilidad de eliminación de la duda sobre la constitucionalidad de la norma vendría dada por la eliminación de cualquier referencia al sexo de los sujetos como criterio cualificativo de la agravación».

2. Consideraciones previas realizadas por el Tribunal Constitucional

Para la correcta comprensión de las cuestiones planteadas es preciso tener en cuenta las siguientes consideraciones:

a) La primera de las dudas vertidas por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete respecto de la constitucionalidad del artículo 148.4 CP se refiere a su eventual incompatibilidad con el principio de igualdad (artículo 14 CE), por introducir una injustificada diferencia de trato por razón de sexo, que conlleva una discriminación para el varón al ver agravada la pena de dos a cinco años de prisión por el delito de lesiones cuando sea sujeto activo del hecho y éste se cause a una mujer que sea o haya sido su esposa o haya mantenido análoga relación de afectividad, frente a la pena más leve, de seis meses a tres años, que correspondería a la mujer por hechos idénticos cometidos sobre un varón.

b) Por otro lado, las quejas relativas a la vulneración de los artículos 1 y 10 CE, que fundan los Autos en que tal discriminación supondría una conculcación de los valores de la libertad, la dignidad de la persona y la justicia, deben entenderse tributarias de la primera y principal denuncia, quedando englobadas en ella a los efectos de su estudio conjunto. Lo mismo ocurre en el caso de la alegación relativa al artículo 9 CE, tanto por lo que respecta a la supuesta «discriminación positiva» de la mujer respecto al varón, como en lo que atañe a la vulneración del principio de seguridad jurídica, que en los Autos se considera una derivación de la lesión del valor de la justicia como consecuencia del tratamiento diferente que la norma dispensa a los hombres y a las mujeres.

c) En segundo lugar, el artículo 148.4 CP generaría, además, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE) y del principio de culpabilidad, al presumir, sin posibilidad de prueba en contrario, que toda ac-

ción lesiva del varón hacia la mujer posee una finalidad discriminatoria, razón que justificaría la mayor gravedad de la conducta.

d) La queja relativa a la vulneración del principio de legalidad (artículo 25.1 CE) se fundamenta en la indeterminación semántica de la expresión «personas especialmente vulnerables», si bien la misma no forma parte del precepto cuestionado, el artículo 148.4 CP, sino del apartado siguiente, que, de modo independiente de la anterior, establece una agravación facultativa de la pena en caso de que las lesiones se ocasionen a personas que reúnan tal particular circunstancia y que convivan con el autor. Sin embargo, ni la constitucionalidad de este apartado quinto ha sido cuestionada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete, ni sus Autos contienen tampoco una argumentación específica dirigida a justificar su aplicabilidad y relevancia (artículo 35.1 LOTC), motivos por los cuales no procede analizar el fondo de la alegación relativa a la vulneración del principio de legalidad (artículo 25.1 CE).

e) En definitiva, al igual que hemos señalado en recientes pronunciamientos de este Tribunal en los que se han resuelto las dudas planteadas sobre la constitucionalidad de diversos preceptos penales incorporados al Código Penal, como el que ahora nos ocupa, por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (así, las SSTC 59/2008, de 14 de mayo, u 81/2008, de 17 de julio, entre otras, que resuelven diversas cuestiones de inconstitucionalidad interpuestas respecto al primer inciso del artículo 153.1 CP, precepto que recoge el delito de maltrato ocasional; la STC 45/2009, de 19 de febrero, en la que la posible objeción de constitucionalidad se dirigía al artículo 171.4 CP, sobre el delito de amenazas leves; o la STC 127/2009, de 26 de mayo, respecto del delito de coacciones leves recogido en el artículo 172.2 CP), son dos las dudas centrales de constitucionalidad que formula aquí el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete: la primera es si el precepto incorpora un tratamiento punitivo diferente de la misma conducta en función del sexo de los sujetos activo y pasivo que sería contrario al artículo 14 CE y, por extensión, a los artículos 1.1, 9 y 10.1 CE;

y la segunda es si el precepto contiene una presunción contraria al derecho a la presunción de inocencia y al principio de culpabilidad consistente en que las agresiones de los hombres a las mujeres que son o fueron su pareja constituyen una manifestación de discriminación. Procede a continuación analizar cada una de ellas.

3. Razonamientos jurídicos del Tribunal Constitucional para desestimar las cuestiones de inconstitucionalidad

En relación con la duda relativa a si el precepto cuestionado vulnera o no el derecho a la igualdad reconocido en el artículo 14 CE, nuestro análisis debe partir de las siguientes consideraciones de alcance general;

a) Por un lado, hemos de comenzar «recordando que la duda se refiere a la selección legislativa de una determinada conducta para su consideración como delictiva con una determinada pena, y que esta labor constituye una competencia exclusiva del legislador para la que “goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática” (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 9; AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3; 332/2005, de 13 de septiembre, FJ 4). Es al legislador al que compete “la configuración de los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo” (SSTC 55/1996, FJ 6; 161/1997, FJ 9; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23)». Por ello, nuestro análisis del precepto cuestionado «no puede serlo de su eficacia o de su bondad, ni alcanza a calibrar el grado de desvalor de su comportamiento típico o el de severidad de su sanción. Sólo nos compete enjuiciar si se han respetado los límites externos que el principio de igualdad impone desde la Constitución a la intervención legislativa» (STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 6; en idéntico sentido, SSTC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 3; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 3).

b) Por otro lado, debe también precisarse que el canon de enjuiciamiento a aplicar es el

propio del principio general de igualdad y no el de la prohibición de discriminación por razón de sexo, que es el que utiliza el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete al expresar su duda, puesto que, tal y como hemos señalado en relación con otros preceptos del Código penal modificados por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, tampoco en el caso del artículo 148.4 CP «constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados ... La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa ... que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada» (STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7; en idéntico sentido, SSTC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 3; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 3).

c) Finalmente, resta señalar que, desde la perspectiva que se deriva del principio general de igualdad, la constitucionalidad de la norma cuestionada exige «que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas» (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4). Al igual que ocurría en el caso de las Sentencias de este Tribunal a las que se ha hecho referencia, la aplicación de este canon de constitucionalidad al artículo 148.4 CP exige verificar sucesivamente que la norma que incorpora la diferenciación persigue un fin legítimo, que el establecimiento de ese tratamiento diferenciado resulta adecuado para la satisfacción del citado fin y que las consecuencias que se derivan de la diferencia superan un control de proporcionalidad (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

El primero de los presupuestos de la razonabilidad de la diferenciación es el relativo a la legitimidad del fin que persigue la norma que la incorpora.

a) Al igual que hemos afirmado en resoluciones anteriores sobre otros preceptos del Código penal modificados por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de la exposición de motivos y del articulado de esta última se deduce que el artículo 148.4 CP «tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales» (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

b) En esas mismas resoluciones hemos declarado que, «tanto en lo que se refiere a la protección de la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres, que el legislador entiende como insuficientemente protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja, como en lo relativo a la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito, que es una lacra que se imbrica con dicha lesividad, es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley, y en concreto del precepto penal ahora cuestionado, y la suficiencia al respecto de las razones aportadas por el legislador» (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

El segundo presupuesto de la razonabilidad de la diferenciación normativa cuestionada se refiere a la adecuación o funcionalidad de la medida que la incorpora respecto de la consecución del fin perseguido por el legislador, que se producirá si resulta razonable el entendimiento del legislador de que concurre un mayor desvalor en las lesiones cuando éstas son cometidas por un varón contra quien es o fue su mujer, o tenga o haya tenido análoga relación afectiva, pues sólo

entonces resultará razonable que deba imponerse una pena más grave para prevenirlas.

Aplicando este criterio al precepto cuestionado también debemos considerar satisfecho este segundo requisito porque, de acuerdo con nuestra doctrina, «no resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural —la desigualdad en el ámbito de la pareja— generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado. No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece» (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 9; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

Además de la razonabilidad de la diferenciación, que se concreta en los dos presupuestos anteriores, el principio general de igualdad exige también que la misma no conduzca a consecuencias desproporcionadas que deparen que dicha razonable diferencia resulte inaceptable desde la perspectiva constitucional.

a) Con carácter general, es preciso tener en cuenta, por una parte, que este control de proporcionalidad que se deriva del artículo 14 CE exige valorar «tanto la razón de la diferencia como la cuantificación de la misma: habrá de constatar la diferencia de trato que resulta de la norma cuestionada y relacionarla con la finalidad que persigue» (STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 10).

b) Por otra parte, el «baremo de esta relación de proporcionalidad ha de ser de “contenido mínimo”, en atención de nuevo a la exclusiva potestad legislativa en la definición de los delitos y en la asignación de penas, y en convergencia con el baremo propio de la proporcionalidad de las penas (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 12)», de manera que «[s]ólo concurrirá una desproporción constitucionalmente reprochable *ex principio* de igualdad entre las consecuencias de los supuestos diferenciados cuando quepa apreciar entre ellos un “desequilibrio patente y excesivo o irrazonable ... a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa” (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 9; 161/1997, FJ 12; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23)» (STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 10).

c) Conviene recordar, en fin, que el presente es «un juicio de constitucionalidad, que es el único que nos compete, y que el mismo nada dice acerca de la oportunidad de la norma ni de su calidad, ni siquiera en términos de axiología constitucional» (SSTC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

A la vista de todo ello, la norma cuestionada tampoco ha de merecer reproche constitucional alguno en relación con esta tercera exigencia del principio de igualdad. El artículo 148.4 CP establece una pena mínima de dos años de prisión que, ciertamente, supone una considerable agravación con respecto a la mínima de seis meses de prisión que prevé el tipo básico, recogido en el artículo 147.1 CP; y su límite máximo se eleva hasta los cinco años, frente al máximo de tres años de prisión que contempla la modalidad básica de lesiones. Sin embargo, al igual que hemos afirmado ante la agravación de falta a delito prevista en los artículos 171.4 CP para las amenazas leves y 172.2 CP para las coacciones leves, dicha diferencia no genera como conse-

cuencia un «desequilibrio patente y excesivo o irrazonable» del tratamiento penal contemplado en ambos supuestos, en virtud de los tres motivos que a continuación se exponen.

a) En primer lugar, debe insistirse, siguiendo lo declarado en las ya citadas Sentencias, en la particular trascendencia de la finalidad de la diferenciación incorporada por la norma, que, como hemos señalado, se encuentra razonablemente encaminada a la tutela de la libertad, la integridad y la dignidad de las mujeres, que el legislador entiende insuficientemente protegidas en el ámbito de las relaciones de pareja, así como a combatir la desigualdad y neutralizar la subordinación a la que las mujeres han estado sometidas tradicionalmente en dicho ámbito (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FFJJ 8 y 10; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

b) En segundo lugar, ha de señalarse también que el artículo 148.5 CP incorpora una modalidad agravada de lesiones, con idéntica pena que la anterior, para los casos en que la víctima sea persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, lo que permite, eventualmente, equiparar la respuesta penal dispensada a las lesiones realizadas por el varón hacia quien es o fue su pareja femenina a la prevista para otras lesiones graves acontecidas «en el seno de tales relaciones: las que reciba una persona especialmente vulnerable (hombre o mujer) que conviva con el autor o con la autora» (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 10; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

c) En tercer lugar, a los efectos del juicio de proporcionalidad no puede desconocerse la opción seguida por el legislador de dejar al arbitrio del juez la aplicación de la agravante, siendo la misma, a tenor de su redacción típica, de imposición facultativa, debiendo atenderse para ello «al resultado causado y al riesgo producido». Ello supone que para la aplicación del artículo 148.4 CP no sólo habrían de concurrir las circunstancias específicas descritas —que la víctima sea mujer que sea o haya sido pareja del autor—, sino que, junto a ello, sería preciso que los hechos expresaran un injusto cualificado, un mayor desvalor derivado ya de la intensidad del riesgo generado por la acción del autor, ya de la

gravedad del resultado causado. Expresado en otros términos, la mayor gravedad de la pena en el precepto cuestionado no vendría dada exclusivamente por la existencia presente o pasada de una relación de pareja entre el sujeto activo hombre y la mujer, sino por la concurrencia añadida de una particular gravedad de la conducta para el bien jurídico protegido, pudiendo optar el juzgador por no imponer la agravación si, aun estando ante un supuesto de violencia de género, no se apreciara tal particular intensidad lesiva en el riesgo o en el resultado.

En definitiva, los tres motivos señalados conducen a descartar que las consecuencias derivadas del tratamiento diferenciado previsto por el artículo 148.4 CP sean desproporcionadas y, por tanto, a rechazar la alegación relativa a su inconstitucionalidad por vulneración del derecho a la igualdad (artículo 14 CE).

Esta conclusión ha de extenderse a otras alegaciones que, según se ha indicado ya, los Autos de promoción de las cuestiones de inconstitucionalidad hacen descansar en las consecuencias que se derivarían del tratamiento diferente que la norma dispensa a los hombres y a las mujeres en relación con otros preceptos.

a) Por una parte, una vez descartada la alegación relativa a la vulneración del derecho a la igualdad (artículo 14 CE), cabe hacer lo mismo, por los mismos motivos, respecto de la vulneración del artículo 9 CE, y ello tanto por lo se refiere a la supuesta «discriminación positiva» de la mujer respecto del varón, como por lo que respecta a la vulneración del principio de seguridad jurídica a raíz del carácter supuestamente discriminatorio del precepto impugnado.

b) Por otra parte, en el marco de la argumentación de la duda relativa al principio de igualdad (artículo 14 CE), los Autos de cuestionamiento también aluden a la posible oposición del artículo 148.4 CP a los valores relativos a la justicia y la dignidad de la persona (artículos 1.1 y 10.1 CE) en cuanto que presumiría que la mujer es en todo caso una persona especialmente vulnerable y el hombre «un maltratador nato». Esta objeción no puede ser acogida, no sólo porque ya se ha rechazado la lesión principal a la que se vincula, relativa al derecho a la igualdad, sino también porque no cabe acoger su presu-

puesto. Por un lado, el precepto cuestionado no cataloga a la mujer como persona especialmente vulnerable, ni presume que lo sea. Y, por otro lado, tampoco contiene consideración alguna acerca de la mayor agresividad de los hombres o de ciertos hombres. Según hemos afirmado recientemente en relación con otras disposiciones del Código penal modificadas a raíz de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, la disposición impugnada «[p]rocede, simple y no irrazonablemente, a apreciar la especial gravedad de ciertos hechos “a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad” (STC 59/2008, FJ 9; STC 81/2008, de 17 de julio, FJ 5)» (STC 127/2009, de 26 de mayo, FJ 5).

Por último, tampoco podemos compartir que la previsión normativa analizada desconozca el derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE) y el principio de culpabilidad, puesto que, frente a lo alegado en los Autos de promoción de estas cuestiones, el artículo 148.4 CP no se sustenta en la existencia de una presunción legislativa de que en las agresiones del hombre hacia quien es o ha sido su mujer o su pareja femenina afectiva concurre una manifestación de discriminación, sino que, tal y como hemos señalado en relación con otros preceptos penales cuyo origen se encuentra en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, «[l]o que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas» (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 11; 81/2008, de 17 de julio, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 6).

De igual modo, tampoco cabe considerar que se castigue al concreto autor por hechos cometidos por otras personas, al modo de una culpa colectiva, ni tampoco cabe estimar la alegación, inserta en la duda sobre el principio de igualdad, relativa a que la medida penal cuestionada es propia de un «Derecho penal de autor». Tal y como afirmamos en la STC 59/2008, de 14 de mayo, para rechazar idéntica alegación, «que en los casos cuestionados el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños

a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta que se esté sancionado al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges va-

rones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquélla en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción» (FJ 11).

TRIBUNAL SUPREMO

GUARDA Y CUSTODIA

Se anula la sentencia dictada por la Audiencia Provincial para que dicte una nueva sentencia en la que se argumente el interés de los menores en relación con la guarda y custodia compartida pedida por el padre aplicando los criterios que establece el Tribunal Supremo en esta materia.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de marzo de 2010

Ponente: **Excm.a Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Delia y D. Antón contrajeron matrimonio en 1998. Tienen dos hijos menores de edad.

El 29 de diciembre de 2005 interpuso la esposa una demanda de procedimiento de medidas provisionales, que terminó en febrero de 2006. En el acto de la vista, las partes ratificaron un convenio que habían presentado al juzgado y que fue aprobado por el auto, pasando a formar parte del mismo. En dicho acuerdo se asignaba a la madre, D.ª Delia, la guarda y custodia de los hijos, así como el régimen de visitas.

D.ª Delia interpuso demanda de divorcio contra D. Antón, solicitando que se dicte sentencia por la que, estimando la presente demanda, declare disuelto por divorcio el matrimonio formado por D.ª Delia y D. Antón, con todos los efectos legales inherentes a tal declaración, y se dicten como definitivas las medias acordadas en el auto de medidas provisionales.

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados el Ministerio Fiscal y el demandado, alegando la representación de D. Antón, los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... dictar sentencia por la que decretando el divorcio del matrimonio de mi mandante y doña Delia con los efectos legales inherentes a tal declaración, y con desestimación de los pedimentos de la demanda actora se acuerda como medidas definitivas en relación a los menores hijos el de atribuirle la guarda y custodia de los mismos al padre en relación al inmueble patrimonial donde se ubica el domicilio matrimonial atribuirle su uso a mi mandante, señalando un régimen de visitas a favor de la madre. Subsidiariamente, solicitó que se atribuyera la custodia de forma compartida entre los padres».

El Ministerio Fiscal presentó escrito personándose y contestando a la demanda, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando:

«... se dictara Sentencia conforme al resultado de las pruebas practicadas, estableciéndose en la misma, por los argumentos antes citados, las medidas referentes a la patria potestad, guarda y custodia y alimentos esenciales para los mismos».

El Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de San Sebastián de La Gomera dictó Sentencia el 19 de junio de 2006 decretando el divorcio y acordando las siguientes medidas: a) Se atribuye la patria potestad compartida de los menores Jerónimo y Nuria a los dos progenitores, otorgándose la guarda y custodia del mismo a la madre. B) Se fija como régimen de visitas a favor del padre el siguiente: el demandado tendrá a los menores los fines de semana alternos, desde la dieciocho horas de la tarde del viernes hasta las dieciocho horas de la tarde del domingo, debiendo recogerlos y devolverlos en el domicilio familiar (dicho régimen no interferirá en el desarrollo de las actividades escolares o formativas que vinieren previamente programadas); durante las vacaciones de verano los tendrá un mes, siendo éste en julio en los años pares, y en agosto los años impares; en Navidad los tendrá siete días, que en los años pares incluirán Nochebuena y Navidad, y en los impares Nochevieja y Reyes; en Semana Santa los tendrá cuatro días, en los años pares durante la primera mitad, y durante la segunda en los impares. Asimismo el padre tendrá a los menores los días martes y jueves de todas las semanas desde las diecisiete horas hasta las veinte horas, en los mismos términos expuestos anteriormente, así como la mitad de las vacaciones escolares por carnavales, y dos horas en los días de cumpleaños y onomásticas de los niños. C) Se atribuye a la madre, junto con sus hijos, el uso y disfrute del domicilio conyugal, sito en ... D) Se establece que el padre abone, en concepto de pensión de alimentos para sus hijos, la cantidad de 500 euros, que se entregará por mensualidades anticipadas dentro de los cinco primeros días de cada mes y en doce mensualidades al año en la cuenta corriente que designe la madre. Dicha cantidad será actualizada conforme al índice de precios al Consumo que señale el Instituto de Estadística u organismo que lo sustituya cada año. E) El padre además sufragará el 50% de los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida de sus hijos menores, tales como operaciones quirúrgicas, prótesis, largas enfermedades, gastos escolares, etc. siempre que se acrediten suficientemente, sean consultados previamente con ella (siempre que sea posible) o sean autorizados judicialmente, en caso de discrepancia entre los padres. F) El padre pagará, en concepto de levantamiento de las cargas familiares, la hipoteca, contribuyendo la madre por este concepto en la cantidad de cien euros mensuales.

En grado reapelación, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó Sentencia el 2 de julio de 2007 desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Antón.

D. Antón interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recuso de casación, estimándose el primero por el Tribunal Supremo quien acordó anular la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial para que vuelva a dictarse sentencia que en cualquier caso argumente sobre el interés de los menores en relación a la guarda y custodia compartida pedida, con arreglo a los hechos que considere probados según el planteamiento del litigio y la prueba practicada y los criterios contenidos en esta sentencia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estableció como medidas definitivas las que se	acordaron previamente con carácter provisional, y la Audiencia Provincial confirmó la sentencia
--	---

en base a los siguientes argumentos: a) el régimen de guarda y custodia fue fruto del acuerdo de voluntades de los cónyuges, plasmado en el documento que fue ratificado judicialmente en el auto de medidas provisionales; b) Los menores conviven con la madre, por acuerdo expreso de los padres en perfectas condiciones, circunstancia decisiva para «el mantenimiento del status quo de los hijos» que es uno de los aspectos en que se concreta el *favor filii*; c) de los pactos del convenio se deduce que el posible cambio de domicilio de los menores se aplazaba hasta la sentencia de divorcio, de donde el traslado de la madre a Sta. Cruz de Tenerife no es una circunstancia nueva no ponderada por los litigantes; d) se cumple con el principio del interés del menor manteniendo la medida acordada, porque no existe elemento alguno en las actuaciones que acredite que la atribución a favor de la madre pueda significar un perjuicio, ni existe prueba que permita calibrar la conveniencia de modificar una situación que proviene de un acuerdo de los progenitores.

1. Recurso extraordinario por infracción procesal

El Motivo primero, referido a la congruencia de la sentencia, según el artículo 218 LEC, se formula al contener la sentencia una *reformatio in peius*. La sentencia de 1.ª Instancia, al atribuir la guarda y custodia a la madre, razonó que lo efectuaba porque no se preveía un cambio de domicilio de ésta, mientras que la sentencia recurrida dice textualmente que «[...] el hecho de que los menores convivan en Tenerife con su madre, estimamos no debe incidir en el régimen de custodia». Según el recurrente ello produce una variación no solo sobre la apreciación de los hechos controvertidos, sino sobre el régimen jurídico fijado en la sentencia de 1.ª instancia que establecía el domicilio en La Gomera y si se cambiaba, el tema de la guarda y custodia debía solucionarse mediante el trámite de modificación de medidas, si no hubiera acuerdo entre los progenitores. Ello produce un cambio sustancial no pedido en apelación, con la consecuencia de que no solo origina una modificación del domicilio, sino que deja sin regular lo que debería ser el nuevo régimen de visitas.

Por ello el recurrente denuncia la violación del derecho a la tutela judicial efectiva al agravar su posición, produciéndose una *reformatio in peius*, así como incongruencia. El Motivo segundo señala que la sentencia incide en un error sustancial en los razonamientos fácticos lo que lleva a la «errónea motivación de los distintos elementos fácticos obrantes en autos y la errónea valoración de la prueba practicada en autos». Estos errores los centra el recurrente en lo siguiente: a) que la atribución de la guarda y custodia a la madre fue consecuencia de un acuerdo de voluntades, tal como se hizo constar en el auto de medidas previas; b) lo acreditado y no cuestionado es que los menores siguen conviviendo con su madre en La Gomera, sin que haya habido ningún cambio de domicilio; c) que este cambio de domicilio no debe influir en el régimen de visitas; d) que los servicios sociales recomendaron la guarda y custodia compartida; e) solo la madre previó el posible cambio de domicilio en la demanda.

Ambos motivos se estiman.

De la prueba producida en los autos, se constata que ha habido efectivamente un error material, ya que los hijos viven con su madre en La Gomera y no en Santa Cruz de Tenerife como se declara en la sentencia recurrida. Para que el error llegue a determinar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva se requiere que constituya el soporte básico de la decisión, de modo que una vez constatada su concurrencia, la fundamentación jurídica pierda sentido; además, se requiere que la equivocación sea atribuible al juzgador y que sea inmediatamente verificable y como se señala en el informe del Fiscal, tales requisitos concurren en la decisión impugnada.

Efectivamente, en la sentencia recurrida se argumenta que se había previsto en un convenio regulador «que no se produciría ningún cambio en el domicilio de los menores hasta la sentencia de divorcio», de lo que se desprendería que los progenitores ya preveían «una posible alteración del domicilio», que aunque aplazado, no constituye una circunstancia nueva que no hubiera sido tenida en cuenta por los litigantes, «por lo que el hecho de que los menores convivan ahora en Tenerife con su madre, estimamos

que no debe incidir en el régimen de custodia». Esta apreciación es errónea porque a) el convenio que rigió las relaciones entre los padres desde las medidas provisionales no se convierte en definitivo en el procedimiento de divorcio, donde deben reconsiderarse las medidas tomadas, b) no es cierta la convivencia de los hijos con la madre en Sta. Cruz de Tenerife. Siendo estas las razones para no entrar a examinar si era más conveniente otro régimen de custodia, debe estimarse el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por el recurrente D. Antón.

Como afirma la sentencia de 8 de octubre de 2009, «Es cierto que en materia de guarda y custodia compartida, el Código civil contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor, después de los procedimientos que deben seguirse según los diferentes supuestos en que puede encontrarse la contienda judicial, una vez producida la crisis de la pareja y que resulta muy difícil concretar en qué consista este interés a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos, que sí los especifican. [...] Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y

el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven». Estos criterios deberán ser tenidos en cuenta para valorar la conveniencia o no de la guarda y custodia compartida solicitada por el recurrente.

2. Recurso de casación

Al haberse estimado el recurso extraordinario por infracción procesal, no procede entrar a examinar el recurso de casación.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 476, 2, 4 LEC, al regular los efectos de la admisión de los recursos extraordinarios por infracción procesal, «la Sala anulará la resolución recurrida y ordenará que se repongan las actuaciones al estado y momento en que se hubiese incurrido en la infracción o vulneración».

En consecuencia, procede anular la sentencia impugnada y reponer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictar sentencia para que vuelva a dictarse ésta en que la Sala de apelación, con arreglo a los hechos que considere probados y con los criterios antes explicitados, se pronuncie sobre las pretensiones esgrimidas por los progenitores en el litigio sobre guarda y custodia compartida en el recurso presentado por D. Antón.

Ni la «deslocalización» de los hijos ni el abandono de la madre de la vivienda familiar son motivos para no otorgar la custodia compartida cuando el informe del equipo psicosocial es partidario de esta forma de custodia y *de facto* se ha venido aplicando en la práctica.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 11 de marzo de 2010

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D. Joaquín y D.ª Rosalía tenían dos hijos gemelos. La madre había abandonado el domicilio conyugal por desavenencias con el marido y los hijos habían quedado al cuidado del padre en el mismo domicilio. La madre abandonó dicho domicilio porque el piso era propiedad de los padres del marido y no era conveniente que los niños dejaran su entorno

familiar. A pesar de que los niños estaban conviviendo con el padre, la madre acudía diariamente al domicilio de los hijos, les levantaba, les daba el desayuno y les acompañaba al colegio. Al mediodía se encargaban de los niños los abuelos paternos.

D. Joaquín, contra D.^a Rosalía. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: «... se dicte sentencia por la que se declare la disolución del matrimonio por divorcio y determine como medidas o efectos derivados los siguientes: 1.º Se otorgue a mi representado la guarda y custodia de sus dos hijos menores de edad Jesús Ángel y Agapito confirmándose de ésta forma la medida de hecho adoptada por los cónyuges de mutuo acuerdo, dado que desde el mes de abril los niños permanecen en compañía de su padre en el hogar que fue conyugal, tal y como se ha manifestado. 2.º Se otorgue a mi mandante y a sus hijos, en cuya compañía viven, el uso y disfrute del domicilio conyugal sito en Oviedo PLAZA000 n.º NUM000 - NUM001 NUM002, confirmándose igualmente la medida de hecho acordada consensuadamente por ambos esposos, en el mes de abril pasado, dado que la esposa vive desde entonces separadamente, en el domicilio en el que está siendo emplazada. 3.º Que se señale a favor de la madre un régimen habitual de visitas, estancia y comunicación con sus dos hijos menores de edad. 4.º Que en concepto de alimentos se señale a favor de los hijos y con cargo a la demandada, a falta de acreditar sus reales ingresos, la cantidad de 400 euros/mes cantidad que será revisada anualmente cada 1 de enero a fin de acomodarla a las variaciones que experimente el índice de precios al consumo».

Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada y el Ministerio Fiscal, alegando dicho Ministerio mediante el oportuno escrito los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando: «... dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados».

D.^a Rosalía, alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... se dicte Sentencia en la que se declare LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO POR DIVORCIO de los cónyuges Don Joaquín y Doña Rosalía, y en cuya virtud se acuerde: A) Otorgar la Guarda y Custodia de los hijos menores, Jesús Ángel y Agapito a la madre. B) Atribuir el uso del domicilio familiar a los menores y a la madre. C) Fijar en concepto de pensión alimenticia con cargo al padre y a favor de los menores la cantidad de 200 euros al mes para cada hijo, es decir en total 400 euros al mes. Dicha cantidad deberá ser revisada anualmente cada 1 de enero en función de las variaciones al alza que experimente el IPC. Los gastos extraordinarios serán abonados por mitad entre los progenitores. D) Establecer el siguiente sistema de comunicación y estancias a favor del progenitor no custodio. 1.º Los menores podrán estar en compañía de sus padres todo los martes y los jueves desde la salida del colegio hasta las 20:00 en que serán llevados al domicilio materno. 2.º Fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 20:00 horas que serán llevados al domicilio materno. 3.º Mitad de vacaciones de verano, Navidad y semana santa. En casos de discrepancia elegirá la madre en años impares y el padre en los pares. CON CARÁCTER SUBSIDIARIO y de no concederse los anterior: A) Otorgar la Guarda y Custodia compartida de los hijos menores, Jesús Ángel y Agapito, a los progenitores, con el siguiente régimen: 1) Los menores estarán en compañía de su padre desde el lunes a la salida del colegio al jueves hasta las 20:00 horas en que los recogerá su madre y estarán en su compañía el Lunes que los llevará al Colegio. En períodos vacacionales estarán en su compañía hasta el Domingo

a las 20:00 horas en que los llevará al domicilio paterno. 2) Mitad de vacaciones de verano, Navidad y semana santa. En caso de discrepancia elegirá la madre en años impares y el padre en los pares. B) Los gastos en concepto de Alimentos de los hijos menores, correrán de cargo de cada progenitor, en consonancia con el sistema de Guarda y Custodia compartida, sin derecho a exigirse recíprocamente los progenitores, cantidad alguna por este concepto en relación con los gastos ordinarios que genere la estancia de los hijos. Los gastos extraordinarios (médicos, prótesis...) así como los derivados de clases particulares, ropa y cualquiera otros de análogas características, serán sufragados a parte iguales por cada progenitor».

El equipo psico-social y el Fiscal informaron favorablemente la guarda y custodia compartida, tal como solicitaba la madre. De hecho, el régimen que venían siguiendo los padres hasta aquel momento podía equivaler a un sistema de hecho de guarda compartida, aunque se señalaba en dichos informes que no parecía que los padres estuvieran dispuestos a mantener el status quo después del divorcio.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Oviedo dictó Sentencia el 19 de abril de 2007 declarando el divorcio y acordando las siguientes medidas: «1.º Atribuir el ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los menores Jesús Ángel y Agapito, de forma compartida a ambos progenitores por trimestres escolares, y de forma alternativa en el tiempo. 2.º El régimen de visitas y comunicación y estancia de los menores con su progenitor no custodio, será el siguiente: los menores, podrán comunicar y estar en compañía del progenitor que, en cada momento, no ostente la guarda, cuando así lo convengan con sus padres. De no ser posible este acuerdo, y para continuar con un sistema lo más parecido posible al actual atendiendo al horario laboral de los progenitores, cuando los niños se encuentren residiendo con su padre, su madre podrá continuar en su labor diaria de llevarlos al colegio, disfrutando además con ellos de fines de semana alternos, pudiendo disfrutar de forma continuada dichos fines de semana atendiendo a la voluntad paterna. Cuando los niños se encuentren residiendo con su madre, el padre podrá recogerlos los martes y jueves a la salida del colegio, retornándolos a las 20:00 horas al domicilio materno, pasando fines de semana alternos en su compañía, salvo que de mutuo acuerdo fuera otra la voluntad de los progenitores en cuanto a los fines de semana. Repartiéndose, de ser posible, las vacaciones escolares de Navidad, semana Santa y Verano, por mitad, entre ambos progenitores —períodos en que dejaría de operar la guarda compartida—, para seguir el régimen vacacional, de no decidirse otra cosa de mutuo acuerdo entre los progenitores, correspondiendo la elección al padre los años pares, y a la madre, los impares, en las vacaciones de Navidad y Semana Santa, pues los meses de verano se disfrutarán alternativamente por los progenitores, disfrutando de la compañía de los menores durante el mes de julio el que no ostentara la guarda el mes anterior, y agosto el otro, tal como se especifica en los fundamentos de Derecho números 2 y 3, de esta Sentencia. 3.º Cuando los menores se encuentren residiendo con su padre, su madre ha de abonarles 300 euros en concepto de alimentos, y cuando se encuentren residiendo con su madre, su padre habrá de abonarles la cantidad de 250 euros. Las cantidades anteriormente señaladas, se abonarán en la cuenta que se designe por las partes, y se actualizarán, automática y anualmente cada uno de enero, a tenor de las variaciones que experimente el IPC publicado por el INE u Organismo Público que lo sustituya. 4.º Los gastos extraordinarios de los hijos, que no deben quedar comprendidos en la pensión de alimentos, habrán de ser abonados

por sus progenitores en proporción a sus respectivos ingresos en la época en que se devenguen, distinguiendo según la naturaleza del gasto, de manera que tendrán tal carácter los imprevistos y que guarden relación con el contenido del artículo 143 del Código Civil (formación, salud, etc.). Previamente a su acometimiento por el custodio, deberá justificarse documentalmente o de otra forma fehaciente su importe, su carácter extraordinario y su necesidad, recabando, en caso de desacuerdo, la aprobación judicial. Todo ello, sin expresa imposición de costas.

En grado de apelación, la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo dictó Sentencia el 2 de noviembre de 2007 revocando la sentencia de instancia en el sentido de atribuir la guarda y custodia de los menores Jesús Ángel y Agapito a su padre D. Joaquín, fijando a favor de Doña Rosalía el siguiente régimen de visitas, dos fines de semana seguidos desde las diecisiete horas del viernes hasta las veinte horas del domingo; el tercer fin de semana quedarán los menores con el padre y así sucesivamente. Mitad de vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, a determinar por acuerdo entre los padres y en su defecto el padre elegirá los años pares y la madre los impares, debiendo ser los menores recogidos y entregados en su domicilio, a falta de otro acuerdo entre las partes. Doña Rosalía deberá abonar durante los cinco primeros días de cada mes la suma de 250 euros, para cada hijo, en concepto de alimentos, suma que se actualizará a primero de enero de cada año en función de las variaciones del IPC que apruebe el Instituto Nacional de Estadísticas u Organismo Público que lo sustituya. En cuanto a los gastos extraordinarios se mantiene el pronunciamiento de instancia. También se confirma el pronunciamiento de instancia en materia de costas, si bien aclarando que el informe pericial emitido por la perito psicóloga se trata de un coste común del proceso. No se hace especial pronunciamiento de las costas del recurso».

D.^a Rosalía interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien confirmó la Sentencia del Juzgado que atribuyó la custodia compartida.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Atribuida la custodia compartida por el Juzgado de Primera Instancia, y apelada la sentencia por ambos progenitores, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación del padre y desestimó el de la madre, en base a los siguientes argumentos y partiendo de que no había acuerdo entre los litigantes y que debía solucionarse el conflicto atendiendo al interés de los menores: a) el padre había venido ejerciendo la guarda y custodia *de facto*; b) la guarda y custodia compartida es una medida excepcional «que solo se justifica de demostrarse que con ello se favorece el desarrollo personal, emocional y afectivo» de los menores, sin producir desequilibrios; c) no se observan especiales ventajas en el caso litigioso, sino al contrario y ello con indepen-

dencia del sistema de reparto temporal que se acuerde; d) la atribución trimestral «implicaría para los menores un cambio de domicilio trimestral, con la correspondiente deslocalización y la necesidad de tener que adaptarse, por un plazo de tiempo relativamente breve a nuevos hábitos, costumbres, pautas de comportamiento y compañías, originando un total desarraigo familiar que puede llegar a afectar a su estabilidad emocional», lo que se vería afectado si los cambios tuviesen lugar semanalmente; e) sin que ello signifique una descalificación de la madre, abandonó el domicilio, dejando a los hijos al cuidado del padre y así continuó durante un año y medio, sin haber promovido durante este tiempo que se le otorgara la guarda y custodia,

por lo que los menores se han acostumbrado a la situación, y f) el tribunal no comparte el análisis efectuado por el informe psico-social, por las evidencias que existen de que la presunta actitud del padre en contra de la madre no ha tenido ninguna consecuencia en la conducta de los hijos.

D.^a Rosalía interpone recurso de casación dividido en dos motivos, de los que el auto de 21 de julio de 2009 admitió únicamente el señalado como «alegación cuarta», en realidad, primer motivo del recurso. El Ministerio Fiscal ha redactado el preceptivo informe en el que recomienda la estimación del recurso.

El recurso denuncia la infracción artículo 92.8 CC, al amparo del artículo 481.3 LEC, por tratarse de una norma de menos de 5 años de vigencia. Dice la recurrente que el Tribunal confunde en su argumentación la institución de la guarda y custodia compartida con lo que es el ejercicio práctico de la misma, es decir, cómo se van a relacionar los progenitores con los hijos. Debe existir una «coparentalidad» de modo que ambos progenitores deben tener los mismos derechos y responsabilidades que tenían antes de la ruptura; dicha coparentalidad es un derecho de los hijos, independientemente de que sus padres convivan o no. Custodia conjunta no es sinónimo de reparto de la convivencia al 50% entre ambos progenitores. Deben tenerse en cuenta una serie de criterios y las ventajas que va a tener en el contacto con los hijos del progenitor no custodio, que es aconsejable en familias con un bajo nivel de conflictividad y que mejora el efecto negativo que el divorcio causa en los hijos.

El motivo se estima. Como afirma la sentencia de esta Sala de 8 de octubre de 2009, «Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores

una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven», criterios que son los que deben tenerse en cuenta para decidir en los casos en que los progenitores no estén de acuerdo en la medida a adoptar. No pueden admitirse como criterios para la resolución del conflicto presentado en este recurso los que utiliza la Sala de instancia, relativos, uno, a la que denomina «deslocalización» de los niños, cuando esta es una de las consecuencias de este tipo de guarda, y otro, a la actitud de la madre al abandonar el domicilio familiar, puesto que la guarda compartida no consiste en «un premio o un castigo» al progenitor que mejor se haya comportando durante la crisis matrimonial, sino en una decisión, ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta los criterios abiertos ya señalados que determinan lo que hay que tener en cuenta a la hora de determinar el interés del menor.

En el presente caso se acordó la guarda y custodia compartida en la sentencia de Primera Instancia, discrepando la madre únicamente en la distribución de los tiempos. Los informes existentes en el procedimiento recomiendan esta medida, que en realidad se ha producido de hecho en las relaciones posteriores a la separación y en este caso, el informe del Ministerio Fiscal propone la revisión de la valoración que la sentencia recurrida efectúa del interés del menor a partir de los hechos declarados probados, porque corresponde al juez llenarlo de contenido efectivo al ser el interés del menor un concepto jurídico indeterminado y señala que en la sentencia no se enumeran los efectos positivos de la adopción de la guarda unilateral por uno de los progenitores, por lo que el Tribunal no valora el interés del menor en forma razonable.

La estimación del único motivo del recurso de casación formulado por la representación procesal de D.^a Rosalía, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, sección 4.^a, de 2 de noviembre de 2007, determina la de su recurso de casación, con la anulación de la sentencia recurrida y la confirmación de la sentencia dictada por el juzgado de 1.^a Instancia n.º 7 de Oviedo, de 19 de abril de 2007.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Se fija pensión compensatoria en el divorcio porque en el acuerdo que se alcanzó en el procedimiento de separación, la esposa se reservó el derecho a pedir la compensatoria en un procedimiento ulterior, estableciéndose en aquel momento únicamente una pensión alimenticia. La falta de reserva impediría la fijación de una pensión compensatoria.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 9 de febrero de 2010

Ponente: **Excm.a. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Amalia y D. Juan Carlos habían contraído matrimonio el 25 de diciembre de 1966. El 10 de diciembre de 2002 se dictó sentencia de separación en un procedimiento contencioso, aunque se llegó a un acuerdo durante el mismo, por lo que en la sentencia se acordó lo siguiente en lo que afecta al actual recurso de casación: a) pensión de 300€ por alimentos a la esposa, y b) Por parte de la esposa se desistió de la solicitud de pensión compensatoria, «no sin perjuicio de reservarse su derecho en un ulterior procedimiento».

D. Juan Carlos interpuso demanda de separación contra D.ª Amalia solicitando: A) Se declare la disolución del matrimonio por divorcio entre los mencionados consortes, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración. B) Se declare extinguido el derecho a la pensión alimenticia que a favor de la demandada se estableció en la Sentencia por la que se declaró la separación. C) Y ello con expresa condena en costas a la demandada, si se opusiere a los pedimentos articulados por esta actora.

Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada, alegando la representación de D.ª Amalia, como hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... se dicte Sentencia por la que se desestime la demanda con expresa imposición de costas a la parte actora».

El Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Málaga dictó Sentencia el 25 de octubre de 2004, y con la siguiente parte dispositiva: «FALLO: Debo declarar y declaro disuelto, por divorcio, el matrimonio entre D. Juan Carlos y D.ª Amalia, con los efectos legales inherentes a dicho pronunciamiento, extinguiéndose la pensión alimenticia que venía acordada y estableciéndose una pensión compensatoria de trescientos siete con ochenta Euros (307,80 Euros) mensuales, a abonar por el actor por meses anticipados, en los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta que al efecto se designe por la demandada y que se actualizará anualmente, de forma automática, de conformidad con las variaciones que experimente el índice de precios al consumo fijados por el Instituto Nacional de Estadística».

En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Málaga dictó sentencia el 23 de noviembre de 2005, con el siguiente fallo: «Que estimando el recurso de apelación interpuesto por don Juan Carlos, contra la sentencia de veinticinco de octubre de dos mil cuatro, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Seis de Málaga en proceso especial de divorcio número 731/2004, revocando parcialmente la misma, debemos acordar y acordamos no ha-

ber lugar a la concesión de pensión compensatoria por desequilibrio económico a favor de la demandada, confirmando los restantes pronunciamientos emitidos en la instancia, todo ello sin que se haga especial pronunciamiento sobre costas procesales en esta alzada».

D.^a Amalia interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien confirmó la sentencia dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia, sentando como doctrina jurisprudencial: «El desequilibrio que genera el derecho a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la ruptura matrimonial, aunque se acuerde el pago de alimentos a uno de los cónyuges, sin que el momento del divorcio permita examinar de nuevo la concurrencia o no del desequilibrio y sin que la extinción del derecho de alimentos genere por sí mismo el derecho a obtener la pensión compensatoria».

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El Juzgado de Primera Instancia estimó la petición de pensión compensatoria en base a los siguientes argumentos: a) La declaración de divorcio supone la extinción de los alimentos; b) En el procedimiento de separación solo se desistió de pedir la pensión en aquel momento, dejando la vía abierta para reclamarla en otro procedimiento matrimonial; c) El reconocimiento del derecho a la pensión no puede hacerse por la mera conversión de la pensión alimenticia, puesto que ambas tienen una naturaleza distinta; d) No existe un momento procesal para pedir la pensión compensatoria, y e) Dada la situación de la mujer, procedía acordar pensión compensatoria.

La Sentencia de la Audiencia Provincial excluyó la pensión compensatoria en base a lo siguiente: a) niega que sea posible llevar a cabo una conversión posterior de la pensión alimenticia en pensión compensatoria; b) el momento a tener en cuenta a los efectos de determinar si existe o no pensión compensatoria es la separación judicial, no siendo posible una reserva de la esposa para reclamar la pensión en un posterior divorcio, habida cuenta que el desequilibrio existe o no existe al producirse la ruptura de la relación conyugal, y c) Pudo hacer valer la pensión compensatoria en su momento adecuado, no siendo de apreciar circunstancias sobrevenidas.

El único motivo del recurso de casación señala la infracción de la norma aplicable al proceso, que es el artículo 97 CC, por concurrir interés casacional, al existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. El problema discutido se centra en si pactada una

pensión por alimentos en el procedimiento de separación, es posible reclamar la pensión compensatoria en el posterior juicio de divorcio, por haberse convertido la inicial pensión alimenticia en una posterior pensión compensatoria por desaparecer el derecho de alimentos al haberse extinguido el matrimonio.

Las sentencias aportadas por la recurrente son las de la AP de Barcelona, sección 18, de 14 de abril de 2000, y de la misma sección de 13 de marzo de 2003, que son contrarias a la de la AP de Málaga ahora recurrida y a la de 29 de noviembre de 2002, en cuanto entienden que la pensión alimenticia puede reconducirse a la compensatoria en el divorcio «en cuanto persista la situación de desequilibrio económico que existía entre los cónyuges al tiempo de la cesación de la convivencia», de modo que situaciones esencialmente iguales, reciben distintas respuestas. La recurrente entiende que si ha precedido un procedimiento de separación, no obsta a que pueda reclamarse la pensión en el procedimiento de divorcio, puesto que el Artículo 97 CC no lo impide.

El motivo se estima.

El problema que se plantea en el presente recurso de casación presenta diferentes aspectos que deben resolverse a los efectos de fijar la doctrina de esta Sala, en relación a las discrepancias existentes entre las Audiencias Provinciales sobre la posibilidad de convertir los alimentos acordados en la separación en pensión compensatoria.

1.º Debe recordarse en primer lugar que esta Sala ha entendido que el desequilibrio eco-

nómico que da lugar a la pensión compensatoria debe haberse producido en el momento de la crisis matrimonial. Así, la sentencia de esta Sala de 3 de octubre de 2008 dice que es necesariamente «[...] al tiempo de producirse la ruptura cuando se han de valorar las circunstancias y resolver tanto lo referente a si procede o no reconocer el derecho y en qué cuantía» (asimismo, la STS del pleno 19 de enero de 2010). Esta doctrina se reitera en esta sentencia.

2.º Los alimentos y la pensión compensatoria obedecen a finalidades y causas distintas: así como los alimentos tienen como objetivo solucionar el estado de necesidad de quien los acredita, la pensión compensatoria obedece a otras razones, cuales son las de compensar el desequilibrio que pueda producirse como consecuencia de la ruptura matrimonial. De este modo, se ha reconocido que para reclamar la pensión compensatoria no se requiere la prueba de la necesidad (SSTS de 17 de octubre y 21 de noviembre de 2008 y 10 de marzo de 2009, entre otras). Es por ello que la pensión por alimentos acordada en el procedimiento de separación no puede sustituirse por una pensión compensatoria, ya que ambas instituciones obedecen a causas distintas.

3.º Puede haberse pactado una pensión de alimentos para uno de ellos, pensión que va a desaparecer con el divorcio, a no ser que se haya acordado un contrato de alimentos (artículos 1791 y ss. CC) que los cónyuges pueden pactar en virtud de su autonomía. Pero la pensión compensatoria no es un sustituto del derecho de alimentos que se va a perder por la extinción del matrimonio por divorcio, de modo que aplicando las anteriores reglas, si no existió desequilibrio en el momento de la ruptura matrimonial, no va a poder reclamarse pensión compensatoria en el divorcio.

4.º Puede ocurrir, como en el caso que es ahora objeto de discusión, que uno de los cónyuges se reserve el derecho a reclamar la pensión compensatoria en un procedimiento posterior, que lógicamente, se tratará del divorcio. En este caso lo que ocurre es que el pacto sobre alimentos si se produce, como en el presente caso, puede ocultar el desequilibrio ya existente, que se va a poner de relieve con toda crudeza cuando se extinga dicho derecho. Por tanto no se trata de

que el desequilibrio se produzca por la pérdida del derecho a los alimentos, sino que existiendo ya en el momento de la separación, había quedado oculto por el pacto de alimentos. Por ello debe confirmarse la doctrina de esta Sala según la que el desequilibrio necesario para que nazca el derecho a reclamar la pensión compensatoria debe existir en el momento de la ruptura y no deben tenerse en cuenta, a los efectos del reconocimiento del derecho, los hechos que hayan tenido lugar entre la separación y el divorcio.

5.º A los efectos de determinar la existencia de desequilibrio, en el momento de la ruptura deben aplicarse los parámetros recogidos por esta Sala en la sentencia de 19 de enero de 2010.

Aplicando estos criterios al presente recurso de casación, debe concluirse lo siguiente:

1.º Resulta probado que la ruptura matrimonial produjo un desequilibrio a D.ª Amalia, puesto que «se encontraba en una situación inferior a la de su marido y en relación al nivel de vida mantenido durante la convivencia».

2.º Es válido el pacto entre los cónyuges en cuya virtud la esposa se reservó el derecho a reclamar la pensión compensatoria en un procedimiento posterior, puesto que estaba ejerciendo su derecho a reclamar dicha pensión y más teniendo en cuenta que recibía alimentos de su marido. El derecho a reclamar la pensión es renunciable y de derecho dispositivo y no puede negarse que fue ejercido por la esposa cuando en el procedimiento de separación decidió reservarlo para reclamarlo en un procedimiento posterior.

3.º La pérdida del derecho a los alimentos no es determinante para fijar la concurrencia o no de desequilibrio, por lo que el cálculo de la cantidad que se debía por pensión debe efectuarse de acuerdo con las condiciones existentes en el momento de la ruptura.

Procede declarar como doctrina jurisprudencial que el desequilibrio que genera el derecho a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la ruptura matrimonial, aunque se acuerde el pago de alimentos a uno de los cónyuges, sin que el momento del divorcio permita examinar de nuevo la concurrencia o no del desequilibrio y sin que la extinción del derecho de alimentos genere por sí mismo el derecho a obtener la pensión compensatoria.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

La disolución de la sociedad de gananciales se produjo con la sentencia de separación dictada por el Juzgado ya que a pesar de que se interpuso un recurso de apelación, al no formar parte del mismo este pronunciamiento, el régimen económico matrimonial quedó disuelto. En consecuencia, los inmuebles adquiridos por el esposo tras la sentencia de separación tienen carácter privativo.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de marzo de 2010

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D. Justiniano y D.ª Elena habían contraído matrimonio en 1962. Tenían una hija, D.ª Camila, demandada en este pleito.

Los cónyuges se separaron el 2 de abril de 1998, en que se dictó sentencia en el procedimiento de separación instado por la esposa. Dicha sentencia declaró la separación legal de los cónyuges y la disolución del régimen económico matrimonial. El marido apeló, impugnando los pronunciamientos relativos a la atribución del uso de la vivienda conyugal y la pensión compensatoria; la apelación fue estimada parcialmente por sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 4 de febrero de 1999.

El procedimiento de liquidación del régimen de gananciales se inició a continuación y la esposa demandante en este litigio, recurrida en casación, presentó propuesta de cuaderno particional, sin que hiciese ninguna alusión a la inclusión de dos apartamentos en Benidorm, cuya ganancialidad se discute en el presente procedimiento.

El marido falleció de muerte violenta en el año 2000. Había nombrado heredera a su hija D.ª Camila.

D.ª Elena interpuso demanda contra su hija D.ª Camila solicitando que se dicte sentencia por la que: 1.º Se declare que el apartamento letra NUM000 de la NUM001 planta alta, con su garaje anejo núm. NUM002 y el cuarto trastero en planta de NUM003 núm. NUM002 del EDIFICIO000 de Benidorm (Alicante), inscritos en el Registro de la Propiedad n.º 3 de Benidorm, al Tomo NUM004, libro NUM005 de la Sección Segunda, folio NUM006, finca NUM007 y al Tomo NUM004, libro NUM005 de la Sección Segunda, folio NUM008, finca NUM009, respectivamente, pertenecen a la extinta Sociedad de Bienes Gananciales de D.ª Elena y D. Justiniano, disuelta pero no liquidada, por compra de D. Justiniano a D. Olegario, a D.ª Elsa y a D. Virgilio con caudal pertenecientes dicha Sociedad Conyugal y vigente la misma. 2.º Se declare la nulidad radical, por ilicitud de la causa, de la cesión efectuada por D. Justiniano a D.ª Camila de los inmuebles en el EDIFICIO000 de Benidorm (Alicante) descritos en el apartado anterior, e igualmente se declare, por la misma causa de la que es consecuencia, la nulidad radical de la compraventa otorgada sobre dichos inmuebles el día 12 de mayo de 1999 ante el Notario de Valencia con residencia en Benidorm, Sr. Planelles Chapulí, al n.º 1385 de su protocolo, por D. Olegario, D.ª Elsa y D. Virgilio a favor de D.ª Camila. 3.º Se acuerde la cancelación de

las inscripciones de dominio causadas a favor de D.^a Camila, a resultas del otorgamiento expresado en el epígrafe anterior, sobre el apartamento letra NUM000 de la NUM001 planta alta, con su garaje anejo núm. NUM002 y el cuarto trastero en planta de NUM003 núm. NUM010, del EDIFICIO000 “de Benidorm, al Tomo NUM004, libro NUM005 de la Sección Segunda, folio NUM006, finca NUM007 y al Tomo NUM004, libro NUM005 de la Sección Segunda, folio NUM008, finca NUM009, respectivamente, acordándose a su vez la inscripción del dominio sobre las mismas a favor de la extinta Sociedad de Bienes Gananciales, disuelta pero no liquidada, de D.^a Elena y D. Justiniano. 4.º Se declare que el apartamento n.º NUM011 de la NUM012 planta del edificio denominado APARTAMENTO000, CALLE000 n.º NUM012 de Benidorm (Alicante), inscrito en el Registro de la Propiedad n.º 3 de Benidorm al Tomo NUM013, Libro NUM014 de la Sección 2.ª, folio NUM015, finca n.º NUM016, pertenece a la extinta Sociedad de Bienes Gananciales de D.^a Elena y D. Justiniano, disuelta pero no liquidada, por compra de D. Justiniano, a D. Luis Enrique, D.^a María Ángeles, D. Anselmo y D. Bienvenido con caudal perteneciente a dicha Sociedad Conyugal y vigente la misma, acordando la constancia de dicha titularidad en el citado Registro de la Propiedad, mediante la anotación correspondiente - Nota Marginal, artículo 95.6 R.H. 5.º Se declare la nulidad de la escritura de manifestación, aceptación y partición de herencia otorgada por D.^a Camila al fallecimiento de su padre ante el Notario de esta residencia Sr. Palacios el día 12 de junio de 2002, en cuanto a la inclusión en el caudal relicto, y consiguiente adjudicación, del apartamento número NUM011 de la NUM012 planta del APARTAMENTO000 de Benidorm (Alicante), inscrito en el Registro de la Propiedad n.º 3 de Benidorm, Tomo NUM013, Libro NUM014 de la Sección 2.ª, folio NUM015, finca n.º NUM016. 6.º Se acuerde la cancelación de la inscripción de dominio en el Registro de la Propiedad n.º 3 de Benidorm (Alicante), a favor de D.^a Camila, sobre la finca precedente, n.º NUM016, folio NUM015, Libro NUM014 de la Sección 2.ª, tomo NUM013. 7.º Con expresa imposición de las costas a la demandada».

Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada, alegando la representación de D.^a Camila, los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... se dicte Sentencia por la cual acogiendo las excepciones opuestas se desestime sin entrar en el fondo del asunto y subsidiariamente si se entrare en el mismo igualmente se desestime íntegramente absolviendo de ella a mi representada e imponiendo las costa al actor».

El Juzgado de Primera Instancia 3 de Burgos dictó Sentencia el 29 de julio de 2005 desestimando la demanda, reservando expresamente a la actora las acciones de las que se crea asistida respecto a los bienes y derechos supuestamente integrantes de la sociedad de gananciales, para su ejercicio ante el Órgano Judicial que conoció del proceso de separación y a través del correspondiente procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial, y todo ello, con expresa imposición a la demandante de las costas procesales causadas.

En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP de Burgos dictó sentencia el 17 de febrero de 2006 estimando parcialmente la demanda y declarando el carácter ganancial de los inmuebles.

D.^a Camila interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, siendo desestimado le primero y estimado el segundo declarando el Tribunal Supremo el carácter privativo de los inmuebles.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Lo que se discute en el presente procedimiento es si dos apartamentos situados en Benidorm tienen la cualidad de bienes gananciales. A los efectos de una mejor comprensión se van a denominar EDIFICIO000 y APARTAMENTO000. Los hechos probados en relación a la adquisición de estos dos apartamentos son los siguientes:

a) EDIFICIO000. De los documentos aportados se deduce que D. Justiniano adquirió el apartamento mediante un contrato privado de compraventa el 7 de octubre de 1998. Figura en los autos una carta del comprador a los vendedores en la que les comunica que lo cede a su hija D.^a Camila.

b) APARTAMENTO000. El apartamento fue puesto a la venta a finales de 1998; los propietarios vendedores confirmaron que la venta se concertó con D. Justiniano en un documento privado, otorgado el mes de diciembre de 1998, que se elevó a público el 3 de marzo de 1999. En la actualidad figura inscrito a nombre de la hija y heredera.

D.^a Elena demandó a su hija, D.^a Camila. En la demanda pidió que los apartamentos descritos se declararan gananciales por considerar que en el momento de la compra aun estaba vigente la sociedad constituida por el matrimonio, al no haber sido firme la sentencia de separación hasta el 22 de febrero de 1999. Se opuso la demandada, para quien tales adquisiciones tuvieron lugar una vez disuelta ya la sociedad de gananciales.

La sentencia del juzgado de 1.^a instancia n.º 3 de Burgos, de 29 de julio de 2005, desestimó la demanda, reservando expresamente a la actora las acciones de las que se crea asistida respecto a los bienes que supuestamente integren la sociedad de gananciales. Dice que se produjo una especial relevancia de la fecha de la disolución del régimen. Señaló que: a) de los hechos probados se deduce que la esposa no tuvo ninguna intervención en la adquisición de los dos apartamentos, puesto que los cónyuges ya estaban separados; b) utilizando las sentencias de esta Sala sobre los efectos que deben atribuirse a la separación de hecho, entiende que la separación de los cónyuges ya estaba decretada con el auto de

medidas provisionales, siendo además incuestionable que desde hacía 16 meses se encontraban separados de hecho, «por lo que carecía de todo sentido pretender que el primer y esencial paso para liquidar la sociedad conyugal [...], se hiciera tomando como fecha de referencia la de la firmeza de la sentencia de separación»; c) la sociedad de gananciales se encuentra sin liquidar, y d) el régimen había quedado ya extinguido tiempo atrás, siendo sustituido por el de separación.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 3.^a, de 17 de febrero de 2006, estimó el recurso de apelación. Los argumentos son: a) especial relevancia del momento de la disolución del régimen y en base a la STS de 30 de enero de 2004, concluye que la sentencia de separación quedó firme después de dictada la de apelación, por lo que la disolución de la sociedad de gananciales no se produjo hasta febrero de 1999; b) partiendo de lo anterior, considera que los apartamentos adquiridos por el marido en 1998 eran gananciales; c) la cesión efectuada por el padre a favor de la hija del EDIFICIO000 era nula.

1.º RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

El primer motivo denuncia la infracción de los artículos 806 a 811 de la LEC en relación con el artículo 416.1.4.^a LEC, al acusar la inadecuación de procedimiento, mientras que el segundo expone la existencia de una incongruencia omisiva, por falta de pronunciamiento de la sentencia impugnada sobre la referida inadecuación de procedimiento. Los motivos primero y segundo deben ser examinados conjuntamente con el cuarto, al referirse éste a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que la resolución recurrida le ha producido al no pronunciarse sobre la inadecuación de procedimiento.

Los motivos primero, segundo y cuarto se desestiman. Respecto de la incongruencia omisiva denunciada por la recurrente en el segundo motivo, si bien es cierto que, efectivamente, la Sentencia de Apelación no se pronunció sobre la excepción de inadecuación de procedimiento oportunamente interesada, sobre la que sí lo

hizo la sentencia de primera instancia, el motivo no puede ser estimado, por incurrir en la causa de inadmisión prevista en el artículo 469.2 LEC, que, en este momento procesal, se convierte en causa de desestimación. Exige el legislador que, para que pueda considerarse procedente el recurso extraordinario por infracción procesal contra una resolución que adolezca de un determinado defecto de naturaleza adjetiva, dicha infracción debe ser denunciada en la instancia. Pues bien, con carácter previo a la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal, ante la omisión de pronunciamiento sobre la inadecuación de procedimiento, pretensión que podría entenderse tácitamente desestimada, la parte recurrente en casación, demandada en el procedimiento y que adujo la mencionada excepción, debió interesar el complemento de sentencia como requisito previo a la interposición del presente recurso, puesto que la Sala de Apelación hubiera podido complementar la resolución con el pronunciamiento interesado, sin que pueda ser admisible que la parte, obviando dicha posibilidad, acuda directamente al recurso extraordinario con la finalidad de anular la sentencia por incongruencia omisiva.

En relación con el motivo primero, esto es, la denuncia de inadecuación de procedimiento por entender que se había vulnerado lo dispuesto en los artículos 806 a 811 LEC las razones de la desestimación son las siguientes: a) el procedimiento escogido es el adecuado, toda vez que el objeto del pleito era la declaración de naturaleza ganancial de unos bienes concretos y la petición de determinadas consecuencias derivadas de tal declaración, por tanto, no la liquidación de la sociedad de gananciales, con los trámites previstos en las disposiciones que se consideran infringidas.; b) aun en el supuesto de que el procedimiento seguido no hubiese sido el adecuado, la estimación del recurso extraordinario únicamente podría tener lugar si dicha inadecuación hubiera producido la indefensión de la parte que lo alega, que debe ser cierta, real y efectiva y probada por la parte a quien afecta (SSTC STC 217/98, 205/91, 139/94 y 164/96, 198/97, 100/98 y 218/98, entre otras). Si bien la parte recurrente en el motivo cuarto expone que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva al habersele privado de la respuesta a

la citada excepción procesal, en ningún momento argumenta de qué forma se le ha ocasionado dicha indefensión y qué trascendencia tiene la misma en orden a la resolución de la controversia (asimismo, la sentencia de esta Sala de 9 de mayo de 2008, entre otras), y c) Además, el procedimiento seguido en este caso fue el del juicio ordinario, procedimiento con mayores garantías procesales para las partes, sin que la resolución que pone fin al pleito impida la presentación de la pertinente demanda de formación de inventario, de acuerdo con el artículo 806 LEC, limitado, por el carácter de cosa juzgada que la naturaleza de los bienes litigiosos determinada en este procedimiento tenga en el ulterior proceso de liquidación de la sociedad de gananciales.

El tercer motivo del recurso extraordinario denuncia nuevamente infracción del artículo 218.1 LEC así como de los artículos 216 y 222 del mismo texto legal, ya que, según manifiesta la recurrente, la sentencia infringe también el principio de la justicia rogada y el de cosa juzgada material. Entiende que en la demanda se solicitaba la declaración de nulidad radical de la cesión efectuada por D. Justiniano a D.^a Camila, de los inmuebles en el EDIFICIO000 de Benidorm e igualmente la nulidad radical de la compraventa otorgada sobre dichos inmuebles el día 12 de mayo de 1999 y sin embargo, en el fallo de la Sentencia se declara la rectificación de la escritura sobre dichos inmuebles en la que deberá figurar como comprador la sociedad de gananciales formada por D. Justiniano y D.^a Elena.

El motivo debe ser desestimado. El suplico de la demanda, en su apartado segundo, establece que «se declare la nulidad radical, por ilicitud de la causa, de la cesión efectuada por D. Justiniano a D.^a Camila de los inmuebles en el EDIFICIO000 de Benidorm (Alicante) descritos en el apartado anterior, e igualmente se declare, por la misma causa de la que es consecuencia, la nulidad radical de la compraventa otorgada sobre dichos inmuebles el día 12 de mayo de 1999 ante el Notario de Valencia con residencia en Benidorm, Sr. Planelles Chapulí, al n.º 1.385 de su protocolo, por D. Olegario, D.^a Elsa y D. Virgilio a favor de D.^a Camila». Pero también es cierto que en el apartado 3.º del mismo suplico se solicita que «Se acuerde la cancelación de las

inscripciones de dominio causadas a favor de D.^a Camila, a resultados del otorgamiento expresado en el epígrafe anterior, sobre el apartamento letra NUM000 de la NUM001 planta alta, con su garaje anejo núm. NUM002 y cuarto trastero en planta de NUM003 núm. NUM002, del EDIFICIO000 de Benidorm (Alicante), inscritos en el Registro de la Propiedad n.º 3 de Benidorm, al Tomo NUM004, libro NUM005 de la Sección Segunda, folio NUM006, finca NUM007 y al Tomo NUM004, libro NUM005 de la Sección Segunda, folio NUM006, finca NUM007 y al Tomo NUM004, libro NUM005 de la Sección Segunda, folio NUM008, finca NUM009, respectivamente, acordándose a su vez la inscripción del dominio sobre las mismas a favor de la extinta Sociedad de Bienes Gananciales, disuelta pero no liquidada, de D.^a Elena y D. Justiniano». Así las cosas, resulta que ambos pedimentos, tomados literalmente, son contradictorios, porque en el punto segundo se solicita la nulidad radical de la compraventa del inmueble sito en el EDIFICIO000, en cuyo negocio jurídico aparecía como parte compradora la demandada. Sin embargo, en el punto tercero se pide que se acuerde la cancelación de las inscripciones de dominio causadas a favor de la hija sobre la referida vivienda y anejos, acordándose a su vez la inscripción del dominio de éstos a favor de la sociedad de gananciales formada por el fallecido Sr. Justiniano y la actora. La defectuosa redacción del suplico de la demanda lleva a la Audiencia a estimarla parcialmente, por incompatibilidad de solicitudes, puesto que, para acordar la nulidad de la compraventa, se debería haber llamado al proceso al resto de partes intervinientes en el negocio cuya nulidad se pretende, esto es, los vendedores D. Olegario, D.^a Elsa y D. Virgilio por constituir su presencia un litisconsorcio pasivo necesario. Es más, de la lectura del conjunto de la demanda y del suplico se concluye fácilmente que la parte actora no busca la anulación de la compraventa, sino que pretende que los inmuebles litigiosos figuren a su nombre y al del ex marido fallecido, no al de su hija. Además, las consecuencias de la nulidad radical no son otras que la reposición de la realidad jurídica al momento en que el negocio anulado fue celebrado, con obligación de las partes de restituirse en las cantidades y bienes entregados. Por ello, de

haberse estimado la pretensión de nulidad, que no podría acogerse en ningún caso por falta del litisconsorcio antes referido, se habría anulado la compraventa con reposición de la titularidad a los vendedores y obligación de entregar a la compradora el precio entregado en 1999, pero, en ningún caso, podría haberse accedido a lo solicitado en el punto tercero del suplico, por incompatibilidad con el anterior pronunciamiento. Al rechazarse dicha nulidad y acordarse solamente la de la cesión, la Audiencia decidió que «no es necesaria la nulidad total [de la escritura de compraventa], lo que obligaría a los compradores [quizá quiso decir vendedores] a otorgar una nueva escritura, pudiendo decir estos que ya cumplieron con su obligación de escriturar a nombre de quien les dijo el comprador. Basta con proceder a la rectificación de la escritura en la forma que autoriza el artículo 153 del Reglamento del Notariado según el cual «los errores materiales, las omisiones y los defectos de forma padecidos en los documentos notariales inter vivos podrán ser subsanados por el Notario autorizante, su sustituto o sucesor en el protocolo, por propia iniciativa o a instancia de la parte que los hubiera originado o sufrido (...)», estimando solo parcialmente la demanda, pues, aunque se rechaza la pretensión de nulidad, se acuerda la rectificación de la escritura de compraventa, cuya consecuencia directa es la del asiento registral correspondiente en los términos pretendidos por la demandante.

De ahí que deba ser desestimado el motivo, toda vez que la Sentencia acuerda el medio idóneo para acceder a la pretensión de la parte lo que no supone una alteración sustancial del *petitum* ni implica otorgar algo diferente de lo pedido.

El motivo quinto denuncia la infracción del artículo 217 LEC, que regula las reglas de la carga de la prueba en el proceso civil. Se argumenta que la Sentencia impugnada establece que la supuesta adquisición de los inmuebles por la demandada carece de toda prueba, cuando tal valoración es errónea a tenor de los medios probatorios aportados al proceso que prueban la titularidad de los fondos entregados para la compra.

El motivo ha de ser desestimado. La valoración de la prueba documental y de testigos efectuada por la recurrente desvirtúa la realizada por

la Sala de Apelación, si bien por realización de un análisis partidista e interesado, dirigido a intentar la convicción de esta Sala de que la prueba escogida debe ser estudiada bajo el prisma de la propia recurrente, obviando otros medios probatorios que impiden llegar a la conclusión que ella pretende y pasando por alto que la Sala de Apelación ha realizado una valoración conjunta de la prueba que no resulta arbitraria, ilógica ni contraria a derecho y, por tanto, inatacable para la Sala, aunque dicha valoración sea contraria a los intereses de la parte (SSTS 20 de abril, 18 de junio y 28 de noviembre 2009 y 4 de febrero de 2010, de entre las más recientes). Ninguna de estas circunstancias se produce en el presente caso, sino que estamos ante un intento de convertir el recurso en una tercera instancia tratando de sustituir la apreciación probatoria que ha realizado la Audiencia por la sin duda parcial de la recurrente.

2.º RECURSO DE CASACIÓN

El Primer motivo denuncia la infracción de los artículos 1392 y 85 CC. La sentencia recurrida atribuye a la sociedad de gananciales la titularidad de los inmuebles, pese a que la comunidad no puede ser la de gananciales que quedó disuelta por la muerte, sino una comunidad post-ganancial.

El motivo se estima. A pesar de una argumentación no demasiado clara, lo que se deduce de lo dicho por la recurrente es que la disolución del régimen devino firme y, en consecuencia debería en este motivo haberse aplicado el artículo 1392 CC que considera causa de disolución de la sociedad de gananciales la sentencia firme de separación de los cónyuges.

Las razones para su estimación se basan en la firmeza de la disolución del régimen producida en la sentencia de separación, porque esta parte no fue recurrida por el marido y ello de

acuerdo con lo que dispone el artículo 95 CC. La sentencia dictada en 1.ª Instancia resultó firme en la declaración de separación y en la de disolución porque esta parte de la decisión no se recurrió, por lo que la separación de los cónyuges no se produjo el 4 de febrero de 1999, como afirma la esposa demandante, sino el 2 de abril de 1998, fecha de la sentencia de 1.ª Instancia, firme en este aspecto.

Como afirma la sentencia de 18 de marzo de 2008, sentencia firme es aquella contra la que no procede recurso alguno, ya sea por su propia naturaleza, ya sea por haberlo consentido las partes (artículos 369 LECiv en relación con el artículo 245.3 LOPJ) y en el presente litigio, ambas partes consintieron las decisiones de la sentencia de 1.ª Instancia relativas a la causa de separación y a la disolución del régimen económico matrimonial, porque solo se recurrió lo relativo a la pensión compensatoria y a la atribución del uso de la vivienda conyugal. Devino firme, por tanto, la declaración de disolución del régimen como consecuencia de la separación (artículo 95 CC) y a partir de aquel momento los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges no gozaban de la presunción de ganancialidad del artículo 1361 CC. Por ello, la esposa demandante y ahora recurrida debería haber probado que los bienes cuya ganancialidad reclama, fueron adquiridos con dinero ganancial y al no haberlo hecho, corresponde declarar privativos del marido los apartamentos cuya ganancialidad se reclama. (SSTS 20 de enero de 2004, 27 de febrero de 2007, 18 de marzo y 28 de mayo de 2008).

La estimación del primer motivo del recurso de casación determina su estimación y la anulación de la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 3.ª, de 17 de febrero de 2006, reponiéndose en su lugar la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de Burgos de 29 de julio de 2005.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Para disponer de los bienes de un menor es necesaria autorización judicial pero nada impide otorgar un contrato que la exija antes de obtenerla, o bien mientras se están efectuando las gestiones para conseguirla. Cuando ello ocurra, el contrato se entenderá sometido a una condición suspensiva consistente en la obtención de la autorización.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 16 de febrero de 2010

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

Por herencia de su madre, el menor Demetrio había adquirido la propiedad de una cuota en una casa situada en Zamora. Su padre, D. Luis Antonio era copropietario de otra cuota de la misma entidad, juntamente con otras personas.

El 12 de junio de 2002, los copropietarios, representados por D. Rosendo, a quien habían nombrado mandatario, otorgaron un contrato privado de compraventa con S.S.L. de la casa situada en Zamora. En el expositivo de dicho contrato figura lo siguiente: «que entre los citados interesados y el representante legal del menor D. Luis Antonio, tienen convenida la venta de la finca [...] a la entidad representada “S.S.L.”, si bien se está tramitando la autorización judicial para la disposición de los derechos del menor de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 166 CC. No obstante no haber recaído dicha autorización, y sin perjuicio de ello, los interesados desean prestar su consentimiento a la venta de los derechos que, respectivamente le corresponden en la citada finca, lo que llevan a cabo en el presente documento privado». En la parte dispositiva del contrato se acordó que el consentimiento prestado era irrevocable, independientemente de que en el futuro recayera o no la autorización judicial sobre la disposición de los derechos pertenecientes al menor Demetrio. Se fijó un precio de 180.303€, recibiendo una parte del mismo los vendedores y pactando que el resto se pagaría en el momento del otorgamiento de la escritura pública. Los vendedores se comprometieron a otorgarla en el plazo de los dos meses siguientes a la autorización judicial. Se añadía la siguiente cláusula: «CUARTO. Con la suscripción del presente documento privado se transmite la posesión en concepto de dueño respecto de lo adquirido a la parte compradora a la que, además, se le entrega en este acto un ejemplar de las llaves del inmueble, debiéndosele tener, a partir de ahora en tal consideración, tanto en las relaciones entre partes como con respecto a terceros».

El inmueble se hallaba arrendado y un mes después del otorgamiento del anterior contrato, D. Luis Antonio vendió a los arrendatarios el mismo inmueble por un precio superior al pactado en el primer contrato. Al mismo tiempo, solicitó la oportuna autorización judicial. En la solicitud se dice lo que se reproduce a continuación: que «se conceda al solicitante la autorización para la venta de la cuota inscrita en el Registro de la Propiedad de Zamora finca n.º NUM001, por considerar la necesidad y utilidad de su enajenación, así como para adquirir, mediante retracto de coherederos, la totalidad de los derechos sobre el inmueble y proceder a su posterior venta; también que se deniegue autorización judicial para la venta a favor de Salamanca Zamora Mercados SL. Y por medio de otrosí digo que, habida cuenta de que el derecho de retracto de coherederos está sometido a plazo de caducidad, y que el mismo no se podrá ejercitar hasta que se dicte autorización judicial, deberá declararse, en la misma, que el citado plazo queda suspendido en tanto se resuelve la presente petición, con reanudación a partir de su dictado». El auto de 9 de junio de 2003, del juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Sueca, acuerda «[...]autorizar a D. Luis Antonio, en calidad de padre del menor, a la enajenación que el menor ostenta respecto de la finca inscrita en el Registro de la Propiedad de Zamora, finca n.º NUM001, igualmente se autoriza

a ejercer el derecho de retracto de coherederos sobre la totalidad de sus derechos sobre el citado inmueble y se le autoriza a la enajenación del total de la finca mencionada por la cantidad de 330.556,65€, sin necesidad de venderla en pública subasta».

Los otros copropietarios otorgaron la escritura de venta. D. Luis Antonio envió por burofax una carta al comprador diciendo que de acuerdo con el auto dictado por el juzgado de Sueca, se había autorizado la venta por 330.556,65€ «por ser más beneficiosa para el menor» y no otorgó la escritura.

D. Luis Antonio demandó a S.S.L., pidiendo que se declarara ejercido el retracto y consecuentemente, que el demandante, en la representación que ostentaba del menor Demetrio, se debía subrogar en el lugar de la compradora en los derechos adquiridos por ésta. Al mismo tiempo, la compradora S.S.L. promovió demanda contra D. Luis Antonio y su hijo menor Demetrio pidiendo que se declarara la validez y eficacia del contrato de compraventa y que se condenara a los demandados a otorgar la correspondiente escritura pública. Las demandas se acumularon.

El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Zamora dictó sentencia el 19 de julio de 2004 estimó la demanda de D. Luis Antonio y desestimó la de S.S.L. Examinó si concurrían todos los requisitos exigidos para el ejercicio del retracto, considerando que concurrían todos, excepto el relativo al plazo de nueve días para el ejercicio. Respecto a la autorización judicial señaló que «[...]si bien es cierto que para la adquisición favorable al menor no resulta imprescindible la autorización, sí lo es para la enajenación de bienes, que es claro que en este caso es un paso previo a la propia adquisición, por el especial mecanismo de una acción como es la que conlleva el derecho de retracto». Por ello, «[...] lo que no cabe es interpretar los requisitos que la regulan de forma tan estricta que aun cumpliéndose la finalidad de su regulación trata de preservar se haga ineficaz el derecho que la norma [...] regula: en el caso que se resuelve, la adquirente conocía la condición de menor de uno de los comuneros, y la existencia de un procedimiento judicial para la autorización a favor del padre del mismo para enajenar dicha cuota, quedando la compraventa que se perfeccionó en su momento, en relación al resto de las cuotas, pendiente de dicha autorización judicial para poder considerarse no ya consumada, sino incluso productora de los efectos finales que se pretendía con respecto a esa cuota en particular».

En grado de apelación la AP de Zamora dictó sentencia el 30 de diciembre de 2004 estimando en parte la demanda formulada por S.S.L. La sentencia considera que el plazo para el ejercicio del retracto establecido en el Artículo 1254 CC «es un plazo de caducidad», lo que «implica la imposibilidad de interrupción», por lo que «para evitar la desnaturalización del plazo, no es posible hacer interpretaciones extensivas en cuanto a la posibilidad de suspensión del plazo». A continuación, examina si se requería autorización judicial para el ejercicio del derecho de retracto y concluye negativamente, porque «para el ejercicio por parte del padre, en representación de su hijo menor, de la acción de retracto y del derecho a retraer, no se exige autorización judicial previa», por lo que «no podemos declarar que exista justificación alguna para no estimar caducada la acción de retracto al no haberse ejercitado la misma en el plazo de 9 días desde aquel en que el demandante tuvo cabal conocimiento de la venta», «sin que para ello sea óbice el que el auto en el que se resuelve sobre la solicitud de autorización judicial instada por el padre del menor se recoja expresamente que se autoriza al mismo al ejercicio del retracto, puesto que esta

declaración efectuada en un procedimiento como el de autorización de venta de bienes de menores, carece de trascendencia alguna por ser innecesaria y superflua». En consecuencia, condena al litigante D. Luis Antonio a otorgar escritura pública en relación a su parte, pero no a la de su hijo.

Ambas partes pidieron el complemento de la sentencia, por considerar que no se trataba en el fallo de las peticiones aducidas por S.S.L. en la demanda acumulada. Con fecha 26 de julio de 2005, la Sala dictó un auto de complemento en el que se dice que «no es posible estimar la demanda interpuesta por la representación procesal de S.S.L., porque la misma se dirigió contra D. Luis Antonio y su hijo D. Demetrio y en ella se solicitaba la validez del contrato haciendo referencia expresamente a los derechos del segundo de ellos, pretensión que debe ser desestimada y con ello el recurso de apelación impuesto» por S.S.L. volvió a pedir la aclaración de este auto; el de la Audiencia Provincial de Zamora, de 21 de octubre de 2005, decidió que debía aclararse la parte dispositiva del auto de complemento en el sentido que «[...] lo que procede es la estimación parcial de la demanda formulada por S.S.L. en cuanto a la declaración de validez del contrato de compraventa suscrito en documento privado por D. Rosendo en fecha 12 de junio de 2002, amparado en el poder otorgado por D. Luis Antonio a favor del mismo y en relación a sus propios bienes y derechos sobre la casa [...] de su hijo, procediendo la condena del mismo a la elevación a público del documento privado en cuanto exclusivamente a su participación o derechos en dicho inmueble [...]».

Ambas partes interpusieron recurso de casación, estimando el Tribunal Supremo el interpuesto por S.S.L. y declarando la plena validez del contrato de compraventa otorgado el 12 de junio de 2002, teniendo por objeto los derechos que corresponden a D. Luis Antonio y su hijo D. Demetrio, y condena a D. Luis Antonio y a su hijo menor de edad a otorgar escritura pública elevando a público el documento privado de compraventa de 12 de junio de 2002.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dejando a un lado la cuestión relativa a la acción de retracto y el plazo de caducidad, interesa abordar el tema relativo a la disposición de bienes de menores por parte de sus padres.

El Primer motivo denuncia la infracción de los artículos 1259 y 1727, 1 y 2 CC, en relación con los artículos 162, 1710 y 1713 CC y el principio general de que nadie puede ir contra sus propios actos. Señala que a pesar de que no consta explícitamente en la escritura que al otorgar el poder, D. Luis Antonio actuara no solo en nombre propio, sino también en el de su hijo menor, ello debe considerarse implícito teniendo en cuenta la finalidad para la que otorgó dicho poder, ya que su intención era vender todos los derechos de su hijo menor de edad. Supone que se produjo una ratificación tácita del mandato,

en el caso en que se considere que no se había otorgado expresamente. Finalmente argumenta que no se valoraron los actos posteriores.

El motivo se estima.

El artículo 166 CC exige que para la disposición de los actos del menor concurra la autorización judicial, pero nada impide otorgar un contrato que la exija antes de obtenerla, o bien mientras se están efectuando las gestiones para conseguirla. Cuando ello ocurra, el contrato se entenderá sometido a una condición suspensiva consistente en la obtención de la autorización, aunque, como en el caso que nos ocupa, dicha condición se configurara por las partes como resolutoria, lo que nada les impedía hacer.

Por ello el problema que se presenta en el auto de complemento de la sentencia dictado por

la Audiencia Provincial de Zamora, de 26 de julio de 2005 es si debe interpretarse que el padre del menor había otorgado el poder a D. Rosendo exclusivamente en nombre suyo o debía considerarse incluido también al menor de edad, lo que llevaría a la interpretación de los documentos otorgados. Sin embargo, por una parte D. Rosendo, como mandatario, actuó en nombre y representación de D. Luis Antonio e hizo constar expresamente que si bien la venta era definitiva, el otorgamiento de la escritura pública quedaba suspendido hasta que se concediera la autorización judicial al padre titular de la potestad para la venta de los derechos de uno de los comu-

ros, el menor Demetrio. Ello obliga a concluir que el mandato otorgado a D. Rosendo incluía el derecho de este comunero, lo que además queda confirmado con la petición de autorización judicial con relación a esta concreta venta efectuada por el padre.

De este examen, debe entenderse que el mandato incluía tanto el derecho del padre como el del hijo menor de edad, por lo que debe revocarse la sentencia en el sentido de que obtenida la autorización judicial, debe otorgarse la escritura también en lo relativo a la cuota del menor, de acuerdo con la autorización judicial otorgada.

UNIONES DE HECHO

Pertenece íntegramente al conviviente de hecho el premio de lotería, pues además de que no quedó acreditada la existencia de una comunidad de bienes, resultó agraciado con el premio un mes después del cese de la convivencia.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 4 de febrero de 2010

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

ANÁLISIS DEL CASO

D.^a Edurne y D. Eloy convivieron juntos desde aproximadamente 1997, con intermitencias y separaciones, habiendo tenido un hijo en común, hasta que en fecha 10 de abril de 2001 rompen la relación y suscriben un documento, con una serie de pactos, que el primero dice así: «Que siendo imposible continuar con la vida en común, han acordado zanjar todas las cuestiones económicas existentes entre ambos, señalando a partir de esta fecha, domicilios independientes comprometiéndose a respetar mutuamente la vida privada del otro». En ella se contemplan las deudas, gastos pendientes y la venta de una vivienda común hasta su total liquidación, tras lo cual, se prevé: «Una vez cumplido lo pactado, reconocen ambos tener por zanjadas cuantas diferencias y cuestiones económicas compartían, sin que tengan nada que reclamarse mutuamente».

El 12 de mayo de 2001 D. Eloy es agraciado con un importante premio de lotería.

D.^a Edurne, interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Eloy y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que se declare el derecho de D.^a Edurne sobre el cincuenta por ciento del premio total, cuya cuantía total era de 4.758.200 euros, y se condene al demandado a entregar la mitad de dicha suma a la actora, así como los intereses y frutos devengados de dicho capital y con expresa imposición de las costas a los demandados si se opusieran a la presente petición.

D. Eloy contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda formulada de contrario y se absuelva a mi representado de los pedimentos solicitados en la misma y con expresa condena en costas a la parte actora.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Alicante dictó sentencia el 13 de septiembre de 2004 estimando íntegramente la demanda.

En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Alicante dictó sentencia el 18 de febrero de 2005 estimando el recurso interpuesto por D. Eloy y desestimando íntegramente la demanda.

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

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

D.ª Edurne ejerció acción de reclamación de cantidad, exactamente de la mitad de un importante premio de la lotería primitiva basándose en la existencia de una comunidad de bienes ex artículo 392 del Código civil derivada de la convivencia *more uxorio* que mantenía con el demandado don Eloy.

La sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 6.ª, de Alicante, de 18 de febrero de 2005, revocando la de primera instancia, analizando y valorando con detalle las alegaciones y los medios de prueba desestima la demanda porque no considera acreditada «la voluntad de los litigantes de constituir una plena comunidad económica durante el período de convivencia» y «no queda probado que los litigantes convivieran en el momento de ser agraciado el boleto adquirido por el demandado con el premio cuya mitad reclama la demandante» dando así pleno valor al documento de 10 de abril de 2001 con el que «los litigantes zanjan todas las cuestiones económicas existentes entre ambos, señalando diferentes domicilios, comprometiéndose el demandado a abandonar la vivienda común».

Conviene precisar la postura de esta Sala antes de entrar en el detalle de los motivos de casación.

En primer lugar, sobre la unión de hecho o matrimonio de hecho o convivencia *more uxorio*. Acerca del concepto no hay discusión: es la convivencia con análoga afectividad a la matrimonial, sin la celebración formal del matrimonio, que no es antijurídica, sino extrajurídica y produ-

ce o puede producir efectos personales, económicos o de filiación. Lo que ha sido mantenido por la jurisprudencia es la no aplicación de la normativa sobre el matrimonio, la apreciación de una comunidad de bienes siempre que se deduzca de la voluntad de los convivientes y la protección a la parte más débil de la relación evitando injustos perjuicios. La sentencia que se citan el recurso, de 17 de enero de 2003, contempla el caso de una larga convivencia, tras la que se reconoce a la mujer una parte de los bienes que se habían adquirido durante la vida en común.

No es éste el caso presente. La convivencia que, según hecho probado, no llegó a constituir una comunidad económica, se extinguió antes de la adquisición de aquel boleto comprado con dinero exclusivo del demandado: cuando ello ocurrió no había convivencia, ni comunidad, ni atisbo alguno de una participación por parte de la mujer.

En segundo lugar, sobre el premio de la lotería. En caso de matrimonio seguido bajo el régimen económico-matrimonial de gananciales, las ganancias obtenidas en el juego son bienes gananciales y ello fue contemplado por la sentencia de 22 de diciembre de 2000. Pero en caso de unión de hecho, tan sólo sería común si se acreditara la existencia de una comunidad de bienes.

No es el caso presente en que no se ha acreditado tal comunidad cuando había convivencia y, además, cuando se obtuvo la ganancia, ya no había ni siquiera la convivencia.

Los dos primeros motivos del recurso de casación (apartados tercero y cuarto de su escrito) alegan la infracción de un sinnúmero de normas constitucionales (artículos 10, 14, 32, 39), civiles (artículos 1.7, 392, 393) de la Declaración de derechos humanos y de pactos internacionales. Todo ello para mantener que se da una unión de hecho de los litigantes y que merece protección, como la merece toda familia fundada en unión de hecho.

Aparte de las largas explicaciones doctrinales sobre la unión de hecho, su protección y la comunidad de bienes, no podemos por menos que estar de acuerdo con sus afirmaciones de la protección integral de la familia. Sin embargo, en el caso presente, al tiempo de obtenerse la ganancia, no había unión de hecho, ni comunidad de bienes: lo primero, porque el documento de 10 de abril de 2001 es tajante («... domicilios independientes...», «... vida privada del otro») y se declara probado que cesó la convivencia; lo segundo, porque no puede mantenerse una comunidad cuando se ha decidido romper toda relación económica, en el mismo documento («... zanjar todas las cuestiones económicas...») y, a mayor abundamiento, la sentencia de instancia declara probado que nunca hubo comunidad de bienes.

El motivo tercero del recurso (apartado quinto del escrito) alega también un conjunto de normas del Código civil (artículos 1, 3 y 4) para mantener, una vez más, la protección que merece la unión de hecho, lo que nadie discute y la equiparación a la comunidad de bienes, lo que es negado —como hecho probado incólume en casación— por la sentencia de instancia, objeto de este recurso. Lo que es claro es que la jurisprudencia ha negado la aplicación a la unión de hecho de la normativa del matrimonio.

Lo que es inadmisibile en el recurso de casación es la pretensión, que se hace en el desarrollo del motivo, de que se revise la valoración de la prueba. Literalmente, dice: «si la Sala hubiese valorado la prueba aportada correctamente, hubiese hallado perfectamente actos y hechos concluyentes de la pareja que definen con claridad que la voluntad de ambos era compartir, era hacer común, y para ello basta no sólo en ver la documental de antes del premio sino la de después del mismo y las más concluyentes

es relacionando el documento...». Lo cual se desarrolla ampliamente, lo que está lejos de la casación, cuya función no es revisar la cuestión fáctica, sino controlar la aplicación correcta del ordenamiento jurídico a los hechos declarados probados en instancia (sentencias de 15 de junio de 2009, 2 de noviembre de 2009), sin hacer supuesto de la cuestión (sentencias de 5 de noviembre de 2009, 20 de noviembre de 2009).

El cuarto de los motivos de casación (apartado sexto del escrito) alega la infracción de los artículos 3.1 y 4.1 del Código civil por no interpretar la normativa jurídica, conforme a la realidad social, ni apreciar la analogía *iuris*, que da lugar a la aplicación de los principios generales del derecho, así como la infracción de los artículos 392 y 393 del Código civil. En el desarrollo del motivo no aclara cuál es la normativa jurídica que ha sido mal interpretada, ni concreta la realidad social no considerada, ni cabe insistir en la apreciación de la analogía a la unión del hecho, ni puede aceptarse infracción de normativa de la comunidad de bienes que ha sido negada por la sentencia de instancia.

La realidad es otra, cuyo punto de vista se pierde a lo largo de todo el recurso. La unión de el hecho había cesado cuando se produjo la obtención del premio de la lotería: no hay realidad social, ni comunidad, a una situación en la que ni siquiera existe la convivencia que hubo antes.

Y lo que verdaderamente hay en este motivo es otra cosa: no tanto alegación de normativa que se dice infringida, sino una valoración de la prueba y una discusión sobre la cuestión fáctica, que no es admisible en casación, como se ha dicho en el fundamento anterior.

Como reitera la sentencia de 30 de septiembre de 2009 recogiendo jurisprudencia anterior: «El recurso, evidencia una petición de principio al pretender que esta Sala se constituya en Sala de instancia, entrando a valorar nuevamente la prueba, lo cual, según doctrina de esta Sala, está vedado al recurso de casación, en el que no cabe “hacer supuesto de la cuestión”, que consiste en partir de un supuesto fáctico contrario al proclamado por la sentencia recurrida —SSTS 20 de febrero de 1992, 6 de noviembre de 1992, 12 de noviembre de 1992, 2 de diciembre de 1993, 29 de diciembre de 1998, 28 de septiembre de 1999

y 5 de julio de 2000— o, lo que es lo mismo, no respetar los hechos probados y las determinación de carácter eminentemente fáctico que pertenecen al ámbito sentenciador de la instancia —SSTS 15 de noviembre de 1995 y 24 de marzo de 1995— o, también, soslayar los hechos probados para, a partir de una construcción propia y unilateral, extraer consecuencias jurídicas en oposición a lo resuelto de conformidad con aquellos —SSTS 25 de febrero de 1995, 30 de mayo de 1995 y 14 de julio de 1997—».

El motivo quinto del recurso de casación (apartado séptimo del escrito) alega la infracción de los artículos 10, 14 y 32 de la Constitución Española e infracción de los artículos 1281 y 1285 del Código civil y en el desarrollo del motivo otra vez vuelve a valorar la prueba y mantener que la convivencia se mantiene tras el documento de 10 de abril de 2001. Dice textualmente: «en el fundamento séptimo de la sentencia, la Sala llega al erróneo convencimiento de la no convivencia de la pareja en el crítico momento de ser agraciado el boleto, basándose únicamente en el documento número 1 de los que la contestación a la demanda, sin valorar el mismo con el resto del conjunto de prueba, sin atender a su impugnación, sin dar cuenta de su falta de firma en su contenido íntegro, y sin comprobar las declaraciones de las partes sobre el mismo».

No es así. La Sala no sólo se atiene a lo declarado probado (no hubo comunidad, ni siquie-

ra cuando había convivencia), sino que comparte la apreciación del Tribunal *a quo* de que la convivencia cesó tras la firma de aquel documento. No puede ahora la recurrente pretender interpretar de otra forma aquellas declaraciones, ni mucho menos, revisar la actividad probatoria y llegar a negar lo que ha declarado probado la sentencia de instancia, contrariando, una vez más, la función de la casación.

El sexto y último de los motivos del recurso de casación (apartados octavo y noveno del escrito) se refiere, un tanto confusamente, a la doctrina del enriquecimiento injusto, cita sentencias o no aplicables al caso por darse una comunidad o no procedentes de esta Sala, por ser de la Sala Segunda; cita como infringidos los artículos 32 y 39 de la Constitución Española y vuelve a la protección de la unión de hecho, que nadie discute. La alegación de enriquecimiento injusto no es aceptable en este recurso de casación, ya que no fue la *actio petendi* ni se alegó como fundamento de la demanda. La menciona la sentencia de apelación, precisamente porque el demandado lo había alegado como uno de los motivos de su recurso de apelación al haber sido estimada la demanda en su contra por la sentencia de primera instancia. A mayor abundamiento, no cabe apreciar un enriquecimiento injusto en el caso de la obtención de un premio de lotería por quien había sido su pareja de hecho y ya no lo era al tiempo del premio y con el cual nunca había llegado a formar una comunidad de bienes.

Se declara la nulidad, por vicio en el consentimiento, de la compraventa celebrada entre los integrantes de una pareja de hecho, pues el demandado, mediante la intervención de dos sociedades interpuestas, procuró la venta por la actora de sus participaciones a un precio inferior al de mercado constatándose la existencia de maquinaciones fraudulentas.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 16 de febrero de 2010

Ponente: Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Evangelina había heredado de su padre (fallecido en 1972), su marido (fallecido en 1977) y su madre (fallecida en 1989), el 62,30% de las acciones de la sociedad Inmobiliaria Can Gili, S.A. cuyo único bien era la finca Can Gili situada en Granollers. La sociedad se había constituido el 1 de diciembre de 1971, con la finalidad de administrar el patrimonio familiar.

D.^a Evangelina y D. Luciano iniciaron una relación sentimental que duró unos 17 años. Durante este tiempo, D. Luciano fue haciéndose cargo de los asuntos económicos de D.^a Evangelina, quien le tenía una confianza absoluta.

D. Luciano inició las gestiones con el Ayuntamiento de Granollers para la recalificación de los terrenos de la finca Can Gili y la aprobación del Plan parcial, que tuvo lugar el 23 de julio de 1997. Una vez aprobado, D. Luciano aconsejó a D.^a Evangelina la venta de las acciones de la sociedad. Dicha operación se consumó el 14 de agosto de 1997, vendiendo D.^a Evangelina las acciones de su paquete a las sociedades Servicios Generales Barber, S.L. Y Servicios Generales Thomas, S.L.; en realidad, según se ha declarado probado, se trataba de sociedades pantalla de D. Luciano, de modo que fue él mismo quien adquirió por persona interpuesta dichas acciones. El precio acordado fue de 124 millones de pesetas (754.255,01). La finca estaba valorada en el momento de la venta en 420 millones de pesetas (2.524.250,84). Para el pago del primer plazo de los acordados, las aparentes compradoras entregaron a D.^a Evangelina dos pagarés por una cantidad de 14 millones de pesetas. En el procedimiento se demostró que dichas sociedades, además de tratarse de personas interpuestas, eran insolventes y se encontraban inactivas. Poco tiempo después de la venta cesaron las relaciones personales entre D. Luciano y D.^a Evangelina.

D.^a Evangelina interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Luciano, Servicios Generales Barber, S.L., Servicios Generales Thomas, S.L., Inmobiliaria Can Gili, S.A., solicitando que se dicte sentencia por la que: «1.º Estimando íntegramente la acción que se ejercita de forma principal acción de nulidad por vicio del consentimiento de la vendedora por haber mediado dolo del comprador, por su virtud se declare la nulidad de los contratos de compraventa de las acciones de D.^a Evangelina celebrados en fecha catorce de agosto de 1997 entre la Sra. Evangelina y las mercantiles codemandadas Servicios Generales Barber, S.L., y Servicios Generales Thomas, S.L., enajenadas a las mercantiles codemandadas, y en méritos de dicha declaración se tenga por inválidamente transmitida la titularidad de las acciones de la sociedad Inmobiliaria Can Gili, S.A. y se mande la reposición de las cosas al estado en que se hallaban antes de dichos actos dispositivos, mandando a los codemandados pasar y estar a lo dispuesto en dicha declaración. 2.º Subsidiariamente, y para el caso de que no se estimase la concurrencia de tal causa de nulidad de los meritados contratos, se peticiona la estimación de la acción de nulidad absoluta de los contratos de compraventa de acciones celebrados en fecha catorce de agosto de 1997 entre la Sra. Evangelina y las mercantiles codemandadas Servicios Generales Barber, S.L. y Servicios Generales Thomas S.L., por ser ilícita la causa de dichos contratos y por su virtud se declare la nulidad de los contratos de compraventa de las acciones de D.^a Evangelina enajenadas a las mercantiles codemandadas, y en méritos de dicha declaración se tenga por inválidamente transmitida la titularidad de las acciones de la sociedad Inmobiliaria Can Gili, S.A. y se mande la reposición de las cosas al estado en que se hallaban antes de dichos actos dispositivos, mandando a los codemandados pasar y estar a lo dispuesto en dicha declaración. 3.º Subsidiariamente, y para el improbable caso de que no se estimare la concurrencia de maquinaciones insidiosas en la conducta del comprador ni la causa ilícita, se peticiona la estimación de la acción de nulidad de los contratos de compraventa de las acciones de D.^a Evangelina celebrados en fecha catorce de agosto de 1997 entre la Sra. Evangelina y las mercantiles codemandadas Servicios Generales Barber, S.L. y Servicios Generales Thomas, S.L., enajenadas a las mercantiles codemandadas, por vicio del consentimiento por error en

la formación de la voluntad de la vendedora, y por su virtud se declare la nulidad de los contratos de compraventa de las acciones de D.^a Evangelina enajenadas a las mercantiles codemandadas, y en méritos de dicha declaración se tenga por inválidamente transmitida la titularidad de las acciones de la sociedad Inmobiliaria Can Gili, S.A., y se mande la reposición de las cosas al estado en que se hallaban antes de dichos actos dispositivos, mandando a los codemandados pasar y estar a lo dispuesto en dicha declaración. 4.º Se solicita la expresa condena en las costas causadas a los codemandados que se opongan a la acción ejercitada a través de la presente demanda».

D. Luciano y las entidades Servicios Generales Thomas, S.L. y Servicios Generales Barber, S.L., presentaron escrito oponiéndose a la demanda solicitando su íntegra desestimación. La codemandada Inmobiliaria Can Gili, S.A. fue declarada en rebeldía.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 52 de Barcelona dictó Sentencia el 8 de abril de 2002 estimando la demanda promovida y declarando la nulidad del contrato de compraventa de acciones de 14 de agosto de 1997 entre la Sra. Evangelina (vendedor) y las mercantiles Servicios Generales Barber y Thomas, S.L. (compradoras) codemandadas que actuaban siguiendo las instrucciones de D. Luciano por dolo del comprador en la formación de la voluntad de vendedora condenando a los codemandados a estar y pasar por la anterior declaración y a la reposición de las cosas al ser y estado en que se encontraban con anterioridad al acto dispositivo imponiendo a los demandados al pago de costas procesales causadas.

En grado de apelación, la Sec. 15.ª de la AP de Barcelona dictó sentencia el 12 de julio de 2005 desestimando los recursos interpuestos por los demandados.

D. Luciano y las entidades Servicios Generales Thomas, S.L., y Servicios Generales Barber, S.L., interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, que estimó la demanda interpuesta por D.^a Evangelina, consideró probado que D.^a Evangelina tenía intención de vender el paquete de acciones, pareciéndole la idea excelente porque solo conocía otras ofertas inferiores que le habían sido presentadas por el mismo D. Luciano. La sentencia dedujo que el comprador actuó dolosamente porque «la llevanza directa del Sr. Luciano de lo relativo al plan parcial ante el Ayuntamiento de Granollers que implica un conocimiento exacto y concreto de la cuestión, la comunicación de ofertas inferiores por el paquete de acciones de la Sra. Evangelina sin acreditar si fueron reales y por quién fueron verificadas, la “precipitación” en la firma del contrato durante el mes de agosto cuando la actora se encontraba fuera de Barcelona, a favor o a través de sociedades interpuestas que “seguían las instrucciones

del Sr. Luciano”, sin que haya quedado claro que efectivamente la Sra. Evangelina sabía o no que vendía al Sr. Luciano, extremo éste que es “necesario” en una relación de convivencia como la sostenida por las partes (la sola negativa con necesaria acreditación de ese conocimiento es ya llamativa), con independencia de la forma en que debía satisfacerse el precio (no es relevante), llevan a este Juzgador al convencimiento de la concurrencia de maquinaciones insidiosas en la formación del consentimiento de la vendedora D.^a Evangelina de que de no haber concurrido no hubieran implicado la venta en la forma y por el precio pactado». Añadió dicha sentencia que «partiendo de que la actora tenía intención de vender su paquete de acciones en Inmobiliaria CAN GILI, S.A. ofertado un precio que “parecía excelente” por dos sociedades interpuestas y siguiendo las instrucciones del Sr. Luciano, con

precipitación y cegada por la confianza la actora emite su voluntad negocial viciada en cuanto a su libertad y conocimiento no habiendo intervenido tercero ni sido empleado por las dos partes, concurren los requisitos exigidos para la apreciación de dolo grave».

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, confirmó la apelada. Dice dicha sentencia que la actora sostiene: i) que fue víctima de un «engaño, maniobra o maquinación intencionada, con el fin de producirle un conocimiento equivocado o una representación mental errónea sobre la verdadera situación que le llevó a vender las acciones, lo que no hubiera hecho de haber tenido conocimiento de la realidad»; ii) Quita relevancia al hecho tenido en cuenta por el Juzgado relativo a la urgencia o que las sociedades fuesen en realidad del propio comprador, puesto que se ha declarado por ella misma que no le hubiera importado vender las acciones a D. Luciano; iii) Concluye que lo realmente relevante es la diferencia de precio entre lo realmente abonado y el que resulta de las tasaciones obrantes en autos, porque «si la actora hubiese sabido la concurrencia de esta circunstancia, no hubiera llevado a cabo la compraventa» y «no habiendo prueba de que la actora fuera a vender a ese precio (pues la misma creyó que era la mejor de las ofertas, lo que se ha probado que resulta ajeno a la realidad) la voluntad de la vendedora aparece ineludiblemente viciada por la conducta dolosa del comprador, esto es, por el engaño urdido por el demandado que provocó un error determinante de su voluntad»; iv) La gravedad de la maquinación queda fuera de duda «pues la conducta artificiosa por la que reobtuvieron finalmente unas acciones de un valor económico real muy superior al desembolso realizado por ellas, se fraguó a lo largo de varios años, empleando en ese ardid el tiempo suficiente como para no dejar de ser valorado»; v) La actora tuvo conocimiento del valor real de las acciones con posterioridad al otorgamiento de los contratos y se negó a reclamar el precio aplazado.

En el primer motivo del recurso de casación se denuncia la infracción de los artículos 1265, 1269 y 1270 CC. Dicen las recurrentes que la doctrina distingue entre el dolo causante y el

dolo incidental, de modo que el dolo grave o determinante es aquel que provoca en el contratante un error que induce a contratar. Señalan que D.^a Evangelina, que ostentaba diversos cargos de responsabilidad en diferentes sociedades, pudo y debió cerciorarse antes de firmar el contrato, de cuál era el precio del objeto que transmitía, lo que fue posible en un momento posterior, de modo que el error no se produjo por la conducta del recurrente, sino por la propia negligencia de la vendedora.

El motivo se desestima. El dolo como vicio de la voluntad aparece recogido en el artículo 1269 CC, que lo define como aquella situación en que «[...] con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho». De acuerdo con esta definición se ha considerado que en un sentido muy amplio, «dolo es todo complejo de malas artes, contrario a las leyes de la honestidad e idóneo para sorprender la buena fe ajena, generalmente en propio beneficio», aunque esto último no es exigible para que pueda considerarse que ha concurrido dolo. Por ello el concepto central que aparece en el artículo 1269 CC es aquella estratagema que se utiliza para que se produzca una percepción errónea en el otro contratante y por ello se pone se considera que, en definitiva, el dolo induce a un error, si bien lo que se pone de relieve en este vicio de la voluntad no es tanto el resultado, sino la maquinación utilizada para llegar a él.

Para que un contrato se entienda viciado por dolo deben concurrir las notas siguientes: a) que se trate de una conducta insidiosa, que ejerza tal influencia sobre quien declara que su voluntad no puede considerarse libre; b) que sea grave, es decir, que sea causa determinante del contrato en el que concurre, y c) que se pruebe.

La parte recurrente intenta aquí que se declare que no hubo dolo causante, sino que fue incidental, apoyándose en dos sentencias de esta Sala, las de 17 de febrero de 2005 y 12 de junio de 1982, en las que se afirma que el dolo no puede basarse en simples conjeturas, sino que debe probarse.

Olvidan los recurrentes que la sentencia recurrida ha considerado probado que la con-

ducta llevada a cabo por el recurrente constituyó un caso de dolo al usar maquinaciones insidiosas para conseguir hacerse con el paquete de acciones que sobre la sociedad Inmobiliaria CAN GILI, S.A. ostentaba D.^a Evangelina y que habiéndose probado esta circunstancia, la apreciación de si se trataba de un dolo causante o de un dolo incidental correspondía a la sala sentenciadora, como ha venido afirmando esta Sala en sentencias de 17 de mayo de 1988, 30 septiembre y 20 de noviembre de 2002 y 23 de octubre de 2003, que ha considerado que se trata de un dolo grave y causante. Por tanto, su particular valoración no puede prevalecer sobre la de la sentencia recurrida, porque en el recurso se parte de unos presupuestos distintos de aquellos que se han considerado probados y esto es hacer supuesto de la cuestión.

Por otra parte, el supuesto en que una persona tiene una relación de confianza con otra que le induce a celebrar un contrato o bien no es lo suficientemente experimentada como para

poder calibrar las condiciones de dicho contrato es uno de los casos más típicos del dolo y como vicio independiente ha sido acogido en el artículo 4:109 de los Principios del Derecho europeo de los contratos, que permite la impugnación por parte de aquella persona en quien haya concurrido dicho vicio, que trata como vicio de la voluntad.

El Segundo motivo se formula con carácter subsidiario, entiende que el error sufrido no puede calificarse como grave, sino solo incidental puesto que D.^a Evangelina estaba dispuesta a vender dicho paquete de acciones, siendo dichas maquinaciones a lo sumo causa de unas diferentes condiciones del contrato, más onerosas para la parte recurrida.

El motivo se desestima. Las razones que se han expuesto en el anterior Fundamento deben considerarse reproducidas aquí a los efectos de la motivación de la desestimación de este motivo, que, además, incurre en el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión.

RESPONSABILIDAD CIVIL

Responsabilidad extracontractual por lesiones ocasionadas por explosión de petardos proporcionados a un menor. Concurrencia de culpas por pluralidad de agentes en la causación del daño: falta de vigilancia del menor por sus padres y adulto que proporciona petardos a su hijo menor para que los reparta entre sus amigos.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 23 de febrero de 2010

Ponente: Excm.a. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

El día 1 de septiembre de 2001 el menor, de 11 años de edad, Lorenzo, se hallaba con otros amigos en las fiestas del pueblo de Burguillos, en una discoteca abierta y lanzando unos petardos denominados «carretillas» con otros jóvenes y de forma incontrolada. Al prender fuego a un petardo que tenía en la mano, éste explotó, propagándose el fuego a otros petardos que Lorenzo llevaba en los bolsillos, lo que produjo un incendio en sus ropas, debiendo ser auxiliado por los compañeros para la extinción. Ello le produjo una serie de lesiones, por las que ahora reclama.

D. Alfredo, guardia municipal de Burguillos, había comprado los petardos, ya que de acuerdo con la normativa vigente en esta materia, no pueden ser adquiridos por menores

de edad. Se los dio a su hijo, también menor, quien se encargó de distribuirlos entre sus amigos, entre los que se encontraba el lesionado Lorenzo.

El incendio que ocasionó los daños se produjo hacia las 4 de la madrugada. Lorenzo, de 11 años de edad, se encontraba en la citada discoteca sin vigilancia alguna.

Los padres de Lorenzo demandaron a D. Alfredo, actuando en nombre y representación del hijo menor. Después de exponer los hechos, y de describir los daños por los que reclamaban, cuantificándolos, pidieron que «[...] en atención a la prueba practicada y al desglose de cantidades realizado por esta parte en el hecho quinto de la demanda, condene al demandado a indemnizar a los actores, que actúan en representación y defensa de los intereses y derechos de su hijo Lorenzo, en la cantidad que SS.^a estime ajustada a derecho, atendiendo a los daños físicos y morales sufridos por el menor como consecuencia de la manipulación de los petardos (carretillas) que le proporcionó el demandado».

El Juzgado de 1.^a Instancia e Instrucción n.º 5 de Toledo dictó sentencia el 22 de marzo de 2004, estimó en parte la demanda. Declaró probado: a) que el demandado había adquirido los petardos; b) que se los había entregado a su hijo menor, sabiendo que iba a repartirlos entre sus amigos, entre los que se encontraba el lesionado/demandante Lorenzo. Sin embargo, el hecho de la entrega de los petardos a un menor no era causa exclusiva del resultado dañoso, que resultó interferido por otros hechos, entre los que se encontraba: a) la culpa *in vigilando* de los padres del menor, que no debieron permitir que éste comprase los productos, y b) la culpa de la propia víctima al no manipular de forma correcta el explosivo, a pesar de conocer su manejo. Ello llevaba a concluir que debía repartirse el daño entre los distintos intervinientes por terceras partes, por lo que condenó a D. Alfredo al pago de 16.321,98 euros.

En grado de apelación, la Sec. 1.^a, de la AP de Toledo dictó sentencia el 6 de junio de 2005, estimó el recurso de apelación, revocando en parte la sentencia apelada y desestimó la impugnación. Los argumentos son los siguientes: a) es patente la responsabilidad del demandado/impugnante D. Alfredo en la causación del daño; b) la conducta del impugnante generó un riesgo para el menor demandante, ya que la situación que se produjo, la posesión de los petardos, no habría podido ocurrir sin la colaboración del demandado; c) no puede admitirse la concurrencia de culpa de la víctima porque «no se puede tener por cierto que el menor fuera capaz de saber y/o entender perfectamente las instrucciones de uso de los petardos», mientras que el demandado sí tenía dicha capacidad, «lo que no le impidió facilitar los petardos, directa o indirectamente, al menor»; d) aunque el menor hubiera utilizado de forma inadecuada los petardos, «es la conducta del demandado la que ostenta entidad tal en la causación del resultado como para absorber los efectos de cualquier conducta inadecuada del menor, si es que concurriere», ya que, además, el uso de estos explosivos está terminantemente prohibido a los menores en la legislación vigente y el demandado, por su condición de guardia municipal, la conocía, lo que no impidió que los proporcionara, incurriendo, por ello, en negligencia; e) respecto a la culpa de los padres, señala la sentencia que se trata de «una cuestión procesal», no siendo ni la víctima ni los demandantes a título particular, «no puede ser relevante para determinar que el menor no haya de percibir de aquel causante del daño, contra el que concretamente se ha dirigido, la total cuantía que tiene derecho a que se le indemnice, porque cuenta con el privilegio del acreedor solidario para obtener el cumplimiento íntegro de la obligación resarcitoria,

sin tener que cobrarse de los agentes causantes por reclamación individualizada contra cada uno, [...] siendo cuestión bien distinta el que a su vez el demandado, una vez haya atendido a dicha responsabilidad frente a la víctima, pueda repetir todos los demás agentes (sic) que a lo largo de sus alegaciones ha calificado igualmente responsables y de los que pudiera dicha responsabilidad apreciarse: sean los padres del menor, sea el Ayuntamiento de la localidad, sean las restantes personas que pudieran haberle facilitado petardos, etc., independientemente de lo cual el recurso de apelación ha de prosperar también en cuanto a este particular».

D. Alfredo presentó recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. El primero fue inadmitido y se estimó el segundo que apreció la concurrencia de culpas fijando una indemnización a favor del menor de 211.563 euros corriendo a cargo de D. Alfredo el 60% y de los padres del menor en el 40%.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo del recurso de denuncia la infracción de los artículos 1902 y 1903 CC y de la doctrina jurisprudencial relativa a la interpretación conforme a dichos artículos de la valoración de conductas, en concreto la relativa a la concurrencia de causas y acreditación del nexo causal, así como del criterio de previsibilidad. El recurrente entiende: a) que existe ruptura del nexo causal, porque de la conducta de los padres se deduce una falta de vigilancia, dada la hora y lugar en que se produjo el daño, las 4 de la madrugada en una discoteca, sabiendo los padres que el menor se encontraba allí, por lo que se trata de una causa trascendente que concurre con la del causante del daño; b) La del propio menor, quien provocó el accidente al sostener temerariamente el petardo encendido, pese a conocer su manejo, en contra de las advertencias de sus amigos y de llevar encima más de 4 docenas de carretillas, no todas provenientes del recurrente, por lo que hubo más de una conducta concurrente a producir el daño; c) si no se estimara el razonamiento anterior, el recurrente subsidiariamente entiende que se produjo un supuesto de concurrencia de culpas, sobre la base de la falta de vigilancia, es decir, una negligencia de los padres, lo que no puede ser imputado al recurrente. Se va a examinar conjuntamente con el segundo motivo, que denuncia la infracción por inaplicación de los artículos 1902 y 1903, 162, 1104 y 1144 CC y de la doctrina jurisprudencial relativa a la interpretación de la solidaridad concurrente en las obligaciones ex-

tracontractuales en relación al principio de moderación de la indemnización y al principio de representación legal. Los argumentos son: a) la sentencia reconoce que hubo una pluralidad de agentes en la causación del daño, pero no examina el grado de responsabilidad del demandado en el resultado, aunque ello no tiene efecto alguno en la fijación de la condena; b) el reconocimiento de la intervención del demandante en el nexo causal solo tiene como efecto el reparto de la indemnización; c) en virtud de las normas relativas a la patria potestad, los padres no son terceros en el proceso, lo que es contradicho por la Audiencia Provincial por haber actuado los padres solo como representantes del menor y no por sí mismos, por lo que aplica la doctrina de la solidaridad en su cualidad de terceros; d) hay que determinar si concurren o no los requisitos exigidos para que surja la obligación de resarcir, lo que implica determinar quiénes son deudores o de qué modo concurren y después procederá fijar la indemnización de los daños que corresponde a cada agente en función de su participación, sin que pueda adjudicarse la total indemnización a quien ha participado junto con otros en la producción del daño.

Ambos motivos se estiman.

Los hechos relatados plantean una cuestión relacionada con la causalidad objetiva, que ha sido aplicada por esta Sala para solucionar problemas de causalidad jurídica. Esto es lo que debe estudiarse en primer lugar, porque la

problemática relativa a la solidaridad de varios responsables debe estudiarse teniendo en cuenta lo relativo a la causalidad.

Hay que partir de que la sentencia recurrida no niega que la conducta de los padres no fuera negligente, porque en este aspecto plantea la cuestión sólo desde el punto de vista procesal, de modo que al no haber sido demandados los padres, entiende que no puede atribuírseles una parte del daño. Ello no es exactamente así, porque debe determinarse cuál es el grado de participación de la persona que resulta demandada, lo que no causa indefensión a los que no lo han sido y permite demandarles en otro procedimiento. Por ello hay que fijar claramente el ámbito de la discusión, ya que no nos encontramos ante el problema de la solidaridad o no de diversos causantes del daño, puesto que antes debe necesariamente determinarse quiénes lo han producido, para saber a quiénes debe imputarse y solo una vez efectuado este primer paso, podrá decidirse acerca de la solidaridad o no de la obligación en el caso de que se concluya, a la vista de las pruebas, que concurrió más de un causante en la producción del daño.

La primera conclusión es que la falta de vigilancia del menor contribuyó a la causación del daño. La sentencia de 6 de septiembre de 2005, dictada en un caso muy semejante, dice que «Estamos, en el caso, ante un problema de imputación objetiva, que muchas veces se ha presentado entre nosotros como una cuestión de relación de causalidad, sin deslindar con precisión entre la operación de fijación del hecho o acto sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere efecto o consecuencia del primero (nexo causal), y la que estriba en enuclear del conjunto de daños que pueda haber producido el evento lesivo cuales son resarcibles y cuales no. Esto es, en evitar que sean puestas a cargo del responsable todas las consecuencias de las que su conducta sea causa (imputación objetiva en sentido propio), para “poner a cargo” del obligado a reparar los daños que sean resarcibles según las pautas ofrecidas por el sistema normativo».

De acuerdo con esta doctrina, debe efectuarse el análisis de las conductas: a) la sentencia recurrida ha considerado probados los hechos que se han resumido en el Primer Fundamento de esta

sentencia, por lo que la conducta del demandado D. Alfredo debe considerarse como concurrente, dado que adquirió los petardos para los menores, que no podían comprarlos por sí mismos y a pesar de conocer la prohibición, los dio a su hijo, también menor, para que los repartiera entre sus amigos. Teniendo en cuenta la profesión del recurrente, que implicaba su conocimiento de la norma que prohibía esta venta, hay que coincidir con la sentencia recurrida que se produjo una negligencia que debe considerarse contribuyó decisivamente a la producción del resultado; b) la conducta de los padres demandantes en nombre del menor debe considerarse asimismo concurrente a la producción del daño, porque dada la edad del menor, 11 años y las obligaciones de guarda y custodia que corresponden a los padres, las circunstancias en las que se produjo el accidente llevan a esta Sala a considerar que sin esta dejación de funciones, el daño no podría haberse producido, y ello en virtud de los criterios de la responsabilidad objetiva, porque como afirma la citada sentencia de 6 de septiembre de 2005, «en la configuración del hecho dañoso el control de la situación correspondía a la víctima, o, si se prefiere otra expresión, a la parte que como tal se presenta, dadas las características del supuesto de hecho»; además, la sentencia recurrida no ha descartado su negligencia, sino que los ha eliminado por un simple criterio procesal, y c) debe entenderse de acuerdo con la ya citada sentencia de 6 de septiembre de 2005, que no puede descartarse la contribución del propio menor en la producción de su daño, ya que ha sido considerada probada la conducta negligente de dicho menor y, además, no puede excluirse que tuviera capacidad para entender el manejo de los petardos, dado que no era la primera vez que los utilizaba.

De este análisis, debe llegarse a la conclusión de que no pueden ponerse a cargo del demandado todas las consecuencias del daño sufrido por el menor, ya que a ello contribuyeron causalmente la propia conducta de la víctima y la de sus padres, al faltar la necesaria vigilando a que venían obligados en virtud de su calidad de titulares de la patria potestad. Por tanto, la primera de las cuestiones que debe ser resuelta en el presente recurso pasa por considerar que al no excluirse la negligencia de los padres ni la de la propia víctima, estos contribuyeron causalmente al daño.

Determinada la participación de los padres y del propio menor, debería poder fijarse el grado de participación de cada uno en el daño, ya que la solidaridad sólo se va a predicar cuando no existe posibilidad de determinarlo en el caso de que hayan concurrido diversos agentes. Lo que no puede aceptarse es que por aplicación de la regla de la solidaridad y antes de saber quiénes han contribuido a la producción del daño, se declare a uno de los posibles causantes como deudor solidario. Una cosa, por tanto, es la determinación de quiénes fueron los causantes del daño, en cuyo caso se sigue inmediatamente la distribución de culpas y otra que sabiendo que han intervenido varios, no se pueda fijar su grado de participación, en cuyo caso funciona la solidaridad para evitar el perjuicio de la víctima.

Debe declararse que el demandado contribuyó al daño en un 60%, dadas las características de su conducta en relación con las obligaciones de su cargo y el conocimiento que debía tener de las normas relativas a la venta y distribución de las «carretillas», mientras que el otro 40% es debido a las negligencias e imprudencias de los padres y del propio menor, quienes, en consecuencia, se considera que han contribuido al resultado dañoso en esta proporción.

En el tercer motivo se denuncia la infracción del artículo 7.1 CC y de la jurisprudencia relativa a la doctrina de los propios actos, enclavada en el ejercicio de la buena fe en el ejercicio de un de-

recho. Se refiere a la cuantía demandada, porque insiste en que en la demanda solo se pedía que se indemnizase en la cantidad que se estimase ajustada a derecho y pese a ello, en apelación la parte demandante entró a discutir la valoración efectuada por el juez de 1.ª Instancia, lo que constituye un acto contradictorio con la solicitud de la demanda.

El motivo se desestima. Lo denunciado en este motivo es la incongruencia que según el recurrente supone establecer unas cantidades concretas como indemnización, cuando según el mismo, no se habían pedido en la demanda. La incongruencia debería haber sido denunciada en el procedimiento extraordinario por infracción procesal, y al no haberse hecho así, se está incurriendo en un defecto en la formulación del recurso de casación, que lleva a la desestimación del motivo.

La estimación de los motivos primero y segundo del recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Alfredo conlleva la de su recurso de casación, que se estima en parte. Procede dictar sentencia, manteniéndose la recurrida en lo relativo a la valoración de los daños causados al menor demandante por la explosión de los petardos, 211.563€, indemnización que se distribuye entre el demandado, 60%, y los demandantes en nombre de su hijo y el propio menor, 40%, con los correspondientes intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda.

SUCESIONES

La donación *inter vivos* se tomará en consideración, por más que lo quiera evitar el causante, para calcular el *donatum* que, con el *relictum*, determina el patrimonio hereditario cuya tercera parte constituye la legítima estricta, por lo que debe declararse la ineficacia de la cláusula testamentaria por la razón esencial de la falta del poder disposición del causante sobre la fijación de la legítima y por la imperatividad de las normas que la regulan.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de enero de 2010

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

ANÁLISIS DEL CASO

El testamento del padre contenía, entre otras, las siguientes cláusulas: CUARTA.—Ordena que se impute al pago de la legítima estricta o corta de su hijo Carlos José la deuda que éste

tiene contraída con el testador, al que debe restituir las cantidades que en diversas ocasiones recibió de él como préstamo para pagar el precio de la compra del piso en la calle duque de Sesto en el que actualmente tiene su piso. Las cantidades entregadas por el testador a su hijo Carlos José ascendieron en total a tres millones ochocientas mil pesetas y de ellas su hijo le ha devuelto un millón, por lo que la deuda asciende en la actualidad a dos millones ochocientas mil pesetas. La legítima de Carlos José se pagará mediante compensación de su deuda con el testador por el importe de ésta al abrirse la sucesión y para reducir el actual importe dicho su hijo Carlos José deberá acreditar de manera plena e indubitada a satisfacción de los albaceas cualquier pago que como restitución de dicho préstamo realice a partir de hoy. SEXTO.—El testador dispone que no se tome en consideración a ningún efecto de su sucesión la donación que efectuó a su hijo Enrique del piso NUM000 letra NUM001 en el edificio número NUM002 moderno de la CALLE000 de Madrid, mediante escritura otorgada ante el notario de Madrid don José Luis García Varcancel el día 28 de noviembre de 1985 puesto que al realizarla cumplía la voluntad de su padre, don Aureliano, abuelo del hijo del testador y donatario que así lo ha había manifestado en vida, encargando al efecto al testador el cumplimiento de su voluntad si llegare a fallecer sin haber manifestado en forma su voluntad como así sucedió. Por tanto es su voluntad y así lo ordena que la donación que él hizo a su hijo del referido piso en CALLE000 número NUM002, de Madrid, valga como hecha por su señor padre y en consecuencia se estime que dicho piso no ha sido nunca de la propiedad del testador y no se tome en cuenta para ningún cómputo en su sucesión.

D. Carlos José, interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Enrique, D. Argimiro y D. Indalecio y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la cual declare la nulidad o ineficacia de las cláusulas del testamento del causante impugnadas, a fin de establecer el derecho a la legítima de mi mandante, que por ley corresponde.

Admitida a trámite la demanda, los demandados contestaron a la misma oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideraron de aplicación terminando suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia que acogiendo las excepciones y motivos de oposición aducidos, absuelva a mis representados de todas las pretensiones contra ellos formuladas y desestime íntegramente la demanda, con imposición de las costas del litigio a la parte actora.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Colmenar Viejo dictó sentencia el 9 de septiembre de 2003, desestimando la demanda.

En grado de apelación la Sec. 8.ª de la AP de Madrid dictó sentencia el 22 de julio de 2005, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Que, estimando en parte el recurso del apelante D. Carlos José contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Colmenar Viejo en juicio ordinario n.º 246/02, revocamos la sentencia y declaramos: 1.º) Que dicho litigante no era deudor del testador en la cantidad de 2.800.000 ptas. y, por lo mismo, no se imputará ese dinero al pago de su legítima. 2.º) Que la donación que hizo el padre testador a favor de su otro hijo, el demandado D. Enrique, consistente en una vivienda, se computará por su valor en el tercio de libre disposición atribuido a este heredero y, al dividirse la herencia, se reducirá dicha donación si es inoficiosa.

Ambos litigantes interpusieron recurso de casación acordando el Tribunal Supremo la nulidad de la cláusula testamentaria sexta.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El testamento referido es abierto, de 5 de noviembre de 1991, y en el mismo reconoce el testador a su hijo Carlos José, demandante en la instancia, la legítima estricta, no más «por razón de la falta de cariño y afecto y de la desatención que ha mostrado a sus padres desde que contra-jo matrimonio». E instituye heredero universal a su otro hijo Enrique, demandado en la instancia y recurrente en casación, además de haber sido demandados los albaceas.

La acción pretende la nulidad o ineficacia de la cláusula cuarta, en la que hace atribución de la legítima estricta a su legitimario, su hijo Carlos José, mediante el título (artículo 815 del Código civil) de legado de liberación (que contempla el artículo 870 del Código civil), y de la cláusula sexta, pues en ella no hace una dispensa de colación, que permite el artículo 1036 del Código civil sino que no cabe otra interpretación que la pretensión del causante de que no se compute su valor para fijar la legítima, *relictum* más *donatum*, que exige el artículo 818 del Código civil, norma esencialmente imperativa.

La sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 8.ª, de Madrid, de 22 de julio de 2005, revocando la de primera instancia que había desestimado la demanda, declaró, primero, que el demandante no era deudor del testador y, segundo, que la donación debe computarse en el tercio de libre disposición.

Los codemandados, el heredero don Enrique hermano del demandante y uno de los albaceas, don Indalecio, han interpuesto los presentes recursos por infracción procesal y de casación contra la sentencia anterior.

Examinando en primer lugar el primero de ellos, y el motivo primero del mismo, formulado al amparo del artículo 469.1.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 218.1 de la misma ley y, en su proyección constitucional, del artículo 120 de la Constitución Española. El motivo debe acogerse ya que la incongruencia es clara en su aspecto de incongruencia *extra petita*, entendida, como dice la sentencia del Tribunal Constitucional 194/2005, 18 de julio, cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una preten-

sión que no fue oportunamente deducida por los litigantes e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones. Conceptos reiterados por esta Sala en sentencias de 13 de mayo de 2002, 29 de septiembre de 2006 y 17 de noviembre de 2006.

En el presente caso, la acción va dirigida a la nulidad o ineficacia de sendas cláusulas testamentarias y la sentencia de la Audiencia Provincial no entra en la cuestión, sino que resuelve sobre la existencia de una deuda y sobre la imputación de una donación (en la que, además, yerra porque el que fue donatario es ahora heredero universal), extremos que no fueran objeto de la litis.

Por tanto, se ha infringido el artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, asimismo, el artículo 120.1 de la Constitución Española y el motivo, como se ha apuntado, se estima.

Al estimar este primer motivo del recurso por infracción procesal, la disposición final decimosexta, 1, regla 7.ª, dispone que esta Sala asuma la instancia y dicte nueva sentencia teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso de casación. Carece de interés el examen de los restantes motivos del recurso por infracción procesal y no debemos entrar en los motivos del de casación por mor de la norma citada; se tomarán en cuenta, en su caso.

Entrando, pues, en el análisis de las acciones ejercitadas, la primera de ellas, relativa a la cláusula cuarta, ésta no es inválida ni ineficaz: no contraviene ninguna norma ni es un caso expresamente prevenido en el Código civil, como dice su artículo 743. Es un caso de atribución, como pago de la legítima, que se hace mediante el legado de liberación, como antes se ha apuntado y se ha observado el artículo 815. Que la deuda realmente exista o sea inferior lo contempla el artículo 870 al establecer que tal legado sólo surtirá efecto en la parte del crédito o de la deuda subsistente al tiempo de morir el testador. Lo cual no ha sido objeto del presente proceso y, por ello, al resolverlo la sentencia de instancia, se ha decla-

rado incongruente. La deuda existió, lo cual es reconocido por todos: la parte que esté subsistente se puede discutir y asimismo se puede discutir si la legítima estricta del demandante ha sido perjudicada o si es inoficiosa la donación, pero ello se hará en la partición de la herencia, como dicen las sentencias de 8 de marzo de 1989 y 4 de junio de 1991 o en la acción declarativa que corresponda, pero no es objeto de la litis. Por ello, la demanda se desestima en este primer extremo.

El segundo punto objeto del proceso es la acción de nulidad de la cláusula sexta en cuanto ordena el testador que «no se tome en consideración a ningún efecto de su sucesión...» la donación de un inmueble que le había hecho anteriormente a su hijo heredero universal. Este extremo debe ser estimado, no ya en la forma incongruente que ha hecho la sentencia de instancia, sino como contravención a la indisponibilidad de la legítima y a la norma imperativa de los artículos 818 y 813 del Código civil. La donación inter vivos se tomará en consideración, por más que lo quiera evitar el causante, para calcular el *donatum* que, con el *relictum* determina el patrimonio hereditario cuya tercera parte constituye la legítima estricta, que en el presente caso, el demandante percibirá la mitad de este tercio, es decir, una sexta parte, ya que la legítima estricta, como la larga, se divide entre los legitimarios. Es el cómputo de la legítima, como fijación cuantitativa de ésta y al que se refieren, entre otras muchas, las sentencias de esta Sala de 17 de marzo de 1989, 21 de abril de

1990, 23 de octubre de 1992, 15 de febrero de 2001 y 28 de septiembre de 2005.

La previsión que pretende imponer el causante no es de dispensa de colación, sino de exclusión total del cómputo de la herencia; no cabe otra interpretación: incluso llega a decir que «valga como hecha por su señor padre» y, por si cupiera alguna duda, añade: «no se tome en cuenta para ningún cómputo en su sucesión». Incluso si se considerara —lo que no cabe— que es dispensa de colación, hay que recordar que todas las donaciones, colacionables o no, deberán incluirse en el cómputo del *donatum* al efecto de cálculo de la legítima, como han aclarado las sentencias de 21 de abril de 1990, 28 de mayo de 2004, 14 de diciembre de 2005.

No hay duda, pues, que en el cómputo de la legítima se ha de añadir el valor de las donaciones hechas por el causante: sentencias de 28 de mayo de 2004, 28 de septiembre de 2005, 14 de diciembre de 2005 y la de 24 de enero de 2008 que expresamente dice que «el causante puede dispensar de la colación a uno o varios de los legitimados, pero no puede impedir que se computen para calcular la legítima, por mor del artículo 813 del Código civil».

En su consecuencia, se debe declarar la ineficacia de la cláusula sexta por la razón esencial de la falta del poder disposición del causante sobre la fijación de la legítima y por la imperatividad de las normas que la regulan y en este único sentido se debe estimar la demanda.

Nulidad de la escritura de compraventa de participaciones sociales otorgada entre la madre y el hijo que encubría una donación, al no constar por escrito la aceptación del donatario sin que ésta pueda ser suplida por la suscripción de un contrato de compraventa simulado.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 3 de febrero de 2010

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Belén interpuso demanda de juicio ordinario contra su hijo don Aurelio interesando que se dictara sentencia por la cual: 1.º) Se declare la nulidad, ineficacia e inexistencia del contrato de compraventa formalizado en escritura pública, por haber empleado el de-

mandado manifiesta mala fe contractual y dolo, así como por falta de causa por ausencia de precio, siendo éste uno de los elementos esenciales de la compraventa; 2.º) Se condene a don Aurelio a que restituya por medio de escritura pública a doña Belén 48.390 participaciones sociales de la mercantil I., así como los gastos que dicha transmisión ocasione; 3.º) Se declare la nulidad del contrato de donación disimulado bajo la apariencia de compraventa por inexistencia de causa; 4.º) Subsidiariamente, que se reduzca la donación disimulada en 5.600 participaciones sociales de la mercantil I. condenando a don Aurelio a restituir a doña Belén el resto de las participaciones sociales transmitidas de la mercantil antes mencionada; y 5.º) Se condene al demandado a estar y pasar por las anteriores declaraciones así como al pago de las costas.

Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de don Aurelio contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que, «... dicte en su día sentencia, desestimando íntegramente la demanda presentada por D.ª Belén contra mi representada, con imposición de las costas procesales».

El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Majadahonda dictó sentencia el 17 de noviembre de 2003 estimando íntegramente la demanda y declarando la nulidad del contrato de compraventa por simulado, condenando la hijo a que restituya a la madre por medio de escritura pública a la demandante 48.390 participaciones sociales de la mercantil I. así como los gastos que dicha transmisión ocasione. D. Aurelio deberá abonar las costas procesales ocasionadas en la tramitación de este procedimiento.

En grado de apelación, la Sec. 12.ª de Madrid dictó sentencia el 5 de mayo de 2005 estimando el recurso interpuesto por el hijo y desestimando íntegramente la demanda.

D.ª Belén interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien confirmó la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo del recurso se denuncia la infracción del artículo 618 en relación con el artículo 1253 del Código Civil, en cuanto se exige para la validez de la donación la existencia de *animus donandi* el cual no existe en el caso y no puede presumirse. Es cierto que esta Sala ha venido declarando que el ánimo de liberalidad no se presume (sentencias de 6 de octubre de 1994, 12 de noviembre de 1997, 13 de julio de 2000 y 21 de junio de 2007, entre otras), pero en el caso presente consta, en primer lugar, la formalización ante notario de un contrato de compraventa en el cual el presunto comprador no satisface precio alguno —cuestión en la que coinciden ambas partes— sin que se alegue una finalidad distinta de la de encubrir una donación; y además es la propia parte recurrente la que admite la existencia de *animus donandi*

cuando en el escrito de interposición del recurso (antecedente primero) viene a decir que lo que doña Belén pretendía «era donar a su hijo la mitad del apartamento y plaza de garaje sitos en C/Pío XII de Madrid (como previamente había hecho con su hija con otro apartamento situado en la misma finca de las mismas características), que, por estar aportado a la sociedad, su hijo le aseguró que debía hacerse mediante la compraventa de participaciones sociales y que por motivos fiscales era mejor hacerlo “a través de una compraventa”»; lo que pone de manifiesto que el *animus donandi* existía aun cuando la donante pudo sufrir error sobre el objeto del contrato, lo que constituye cuestión distinta a la que plantea el motivo.

Los motivos segundo y tercero merecen una consideración conjunta en cuanto ambos se re-

fieren a la falta de requisitos necesarios para que pueda declararse la validez de la donación encubierta, al estar sujeto dicho negocio jurídico a una serie de rigurosos requisitos expresados en la ley que responden a la causa de liberalidad que le da sentido y que ha de considerarse como excepcional. Así el motivo segundo denuncia la vulneración del artículo 618 del Código Civil, en relación con los artículos 623, 629, 632 y 633 del mismo código, por falta de aceptación expresa de la donación por parte del donatario y, en todo caso, falta de conocimiento de tal aceptación por el donante; mientras que el tercero se formula por infracción de los artículos 1261.3, 1274, 1275, 1276 y 1253 en relación con los artículos 618, 623, 629, 630 y 633, todos del Código Civil, por falta de los requisitos formales propios de la donación.

Los referidos motivos han de ser estimados por las siguientes razones. El artículo 26.1 de la Ley reguladora de las Sociedades de Responsabilidad Limitada de 23 de marzo de 1995 exige que la transmisión de las participaciones sociales conste en documento público, formalidad que se ha cumplido en el caso presente si bien mediante la expresión de una causa falsa del contrato aparentando la celebración de un negocio de compraventa, sin que conste en tal documento la aceptación del donatario como exige el artículo 632 del Código Civil.

En tal caso, resulta de aplicación la doctrina sentada por el Pleno de esta Sala en sentencia de 11 de enero de 2007 (Rec. 5281/1999), seguida por las posteriores 684/2007, de 20 de junio; 956/2007, de 10 de septiembre; 236/2008, de 18 de marzo; 317/2008, de 5 de mayo; 287/2009, de 4 de mayo y 378/2009, de 27 de mayo. Se dice en dicha sentencia (fundamento jurídico cuarto) que «Esta Sala considera que la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles que se dice encubría. Aunque se probase que hubo *animus donandi* del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública sino en los autos del pleito seguido sobre la simulación. El artículo 633 CC, cuando hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública no se refiere a cualquier escritura, sino a una específi-

ca en la que deben expresarse aquellos consentimientos, y ello es totalmente diferente de que se extraigan de los restos de una nulidad de la escritura de compraventa como resultado de una valoración de la prueba efectuada por el órgano judicial. En consecuencia, una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del artículo 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubra no reúne para su validez y eficacia aquéllos».

Aun cuando dicha sentencia, como las posteriores que se han citado, se refieren a supuestos de donación encubierta de bienes inmuebles —cuyos requisitos de forma se contienen en el artículo 633 del Código Civil— la doctrina ha de ser extendida necesariamente a supuestos como el presente en que se exige el otorgamiento de un documento público debiendo constar también por escrito la aceptación del donatario —artículo 632 del Código Civil— sin que dicha aceptación pueda ser suplida por la suscripción de un contrato de compraventa simulado.

La sentencia de 11 de enero de 2007 finaliza sus razonamientos contrarios a la validez de la donación encubierta bajo contrato de compraventa, afirmando que «el criterio favorable a la validez de la donación disimulada propicia por sí mismo fraude a los acreedores y legitimarios del donante, en cuanto les impone la carga de litigar para que se descubra la simulación, a fin de que se revele el negocio disimulado, y una vez conseguido, combatirlo si perjudica a sus derechos (acción rescisoria) o para que sean respetados (acción de reducción de donaciones por inoficiosidad)».

Procede por ello la estimación del presente recurso, casando la sentencia recurrida y confirmando la dictada en primera instancia, sin especial declaración sobre costas causadas en el mismo (artículo 398.2 LEC). En cuanto a las costas causadas en ambas instancias, tampoco procede su imposición siguiendo el criterio legal del vencimiento sino que, por el contrario, atendiendo a las dudas de derecho existentes en relación con la cuestión planteada hasta su reciente definición por esta Sala, y teniendo en cuenta lo dispuesto por los artículos 394.1 y 398.1 de la LEC, cada parte habrá de abonar las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Libertad del testador para realizar en la partición una distribución no equitativa, siempre que se respete la legítima. Donación de bienes muebles *inter vivos*, con eficacia diferida a la muerte de la donante. Validez de la donación: en la verbal no se precisa la transferencia exacta del objeto donado, siempre que aparezca claramente la voluntad del donante de atribuir el dominio y la del donatario de aceptarlo.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de marzo de 2010

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

El matrimonio formado por D. Indalecio y D.ª Milagros tuvo dos hijas, enfrentadas en este litigio, D.ª María Ángeles y D.ª Micaela. D.ª María Ángeles tenía a su vez dos hijos, D.ª Laura y D. Anselmo; D.ª Micaela tenía también dos hijos, D.ª Purificación y D. Carlos Francisco.

D. Indalecio falleció en Madrid, el 21 de mayo de 1987. Nombró a todos sus nietos legatarios en el tercio de mejora y el de libre disposición y a sus dos hijas herederas universales. De acuerdo con las reglas establecidas en su testamento, las herederas y los legatarios procedieron a efectuar la partición, con la siguiente distribución de sus bienes: a) hicieron dos lotes incluyendo dos grupos de bienes, los que el fallecido tenía en Madrid y los que tenía en Cantabria; b) a cada uno de estos lotes se añadió un bien de los que se encontraban en el lote contrario, de modo que al adjudicatario de los bienes de Madrid le correspondió uno de los bienes de Cantabria y viceversa; c) la viuda quedó como copropietaria de los bienes en la parte que le correspondía por los gananciales y además, por el usufructo que le legó su esposo.

La viuda, D.ª Milagros, falleció el 31 de enero de 1995. En su testamento «lega y mejora a sus nietos, Laura y Anselmo, Carlos Francisco y Purificación con los tercios de libre disposición y mejora de su herencia» y nombró herederas universales a sus dos hijas, que «se adjudicarán por mitad, el remanente de sus bienes». En el citado testamento se añadía la siguiente cláusula en lo relativo a la forma de efectuar la partición: «Quiere que por vía de partición, se adjudique a sus hijos y nietos, la mitad indivisa que pertenece al otorgante en los inmuebles, cuya otra mitad indivisa, se ha adjudicado a dichos legatarios y herederos en las operaciones particionales de su esposo D. Indalecio».

La testadora había nombrado un albacea contador partidor, que procedió a efectuar la partición no de conformidad con las reglas establecidas por la testadora, sino que reorganizó los distintos lotes de acuerdo con los nuevos valores que tenían en el momento de la muerte de la testadora.

Además, D.ª Milagros había donado a su hija M.ª María Ángeles y su nieta Laura unos muebles que se encontraban en uno de los inmuebles del lote de Cantabria que había correspondido a sus primos. La donación se documentaba en unas fotografías, que figuran aportadas a los autos, en cuyo reverso se había escrito el nombre de la destinataria con la firma de la donante.

D.^a María Ángeles y sus hijos D.^a Laura y D. Anselmo demandaron a D.^a Micaela y sus hijos D.^a Purificación y D. Carlos Francisco. Solicitaron en lo principal: a) que se declarara la nulidad de la partición por violación de la voluntad de la testadora; b) que, subsidiariamente, se estimara la acción de rescisión de la partición en perjuicio de la legítima y por perjuicio en más de $\frac{1}{2}$ parte de las hijuelas de los dos legatarios demandantes. Los demandados, D.^a Micaela y sus hijos D.^a Purificación y D. Carlos Francisco solicitaron que se desestimara la demanda y formularon demanda reconventional diciendo que para el caso de que se estimara que concurría lesión, optaban por indemnizar el daño ocasionado.

El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 69 de Madrid dictó sentencia el 20 de mayo de 2003 estimando la demanda y desestimando la reconvencción. Señaló: a) que como consecuencia de la partición efectuada de la herencia del esposo, resultaron dos grupos de bienes y que «[...] la testadora pretende salvaguardar la homogeneidad de las adjudicaciones evitando más enfrentamientos familiares, y por esto establece una disposición que debe considerarse norma para la partición, de carácter vinculante», de modo que el contador partidor «[...] queda vinculado por las disposiciones del testador cuando le dicta instrucciones sobre la práctica de las mismas»; b) por lo que respecta a la donación, entendió que se trataba de una donación entre vivos de bienes muebles que debían ser entregados al fallecimiento de la donante, y c) que en el caso que nos ocupa una rigurosa aplicación de la exigencia formal «resultaría absurda para quien ha tenido el poder de hacer valer el documento», teniendo en cuenta además, que se acompañaban las reclamaciones efectuadas por las donatarias para que les entregaran los bienes muebles sitos en la casa de Comillas, lo que equivalía a aceptación.

En grado de apelación, la Sec. 12.^a de la AP de Madrid dictó sentencia el 29 de junio de 2005, confirmó la apelada. Utiliza los siguientes argumentos: a) la Sala se muestra de acuerdo con la sentencia de instancia «que considera que la voluntad de la testadora fue la de asignar a cada grupo familiar la otra mitad de los inmuebles que se habían adjudicado con motivo de la partición de la herencia de su esposo», sobre la base de interpretar la cláusula que se ha transcrito en el n.º 3 de este Fundamento; b) los hechos que se tienen en cuenta evidencian «la intención de la causante de dar continuidad [...] a la partición efectuada tras el fallecimiento de su esposo, de tal manera que la voluntad de la testadora en tal sentido resulta clara [...], es decir que se asignase a cada heredero y legatario la otra mitad indivisa de los bienes cuya titularidad compartían con la causante con motivo de la partición de la herencia del esposo de ésta»; c) al no haberse respetado dicha voluntad la partición efectuada debía declararse nula; d) ante la alegación de que lo realizado por la testadora comportaba una partición no igual ni homogénea, se dice que al efectuarla la misma causante, la partición no ha de reunir las condiciones que le niegan los recurrentes, ya que puede determinar el destino de sus bienes con el límite del respeto a la legítima, no quedando probada la inoficiosidad en este caso; e) con respecto a la donación de los muebles, la sentencia señala que es válida como donación *inter vivos*, porque «[...] produce efectos en vida, difiriendo, sin embargo, la entrega material de la posesión de los bienes al momento del fallecimiento de la donante» y que la falta de entrega de la posesión no es imputable a los donatarios porque el acceso a dichos bienes les fue impedido, resultando clara su voluntad de retirarlos.

D.^a Micaela y sus hijos D.^a Purificación y D. Carlos Francisco interponen recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los recurrentes presentan los motivos primero, segundo, tercero, cuarto y quinto de forma conjunta, aunque denuncian tres infracciones: a) la del artículo 675 CC, por considerar que no se respeta la voluntad de la testadora; b) la infracción por aplicación indebida de los artículos 1249, 1254 y 1285 CC y paralelamente, en la infracción por inaplicación del artículo 1281 CC (sic), al considerar los recurrentes que la sentencia recurrida interpreta los mandatos de D.^a Milagros en su último testamento a virtud de una prueba presuntiva, lo que resulta innecesario dados los términos literales del propio testamento, y c) infracción por aplicación indebida del artículo 1056 CC, al considerar que D.^a Milagros efectuó una auténtica partición en su testamento.

Los largos razonamientos de estos cinco motivos se pueden resumir de acuerdo con el siguiente esquema: a) en la disposición efectuada y que ya se ha reproducido en el Fundamento primero de esta sentencia, se contienen dos legados de parte alícuota e iguales de parte de la herencia; b) existe una contradicción en el propio testamento entre la disposición y la cláusula relativa a la partición, puesto que de cumplir el mandato de esta última, se incumpliría la voluntad de distribuir entre los legatarios y los herederos instituidos lotes de igual o similar valor; c) el contador partidor en este dilema, optó por aplicar las reglas de la igualdad teniendo en cuenta los valores de los bienes relictos, puesto que según los recurrentes, era imposible ejecutar conjuntamente ambos mandatos; d) D.^a Milagros no efectuó en su testamento una auténtica partición hereditaria, porque su voluntad no era que unos herederos o legatarios recibieran menos que otros. Se refiere a continuación a si es posible o no la rescisión por lesión de la partición, considerando que si existiera, sería inferior al 25%, por lo que no sería posible dicha rescisión.

Los motivos primero, segundo, tercero, cuarto y quinto se desestiman.

1. La interpretación del testamento

La primera de las infracciones denunciadas se refiere a la norma contenida en el artículo 675 CC, relativa a la interpretación de las disposi-

ciones testamentarias. En realidad los cinco motivos que ahora se examinan tienen como base común esta norma, porque los recurrentes consideran que se han interpretado de forma absurda e incorrecta las cláusulas del testamento de la causante D.^a Milagros.

Como ha venido manteniendo esta Sala, la finalidad principal de la interpretación del testamento es investigar la voluntad real, o al menos probable, del testador en sí misma, atendiendo incluso a circunstancias exteriores al testamento (STS de 21 de enero de 2003, entre otras) y, además, esta función está atribuida en exclusiva a los Tribunales de instancia, cuyas conclusiones han de ser mantenidas en casación, salvo el caso de que el resultado a que llegue el intérprete sea ilógico o aparezca contrario a la voluntad del testador, doctrina suficientemente conocida que no requiere la cita de concretas sentencias.

La Sala sentenciadora realiza una correcta interpretación partiendo de las circunstancias en las que se redacta el testamento, después de efectuada la partición de la herencia de su esposo y por tanto, adjudicados ya los dos grupos de bienes a los dos grupos de herederos y designando como contador partidor a la misma persona que efectuó dicha partición y teniendo en cuenta, además, que los herederos y los legatarios habían aceptado de forma pacífica la distribución ya efectuada, de la que habían venido disfrutando sin problemas especiales hasta la muerte de la causante. Por tanto, no puede considerarse que las conclusiones de la Sala sentenciadora sean ilógicas y los recurrentes mantienen una tesis que no ha sido aceptada por la Audiencia, con lo que, además, hacen claro supuesto de la cuestión.

Finalmente, no pueden considerarse infringidos los artículos 1249 y 1253 porque han sido derogados por la vigente Ley de Enjuiciamiento civil, ya en vigor en el momento de plantearse la demanda del presente litigio, ni tampoco los artículos 1285 y 1281 CC, porque se refieren a la interpretación de los contratos, porque aquí, de lo que se trata es la interpretación de los testamentos, que tiene una regla propia, el artículo 675 CC, sobre cuya falta de infracción ya se ha razonado en el anterior párrafo

2. La vulneración de las reglas de la partición

Los recurrentes refieren también la infracción por aplicación indebida del artículo 1056 CC. Este artículo no se considera infringido por las siguientes razones:

a) Es cierto que la causante otorgaba a cada uno de los legatarios y herederos bienes concretos al atribuirles la parte que quedaba vacante por su fallecimiento, dado que ya eran titulares de la otra mitad. Esta disposición no se limita a establecer reglas para la partición, sino que atribuye bienes concretos.

b) El límite a la facultad de atribuir estos bienes se encuentra en las legítimas, y en este caso la sentencia recurrida señala que la partición no incurre en inoficiosidad, es decir, no las lesiona.

c) Se ha discutido a nivel doctrinal si el testador que no respeta la disposición haciendo una partición en la que los lotes no se corresponden con las partes atribuidas en el título de heredero o legatario, efectúa una partición nula, que es lo que los recurrentes pretenden obtener en este supuesto. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1075 CC, la partición «hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso que perjudique la legítima de los herederos forzosos del testador o de que aparezca o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador». De aquí se deduce que la partición efectuada por el testador es inatacable por diferencias de valor, sean estas originarias o sobrevenidas, dado que, además, el artículo 1056 CC que se considera infringido, establece que cuando el testador haga la partición, «se pasará por ella».

3. Las donaciones de bienes muebles

El motivo séptimo denuncia la infracción por inaplicación de los artículos 618, 620, 621, 623, 629, 630, 632, 1261 y 1262, así como de los artículos 1278 y 1279 CC, al considerar los recurrentes que el documento que acompaña la demanda en relación a la donación de determinados muebles no reviste los requisitos exigidos en las disposiciones citadas y «fundamentaría, presuntamente, la existencia de una donación

inter vivos, criterio del que participa la sentencia recurrida». Después de exponer la diferencia entre las donaciones entre vivos y las efectuadas por causa de muerte, concluyen los recurrentes que en el presente caso no existe ninguna donación. La sentencia recurrida afirma que se trataba de una donación entre vivos con eficacia diferida a la muerte de la donante. Los recurrentes aceptan esta tesis, pero entienden que el documento en el que aparece demuestra solo un deseo y por tanto no concurre el *animus donandi*, no se produjo la aceptación de los donatarios y carece de los requisitos formales al no tener forma escrita ni haberse efectuado la entrega simultánea de la cosa donada.

El motivo séptimo se desestima.

Las razones por las que se considera que las donaciones de los muebles chinos son válidas son las que se expresan a continuación:

a) Se trata de donaciones entre vivos de bienes muebles y en esto están conformes tanto los demandantes como los demandados ahora recurrentes.

b) Existe *animus donandi*, cuestión que ha sido apreciada por la Audiencia y que no puede ser revisada en casación sin que se ataque la prueba. Además, la existencia del *animus donandi* no había sido discutida hasta este momento por los recurrentes.

c) El núcleo de la discusión entre las dos partes de la familia se ha centrado en la perfección o no de la donación. Para uno de los grupos, el que tiene en su poder en el momento actual los discutidos muebles, no se habría perfeccionado la donación porque al tener como objeto bienes muebles, se requiere que se haya efectuado por escrito y que conste de la misma forma la aceptación. Para los donatarios, se habría diferido la entrega a la muerte de la donante y por ello puede aplicarse el artículo 632 CC en cuanto que la posesión de los bienes no podía ser entregada hasta el fallecimiento. La cuestión se plantea pues en torno a la validez del acto de atribución patrimonial realizado con el documento en el que se identifica el objeto de la donación y el nombre de la donataria, con la firma de la donante.

El procedimiento por medio del que se efectuó la donación permite concluir que la donante

entregó a las donatarias unos documentos donde claramente se identificaban los bienes donados y que al encontrarse estos documentos en poder de las propias donatarias debe entenderse que se presume su aceptación, porque dichos bienes no se entregaban en el momento de la donación y, además, no se hallaban en el domicilio habitual de la donante, sino en una casa que tenía en copropiedad con los recurrentes en la localidad

de Comillas. La exigencia de la entrega simultánea de la cosa donada en la donación verbal no requiere la transferencia exacta del objeto donado, siempre que aparezca claramente que la voluntad del donante fue la de atribuir la propiedad y la del donatario de aceptarla y ello se demuestra porque se encuentran en poder de las donatarias los documentos donde constaba la donación.

PROCEDIMIENTOS PENALES

Se absuelve al esposo del delito de violencia contra la mujer por el que había sido condenado al no advertirse a la esposa de su derecho a no declarar contra quien en ese momento era su pareja sentimental. Tras retirar la denuncia, ambos contrajeron posteriormente matrimonio, acogiéndose la esposa en el juicio a su derecho a no declarar, al igual que hizo el acusado alegando el derecho constitucional a no declarar.

Tribunal Supremo, Sala 2.^a, Sentencia de 5 de marzo de 2010

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

ANÁLISIS DEL CASO

El Juzgado de Instrucción número 3 de Totana instruyó sumario contra Bernardo, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Murcia, cuya Sección Primera, con fecha 5 de junio de 2009, dictó sentencia, que contiene los siguientes: **HECHOS PROBADOS:** Consta probado, y así se declara, que el acusado Bernardo mayor de edad y sin antecedentes penales, el día 15 de agosto de 2006, por la noche, se encontraba en su domicilio del Puerto de Mazarrón en compañía de su pareja, Marisol, y de los tres hijos menores de ambos, produciéndose entre dicha pareja una discusión al recriminar Bernardo a Marisol que le hubiese buscado en una discoteca, durante la que el primero la llamó puta y zorra, encerrándose con ella en el baño y propinándole seguidamente un golpe en la cara y otro en la parte trasera de la cabeza, sin deponer su agresiva actitud ante los ruegos de la mujer para que no le pegase más, presentando Marisol a consecuencia de tales golpes hematomas en región orbitaria izquierda y hematoma con edema en región occipital, así como hematoma en la cara posterior de la pierna derecha, lesiones de las que curó con solo una asistencia médica. La perjudicada retiró la denuncia en 1 de septiembre de 2006, casándose con el acusado en 14 de julio de 2007. Ha renunciado a cualquier indemnización que le pudiese corresponder.

No constan suficientemente probados los demás hechos narrados por el MF en su escrito de conclusiones, ya definitivas.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: **FALLO:** Que debemos condenar y condenamos al acusado, Bernardo, mayor de edad y sin antecedentes penales, como autor responsable del delito de violencia sobre la mujer ya definido, a la pena de siete meses y diez días de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio

pasivo por el tiempo de la condena durante ese período de tiempo, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante un año y un día, y a la satisfacción de 1/5 de las costas procesales. Debemos absolver y absolvemos Bernardo, de los restantes delitos por los que se ha formulado acusación, declarándose de oficio las 4/5 partes restantes costas procesales. Sírvale de abono el tiempo que estuvo privado de libertad por esta causa. Se levantan todas las medidas cautelares adoptadas contra el acusado en la presente causa.

D. Bernardo interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, quien le absolvió del delito por el que había sido condenado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el motivo primero se alega la infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 LOPJ por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE. en relación con el artículo 53.1 del propio Texto constitucional, por haberse basado la condena del recurrente única y exclusivamente en la denuncia inicial en dependencias policiales de la víctima (folios 3 y 4) de fecha 15 de junio de 2006, olvidando que no se le advirtió de su derecho a no denunciar al que entonces era su compañero sentimental (artículo 261.1 LECrim), que en su declaración ante el Juzgado de Instrucción, de fecha 16 de agosto de 2006 (folios 31 y 32) tampoco se le advirtió de su derecho a no declarar contra el que entonces era su compañero sentimental (artículos 416.1 y 707 LECrim), que su comparecencia de 1 de septiembre de 2006 (folio 76), esto es, 14 días después, retiró la denuncia, y que en el acto del juicio oral, no testificó, acogándose a su derecho a no declarar, al amparo del artículo 416 LECrim, sin que exista, por ello, prueba de cargo suficiente practicada con todas las garantías que permita enervar su derecho a la presunción de inocencia a tal efecto, valora los partes facultativos de los folios 14 y 15 que entiende acreditan la existencia de unas determinadas lesiones pero no el origen o el causante de las mismas y respecto a la ratificación del Médico forense el 16 de agosto de 2004 en el Juzgado de Instrucción n.º 4 (folio 73), obviamente no pudo hacerlo dado que los ocurrieron el 15 de agosto de 2006 —dos años después— ratificación que en su caso, se hizo en ausencia de las partes y con vulneración, por tanto, del principio de contradicción y del derecho de defensa. Además dicho informe está ela-

borado por un solo forense, D.^a Daniela cuando en el sumario ordinario exige dos peritos (artículo 59 LECrim), defecto que fue denunciado por la defensa, hasta que finalmente y, a petición del Ministerio Fiscal (folio 11 Rollo Sala) se acordó nombrar un segundo perito que ratificó el informe pericial anterior por escrito de 16 de mayo de 2008 (folio 244), el acto del juicio oral, ante la impugnación por la defensa en su escrito de calificación provisional de los informes periciales, compareció sólo uno de los peritos, D. Santiago que reconoció expresamente no haber explorado a la paciente sin haber participado en la pericia, la otra perito D.^a Daniela no compareció al acto del juicio por lo que no pudo ser interrogada, y finalmente respecto al auto de procesamiento no constituye prueba alguna en relación a la mención de las lesiones que contiene.

Previamente debemos recordar (SSTS 728/08 de 18 de noviembre, 1322/2009 de 30 de diciembre y 14/2010 de 28 de enero), que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el artículo 849.2 LECrim pues como señala la STC 136/2006 de 8 de mayo; en virtud del artículo 852 LECrim, el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC 60/2008 de 26 de mayo).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo «la revisión íntegra» entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC 70/2002 de 3 de abril y 116/2006 de 29 de abril).

Como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SS 1126/2006 de 15 de diciembre, 742/2007 de 26 de septiembre y 52/2008 de 5 de febrero cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal *a quo* contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de un raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS 1125/2001 de 12 de julio).

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, con-

tradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS 299/2004 de 4 de marzo). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (artículo 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio *nemo teneatur* (STS 1030/2006 de 25 de octubre).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC 123/2006 de 24 de abril, que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, artículo 24.2 CE que «se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participa-

ción del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el artículo 117.3 CE sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta... De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí» (STC 300/2005 de 2 de enero, FJ. 5).

En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

- En primer lugar, debe analizar el «juicio sobre la prueba», es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen dicho acto. Contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.
- En segundo lugar, se ha de verificar «el juicio sobre la suficiencia», es decir, si constatada la existencia de prueba de

cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

- En tercer lugar, debemos verificar «el juicio sobre la motivación y su razonabilidad», es decir si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto, la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza inculpativa para el condenado, es, no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión, sino asimismo una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, e incluso la motivación fáctica actúa como mecanismo de aceptación social de la actividad judicial.

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena, —SSTC 68/1998, 85/1999, 117/2000, 4 de junio de 2001 ó 28 de enero de 2002, o de esta Sala 1171/2001, 6/2003, 220/2004, 711/2005, 866/2005, 476/2006, 528/2007 entre otras—.

Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del artículo 741 LECriminal y de la in-

mediación de que dispuso, intermediación que no puede servir de coartada para eximir de la obligación de motivar.

Así acotado el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia, bien puede decirse que los Tribunales de apelación, esta Sala de Casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como Tribunales de legitimación de la decisión adoptada en la instancia, en cuanto verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas —SSTS de 10 de junio de 2002, 3 de julio de 2002, 1 de diciembre de 2006, 685/2009 de 3 de junio— y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria.

En el caso presente la sentencia de instancia después de reconocer que respecto al resto de los delitos de los que venía acusado el hoy recurrente (agresión sexual artículo 179, violencia habitual del artículo 173.2, amenazas artículo 173.4 y 5) no existió prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia, sin que en el plenario se haya podido ratificar la denuncia inicial, luego retirada, pues la perjudicada se acogió a su derecho a no declarar, en relación al delito de violencia sobre la mujer, artículo 153.1, entendió que si hay en autos «prueba suficiente para alcanzar inferencia sobre los malos tratos propinados a su compañera aquella madrugada, como lo evidencian los partes facultativos de esa fecha, que refieren un politraumatismo y como ratifica en 16 de agosto de 2004, la medico forense del Juzgado instructor y recoge el auto de procesamiento en su primer apartado, siendo tales consecuencias físicas perfectamente compatibles con lo declarado por la denunciante por su propia voluntad y con la intención de que se persiguiese al denunciado por esos malos tratos, sin que en relación a esa denuncia sea aplicable el artículo 416 LECrim pues Marisol no disponía como testigo en ese momento sino precisamente como denunciante e interesada en la sanción legal que corresponde a episodio descrito».

Razonamiento que no puede aceptarse, la víctima acudió a las dependencias de la Guardia Civil a denunciar al hoy recurrente, su compa-

ñero sentimental y con el que tenía tres hijos comunes, por delitos de agresión sexual, violencia habitual y amenazas. Esta comunicación de hechos fue voluntaria y emitida por decisión e iniciativa propia: El artículo 261 LECrim —dice la STS 28 de enero de 2009— determina que no están obligadas a denunciar las personas que en él se relacionan, y entre ellas «el cónyuge del delincuente» si bien esta Sala, SS 22 de julio de 2007, 20 de febrero de 2008, 26 de marzo de 2009, y la mayoría de la doctrina extiende tal dispensa a las parejas de hecho o personas unidas al acusado por una relación de afectividad análoga a la del cónyuge. La dispensa de tal deber de denuncia que se corresponde con la de declarar testificalmente contra aquél establecida en el artículo 416 de la LECrim, no comporta obviamente una prohibición, pero sí una facultad cuyo fundamento está en la voluntad de la ley de dejar al interesado la solución del conflicto moral o de colisión de intereses entre su deber como ciudadano de comunicar los hechos delictivos para su persecución y de testimoniar verazmente sobre ellos, y su deber personal de lealtad y afecto hacia personas ligadas a él por vínculos familiares. De ahí que esa legal atribución del poder de decidir el conflicto a quien lo soporta se acompañe de la correspondiente información de que puede ejercitarlo. Tal es el significado de la advertencia que el Juez instructor debe hacer al testigo de que no tiene obligación de declarar contra su pariente (artículo 416 de la LECrim).

Sobre las razones de la existencia de este derecho ha sido pacífica la doctrina y la jurisprudencia al señalar que el fundamento de la dispensa no se encuentra en la garantía del acusado frente a las fuentes de prueba, sino de los propios testigos a quienes con tal dispensa se pretende excluir del principio general de la obligatoriedad de los testigos a declarar, para no obligarles a hacerlo en contra de su pariente, en razón a que no es posible someter al familiar del acusado a la difícil tesis de declarar la verdad de lo que conoce y que podría incriminarle, o faltar a la verdad y afrontar la posibilidad de ser perseguido por un delito de falso testimonio. Añade el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de febrero de 2007, que la excepción o dispensa de declarar al pariente del procesado o al cónyuge, tiene

por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado. Advertencia que aunque no se prevé expresamente en los supuestos de denuncia de parientes comprendidos en el artículo 261 LECrim ha de entenderse exigible también aquí, por la identidad de razón que fundamenta la dispensa en ambos casos, y por la naturaleza facilitadora de su efectivo ejercicio, que la advertencia tiene también en los dos supuestos. Por tanto no hay duda de que en los casos de denuncia mediante declaración ante Agente policial contra parientes del artículo 261, ha de hacerse la advertencia referida.

La cuestión no ha resultado del todo pacífica en la jurisprudencia por cuanto el criterio aislado mantenido por la STS 18 de diciembre de 91, que señalaba que no resulta necesaria la advertencia cuando es el testigo mismo quien pone en marcha con su denuncia o querrela la actividad jurisdiccional, encontró cierto seguimiento en la STS de 6 de abril de 2001, que afirma que «cuando el testigo que se encuentre vinculado con el inculcado en la forma prevista en dicha disposición, se presente espontáneamente ante la autoridad, de tal manera que su renuncia al ejercicio de la facultad otorgada por dicho precepto resulte concluyente mente expresada, la falta de advertencia podrá no generar necesariamente una Prohibición de valoración de la prueba. La expresión concluyente de la renuncia, cabe agregar, se debe apreciar especialmente en los casos que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima».

La muy conocida STS de 27 de octubre de 2004, viene a precisar que el presupuesto de la dispensa del artículo 416.1 es que medie la obligación de declarar. Y razona que «En el presente caso no existe tal presupuesto en la medida que fue Yolanda quien espontáneamente acudió a la Comisaría de Alcázar de S. Juan —folio 1— denunciando a su padre, denuncia que inició el procedimiento judicial, y en esta situación en que es la propia víctima la que denuncia, es obvio que las prevenciones de dicho artículo son superfluas y en todo caso su omisión ninguna relevancia tiene y menos con el alcance que pretende darle el recurrente.

Un examen de las actuaciones pone de manifiesto que tras la declaración/denuncia inicial de la víctima, se le recibió en sede judicial —folio 21— en concepto de perjudicado, a presencia del Juez, Secretario y Letrado designado expresamente por el detenido. Ninguna tacha puede efectuarse a tal declaración que, por ello, es susceptible de ser valorada e integrar la actividad de cargo capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia».

En sentido coincidente con las resoluciones anteriores, encontramos el ATS de 29 de marzo de 2006, que reitera la doctrina expuesta en la Sentencia citada en último lugar, de que en una situación como la que se contempla, en la que la víctima, hija menor afín del acusado es la que, espontáneamente denuncia los hechos, poniendo en marcha el procedimiento penal, las prevenciones del artículo 416 son superfluas y su omisión no tiene ninguna relevancia.

Por su parte, la STS de 12 de julio de 2007 avanza un paso más, al señalar que el artículo 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece un derecho renunciante en beneficio de los testigos, pero no de los denunciantes espontáneos respecto de hechos que los han perjudicado y que acuden a la Policía en busca de protección.

Abundando en este criterio, la STS de 20 de febrero de 2008, a que antes hemos hecho referencia, por cuanto declaraba la nulidad de las declaraciones efectuadas por mujer testigo incluida en el ámbito del 416.1, sin que fuera advertida de su derecho, también viene a precisar, con meridiana claridad que «Esa dispensa es un derecho del que deben ser advertidos las personas que encontrándose en esa relación sean requeridas para participar a la indagación de hechos delictivos una manifestación sobre lo que tengan conocimiento y que contribuyan al esclarecimiento de lo que se investiga. Resulta del precepto que analizamos que es un derecho del pariente del que debe ser advertido y que actúa cuando se produce un previo requerimiento por la fuerza instructora o el Juez de instrucción. Es decir, así como no es preceptivo realizarlo respecto a la persona que acude a la policía en demanda de auxilio, sí que es necesario realizarlo cuando, conocida la *notitia criminis*, se inda-

ga el delito. En este sentido la policía y el Juez de instrucción debieron, antes de recibir declaración sobre los hechos, hacer la información sobre el contenido de la dispensa a declarar, a colaborar en la indagación de un hecho delictivo que se investiga».

No obstante este criterio jurisprudencial predomina en la actualidad el establecer la obligatoriedad de la advertencia tanto en sede policial como judicial y dentro de ésta en cada una de los dos fases del proceso —instrucción y plenario— así como que los efectos de la no observancia de dicha obligación es la nulidad de la declaración prestada y la consiguiente imposibilidad de su valoración por el juzgador.

Planteamiento que se expresa, entre otras, en las SSTs 28 de noviembre de 1996, 18 de abril de 1997, 17 de diciembre de 1997 y 26 de mayo de 1999 que entendieron que es obligación del Juez instructor de un proceso penal advertir a los testigos que se encuentren dispensados de la obligación de declarar por ser pariente del acusado con la consecuencia de que la declaración prestada sin esta advertencia será nula.

Criterio que se ha mantenido en sentencias como la de 10 de mayo de 2007, en la que se señalaba que el deber de advertir al testigo que se encuentra en la situación que prevé el artículo 416, 1.º LECrim alcanza no sólo al Juez, sino también a la policía, declarando prueba obtenida ilegalmente la declaración de la hermana del acusado que entrega la droga a la policía y no fue advertida ni de la exención del deber de denunciar ni de la dispensa de la obligación de declarar, por lo que el Tribunal determinó que tal omisión acarrea la nulidad de las restantes pruebas y la absolución del acusado.

La STS de 20 de febrero de 2008 declara la nulidad de las declaraciones sumariales incorporadas al juicio oral mediante su lectura, respecto de la mujer unida al acusado por análoga relación de afectividad a la matrimonial, al no ser advertida por la policía, ni por el Juez de instrucción de su derecho a no declarar, retractándose de sus imputaciones en el juicio.

Igualmente la STS 13/2009 de 20 de enero establece que cuando declaren como testigos los familiares a los que se refiere el artículo 416.1 de la LECrim, una de las garantías que deben ser

observadas en sus declaraciones reside en la previa advertencia de su derecho a no declarar contra el procesado, así como acerca de que la ley, aun no prestando declaración como tal, le permite realizar las manifestaciones que considere oportunas. En realidad no se trata de un derecho del testigo a no declarar en la causa, sino a no hacerlo en contra del procesado al que le une el vínculo familiar. Es cierto que si decide declarar debe ajustarse a la verdad, es decir, no está autorizado a mentir a favor del procesado, pero también lo es que no está constreñido a declarar en su contra.

Por otra parte, con carácter más general, el artículo 418 de la misma Ley, que no se refiere directamente al procesado, exime al testigo, con las excepciones que contempla, de la obligación de declarar respecto de cualquier pregunta cuya contestación pueda perjudicar de una forma directa e importante, en términos de dicho artículo, ya a la persona ya a la fortuna de cualquiera de los parientes a los que se refiere el artículo 416, lo que sin dificultad puede extenderse al procesado. Parece que si esta posibilidad se reconoce a quien está obligado a declarar debe asimismo reconocerse a quien declara por propia iniciativa.

Es claro, de otro lado, que la situación de quien declara ante el Juez no es la misma si lo hace bajo el juramento o promesa de decir verdad con la conminación de las posibles consecuencias derivadas en caso de incurrir en falso testimonio, que si se le advierte de sus derechos legales a no contestar. Consecuentemente, las declaraciones prestadas contra el procesado por los parientes que señala la ley, sin la previa advertencia prevista en el artículo 416 de la LECrim, en cuanto que no han sido prestadas con todas las garantías, deben reputarse nulas y no pueden utilizarse válidamente como prueba de cargo por la vía del artículo 714 de la misma Ley. En estos casos, las únicas declaraciones válidas son las prestadas una vez que ha sido informado de su derecho a no declarar contra el procesado.

En este sentido la STS 129/2009 de 10 de diciembre, en un supuesto de una testigo, hija del acusado, en el acto del juicio oral y aun cuando ya había prestado declaración durante la instruc-

ción, optó por abstenerse de declarar, de acuerdo con los artículos 707 y 461.1 de la LECrim, vino a sostener que la «libre decisión de la testigo en el acto del juicio oral que optó por abstenerse de declarar contra el acusado de acuerdo con el artículo 707 LECrim en relación con el artículo 416 LECrim en el ejercicio de una dispensa legalmente atribuida, incompatible con la neutralización de su efecto mediante la valoración de la declaración sumarial», e insistió en que «tampoco autoriza la incorporación de la diligencia sumarial el artículo 714 que permite la lectura de la declaración prestada en el sumario cuando no sea en lo sustancial conforme con la prestada por el testigo en el Juicio Oral. Precepto justificado para medir la credibilidad de la verdadera prueba que es la del Juicio Oral a través de las explicaciones que el testigo da sobre la contradicción, y que por lo mismo exige como presupuesto que la contradicción se produzca. Es obvio que cuando el testigo pariente dispensado de declarar hace uso de esa facultad y no declara, nada dice en el Juicio Oral y ninguna contradicción se puede apreciar en su silencio, que nada afirma ni niega, respecto a lo declarado en el sumario».

En resumen, la participación del testigo víctima se produce en tres momentos: uno primero, en la fase perjudicial, donde es necesario que se le informe de su derecho a no denunciar en virtud de lo dispuesto en el artículo 261 LECrim, salvo en algunos casos de «denuncia espontánea». Una segunda en el Juzgado instructor, donde se le debe informar del artículo 416 LECrim y una tercera en el Plenario, el que a tenor de lo dispuesto en el artículo 707, deberá también hacerse la información del derecho que recoge el artículo citado, bien entendido que el hecho que en alguna de estas declaraciones no utilice el derecho a no denunciar o no declarar, no supone ya una renuncia tácita y definitiva a su utilización en una ulterior fase.

En definitiva y atendiendo a la doctrina jurisprudencial expuesta se puede concluir: 1) Las citadas advertencias deben hacerse tanto en sede policial como judicial (instrucción y plenario). El pariente del acusado que esté incluido en el artículo 261 ó 416 LECrim no tiene obligación de conocer que está eximido de denunciar o declarar. Para renunciar a un derecho debe informarse

que de dispone del mismo, nadie puede renunciar a algo que desconozca. En todo caso, el hecho de hacerlo no supone una renuncia tácita a este derecho para declaraciones posteriores; 2) La ausencia de advertencia a la víctima de su derecho a no declarar conlleva la nulidad de la declaración que haya realizado, no del juicio en sí. Así en tales casos el Tribunal debe verificarse con la prueba subsistente existe prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia.

En el caso presente —como ya se ha anticipado— en la denuncia formulada el 15 de agosto de 2006 por Marisol contra su pareja el acusado Bernardo, no se le advirtió de su no obligación de denunciar, artículo 261.1 LECrim, y en su declaración ante el juzgado instructor el día siguiente, ratificando aquella, no se le advirtió de su derecho a no declarar contra el que era su compañero sentimental (artículo 416.1 LECrim). Asimismo consta que 14 días después, el 1 de septiembre de 2006, por comparecencia en el juzgado, Marisol retiró la denuncia, reanudando la convivencia con el acusado con el que ha contraído matrimonio el 14 de julio de 2007. Por último en el acto del juicio oral, se acogió a su derecho a no declarar contra el procesado —quien también hizo uso de su derecho constitucional a no declarar, artículo 24.2 CE—).

Siendo así aquella denuncia inicial y primera declaración judicial no fueron ratificadas en el acto del juicio oral conforme a los principios de oralidad, inmediación y contradicción y no pueden servir como prueba válida para enervar la presunción de inocencia, no ya porque ninguna de las partes interesó su lectura al amparo de los artículos 714 y 730 LECrim sino porque tal lectura sería, en todo caso, improcedente. Si la víctima es advertida de su derecho a no declarar en el Plenario y lo utiliza, aunque haya formulado denuncia y ratificara la misma ante el Juez instructor no es posible dar lectura a la declaración sumarial para elevar la declaración al plenario como si ocurre en el caso de que se produjeran contradicciones en las declaraciones de los testigos o acusados o de negativa a declarar por acusados que se autoinculparon en la instrucción. Así se ha declarado por esta Sala en SS 17 de diciembre de 1997, 27 de noviembre de 2000, y por el Tribunal Constitucional en

SS 331/46 de 11 de abril y 1587/97 de 17 de diciembre, en orden a que no puede leerse una declaración sumarial de un testigo cuando éste hace uso de su derecho a no declarar en el acto del juicio oral, con razonamientos extensamente expuestos en la STS 129/2009 de 10 de febrero, que pueden resumirse en:

- La libre decisión de la testigo en el acto del Juicio Oral que optó por abstenerse de declarar contra el acusado, de acuerdo con el artículo 707 de la LECr, en relación con el artículo 416 de la LECr, es el ejercicio de una dispensa legalmente atribuida, incompatible con la neutralización de su efecto mediante la valoración de la declaración sumarial, porque con ello se desvirtuaría tal decisión a la que se le admite una plena eficacia.
- Se impide que se transforme ese inicial valor como mera diligencia sumarial sin valor de prueba en una verdadera prueba de cargo testifical, después de que la dispensa atribuida al testigo ha sido ya ejercitada en sentido contrario, negándose el testigo a declarar contra el pariente acusado. Hacer esa conversión es impedir por una vía indirecta lo mismo que por otra se concede al beneficiario de la dispensa.
- Tampoco está legitimada en este caso la incorporación de la declaración testifical prestada en Sumario, a la actividad probatoria del Juicio Oral, por la vía del artículo 730 de la LECr. que permite se lean a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no pueden ser reproducidas en el Juicio Oral, y no es el caso del ejercicio voluntario del artículo 416 LECrim que no está comprendido en el artículo 730 LECrim. Llamar a la negativa a declarar «imposibilidad jurídica» para justificar la aplicación del artículo 730 es un recurso semántico que desvirtúa el precepto, se aparta de su fundamento, desnaturaliza su condición de excepción, y choca contra el legítimo ejercicio de la dispensa de declarar con-

tra un pariente porque se opone al resultado que con ese ejercicio se pretende.

- Por irreproducible, a los efectos del artículo 730, debe entenderse lo que ni siquiera es posible por el propio carácter definitivo de las causas que lo motivan; algo que no es predicable del testigo que acudiendo al Juicio Oral opta allí y en ese momento por ejercitar el derecho o no a declarar que la Ley le atribuye.

Argumentos a los que puede añadirse que la lectura de la declaración sumarial al amparo del artículo 730 LECrim presupone que ésta haya sido prestada con todas las garantías y de acuerdo con las prescripciones señaladas en la Ley, lo que en el caso presente no sucedería, al no haber sido advertida la testigo en aquella declaración sumarial de la dispensa del artículo 416.1 LECrim.

Cuestión distinta es que el hecho de que no se pueda tener en cuenta la declaración del testigo-víctima pueda no determinar necesariamente que siempre se tenga que dictar sentencia absoluta porque podrían existir otras pruebas suficientes para enervar la presunción de inocencia en cuanto supongan que el contenido de aquella declaración de algún modo haya sido introducido en el Plenario de acuerdo con los principios del derecho probatorio.

En este sentido la sentencia de instancia hace referencia a los partes facultativos de esa fecha que refieren un politraumatismo, como ratifica la médico forense del Juzgado instructor y recoge el auto de procesamiento en su primer apartado.

Esta Sala no puede asumir estas conclusiones que no responden a un proceso deductivo, lógico y racional, siendo factibles otras hipótesis alternativas.

Así en relación a los partes facultativos obrantes a los folios 14 y 15 y al informe del médico forense (folio 73), ratificado dos años después por un segundo perito, aun cuando algunas de las alegaciones del recurrente no puedan ser acogidas por cuanto:

- a) La discrepancia en cuanto a la fecha del primer informe 16 de agosto de 2004, es evidente que se trata de un mero error mecanográfico

que se deduce del propio contenido del informe con expresa referencia a la fecha de los hechos, 15 de agosto de 2006, y por tanto carece de relevancia alguna.

b) Con referencia al número de peritos necesarios para que el informe pericial pueda ser valorado por el Tribunal de instancia.

Sabido es que las dos notas fundamentales que caracterizan la prueba pericial es la imparcialidad de los peritos, de modo que éstos, pueden ser recusados, en caso de parcialidad, conforme resulta del artículo 468 LECrim y la segunda nota es la fiabilidad, cualidad que depende de la apreciación de su dictamen, y que se basa a su vez en razones de formación y cualificación profesional, derivada de su solvencia y titulación (STS 618/2003 de 5 de mayo).

Para el logro de un grado suficiente de objetividad hace que la ley exija la actuación de, al menos, dos peritos en todo reconocimiento pericial, con las excepciones, por una parte, que prevé el segundo párrafo del artículo 459 LECrim por razones de imposibilidad y urgencia (que en la actualidad en muy pocas ocasiones concurrirían, dado el avance de los medios de transporte), y por otra, lo dispuesto en los artículos 778.1 y 788.2 de esta Ley para el procedimiento abreviado, que consideran suficiente el informe emitido por un solo perito.

Sin embargo, como señalan las SSTS 1076/2006 de 27 de octubre, 779/2003 de 30 de mayo, y 1076/2002 de 6 de junio, entre otras, las previsiones de este precepto, artículo 459, que se entienden mejor si se tiene en cuenta la fecha en que fue redactado, demuestran que la dualidad de peritos se justifica en la búsqueda de una mayor certeza y rigor técnico, pero no es condición inexcusable del informe pericial que puede ser válido, en algunos casos, aun prestado por un solo perito. Así la duplicidad de informantes no es esencial (SSTS 935/2006 de 2 de noviembre, 1313/2005 de 9 de noviembre, 161/2004 de 9 de febrero, 779/2004 de 15 de junio), señala la STS 1313/2005 de 9 de noviembre, que la propia jurisprudencia, por ejemplo STS 26 de febrero de 1993, tiene declarado que «es cierto que el artículo 459 LECrim establece que durante el sumario todo reconocimiento pericial se haga por dos peritos. Sin embargo la infracción de esta

disposición no determina la prohibición de valoración de la prueba pericial realizada por un solo perito, dado que la duplicidad de informes no tiene carácter esencial. ello surge del propio texto del artículo 459 LECrim que establece que en determinadas actuaciones es suficiente con un solo perito y de la falta de una reiteración de esta exigencia entre las disposiciones que regulan el juicio oral. Pero además surge del hecho claro de que el tribunal contó de todos modos con un asesoramiento técnico» (SSTS 161/2004 de 9 de febrero, ATS 50/2008 de 17 de enero).

La intervención de un solo perito no afecta a la tutela judicial efectiva si no produce indefensión, de manera que habrá de ser el recurrente quien argumente y razone que la irregularidad que aduce ha quebrantado el derecho de defensa y ocasionado un menoscabo real y efectivo de ese derecho en que consiste la indefensión (SSTS 1313/2005 de 9 de noviembre, 31/2008 de 8 de enero). El mero hecho de que el informe pericial haya sido ratificado en juicio por un solo perito no implica por sí solo la nulidad del mismo, ni la existencia de dudas acerca de su contenido o forma de realización, no existiendo infracción de Ley ni se ha producido indefensión en el análisis de la prueba pericial.

En todo caso, en relación con esta cuestión, es preciso tener en cuenta también que en el procedimiento abreviado, la propia Ley establece que «el informe pericial podrá ser prestado por un perito (artículo 788.2 LECrim) y que las garantías del proceso penal alcanzan tanto al proceso ordinario como a las distintas modalidades del abreviado, por lo que el número de peritos no puede considerarse requisito esencial del proceso con todas las garantías a que todo acusado tiene derecho, artículo 24 CE (STS 779/2004 de 15 de junio). En este sentido la STS 376/2004 de 17 de marzo, señala que si para enjuiciar conductas susceptibles de ser castigadas con pena de prisión de hasta 9 años basta la intervención de un especialista, esta limitación numérica no infringe derecho constitucional alguno, pues las garantías fundamentales se extienden a todos y no cabría aceptar que por tratarse de procedimientos diferentes según la pena atribuida a los hechos objeto de enjuiciamiento a unos acusados se les garantiza la observancia del derecho y a otros no,

pues por su propia naturaleza los derechos fundamentales y libertades básicas son universales (SSTS 97/2004 de 27 de enero, 935/2006 de 2 de noviembre).

Asimismo la reciente STS 510/2009 de 12 de mayo, con cita de las SSTS 537/2008 de 12 de septiembre, y 106/2009 de 4 de febrero, ha precisado que, pese al tenor literal del artículo 459 LECrim, se hará por dos peritos», tal duplicidad de informantes no es esencial.

Conviene tener presente, en fin, que si la validez de una prueba pericial, su adecuación a las exigencias de un proceso justo, se explicará a partir de un entendimiento puramente cuantitativo, que atendiera exclusivamente al número de peritos que hubiera participado en la elaboración del informe, nos veríamos obligados a aceptar que el procedimiento abreviado se aparta de los requerimientos constitucionales, en la medida en que se acepta el dictamen pericial suscrito por un único perito (artículo 778.1 LECrim).

En definitiva, la validez de la prueba, su virtualidad para enervar la presunción de inocencia, mira más que a la concurrencia numérica de los expertos, al respeto de los principios de contradicción y defensa, verdaderas fuentes de legitimación del proceso penal.

Por tanto lo esencial será constatar si aquellos partes e informe forense corroboran lo manifestado por la denunciante sin posibilidad de duda alguna razonable y tal conclusión no puede sostenerse.

En efecto aquellos partes acreditarían que la víctima presentaba en el momento de la exploración las lesiones que se describen, pero no su etiología y menos aún su causación por el acusado, por cuanto, de una parte, el forense que compareció en el plenario, Santiago —que fue el que ratificó en la instrucción, dos años después de los hechos, el informe emitido por otro forense, Daniela—, si bien ratificó su informe, reconoció no haber explorado a la paciente ni haber participado en la pericia, y de otra el valor, en todo caso, de su testimonio en cuanto a la autoría de las lesiones vendría limitado a lo que se contó o narró la propia denunciante, por lo que en este extremo el informe tendría la consideración de testimonio referencia, sin valor en este caso, al estar condicionada su credibilidad a la que mereciera el testigo directo, que se negó a declarar ejercitando libremente la facultad concedida por la Ley.

Respecto a la referencia del auto de procesamiento a las lesiones, esta resolución es un acto procesal del Instructor consistente en la declaración de la presunta culpabilidad de la persona contra quien en el sumario resulta algún indicio racional de criminalidad, como probable partícipe del hecho punible. Por tanto solo recoge indicios, es provisional por cuanto puede dejarse sin efecto y carece de cualquier virtualidad probatoria en orden a desvirtuar la presunción de inocencia.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

VIVIENDA FAMILIAR

Procede dejar sin efecto la limitación temporal del uso de la vivienda familiar atribuido a la madre y a los hijos por término de un año dado que no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 83.2 del Código de Familia.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 22 de abril de 2010

Ponente: **Excma. Sra. D.^a María Eugenia Alegret Burgués**

La sentencia dictada por la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Girona es recurrida por la defensa de doña Julia que interpone frente a la misma recurso de casación.

El recurso se plantea por la infracción del artículo 83.2.a) del Código de Familia de Cataluña el cual indica los criterios legales para la atribución del domicilio conyugal en los casos de crisis matrimonial y cuando no exista acuerdo entre los cónyuges aprobado por el Juez.

El recurso ha sido admitido por interés casacional por no existir doctrina claramente establecida de esta Sala sobre la posibilidad de limitar temporalmente el uso de la vivienda familiar en el caso de que la atribución del uso del domicilio se realice en razón de la custodia de los hijos menores de edad.

Para una más adecuada decisión sobre la discusión que se plantea en el recurso de casación deben sentarse los siguientes antecedentes de carácter fáctico.

1. En el año 2005 la Sra. Julia presenta demanda ante los Juzgados de Figueras con el fin de que se decrete el divorcio de su esposo el Sr. Francisco y entre otros pronunciamientos se disponga la concesión del uso del domicilio familiar sito en la calle DIRECCION000 n.º NUM000, NUM001 de la localidad de Cadaqués a su favor en función de la guardia y custodia de los tres hijos menores de edad que asimismo interesaba.

2. Afirmaba en la demanda, sin contradicción por el demandado en este punto, que dicha vivienda había sido aportada a su titular la sociedad mercantil «Rec de l'aigua SL» por ambos cónyuges quienes a su vez la habían recibido por donación de un tercero hallándose gravada la finca con un pacto de reversión en virtud del cual en el caso de separación o divorcio la finca debía pasar a los tres hijos del matrimonio por partes iguales.

3. El demandado al contestar a la demanda reclamó la guardia compartida de los hijos menores con la actora pero en cuanto al uso del domicilio familiar manifestó que con independencia de que la guardia y custodia fuese o no compartida el uso debía atribuirse a los tres hijos menores.

4. La sentencia de primera instancia concedió la guardia y custodia de los tres hijos a la madre así como el uso del domicilio familiar, del mobiliario y del ajuar.

5. La Sentencia recaída fue recurrida en apelación por el demandado el cual entre otros motivos impugnó la concesión del uso del domicilio a la madre y a los hijos menores, por cuanto entre el momento en que fue contestada la demanda y la celebración del juicio la Sra. Julia había adquirido una casa en Cadaqués que era apta para satisfacer sus necesidades y la de sus hijos. De este modo solicitó que no se atribuyese

se el domicilio a la esposa o subsidiariamente se limitase temporalmente su uso.

6. La sala de apelación en sentencia dictada en fecha 25 de mayo de 2009 revoca el pronunciamiento del Juzgado y en orden al punto ahora discutido (el otorgamiento del uso del domicilio familiar a la madre y a los hijos menores) razona: Demana també el Sr. Francisco que es deixi sense efecte l'atribució a la Sra. Julia del que va ser el domicili familiar ja que, amb posterioritat al seu escrit de contestació a la demanda, va conèixer —iva provar— que ella havia adquirit un nou habitatge. Aquest fet va ser reconegut per la Sra. Julia en judici quan va al·legar que, precisament, per sr l'ús del domicili familiar un motiu de controvèrsia entre les parts va fer aquesta adquisició amb la finalitat d'anar-hi a viure. Sobre la base d'aquesta afirmació cal estimar la pretensió del demandat. Si la mare disposa d'un nou habitatge —situat també a Cadaqués— comprat per ser el seu nou lloc de residència, no hi han motius que justifiquin el que es mantingui l'ús del que era domicili familiar, que és propietat d'una societat participada per meitats per ambdós litigants. Davant de la petició que es formula la demandant es limita, com va fer en la instància a declarar que l'atribució de la guarda dels menors a la Sra. Julia ha de comportar aquesta atribució de l'ús. Ara bé, aquesta afirmació seria defensable si la Sra. Julia no disposés d'altra habitatge, però no en la situació que ha quedat exposada. En la mesura, però, que el pare és propietari d'un habitatge a Figueres i disposa (sense que calgui entrar ara a qualificar en quin concepte ho fa) d'un altra a Cadaqués, es concedeix a la mare un termini d'un any perquè pugui fer, sense presses, el canvi de domicili.

7. La sentencia es recurrida en casación por la actora que denuncia como antes se ha indicado, la infracción del artículo 83.2.a) del Código de familia de Catalunya.

Esta Sala así como la doctrina del Tribunal Supremo (STS de 11 de julio de 2002 o 10 de febrero de 2006) vienen declarando que el derecho al uso de la vivienda familiar se caracteriza por su provisionalidad y temporalidad ya que tras el cese de la convivencia marital y si la ley no contemplase otra cosa el inmueble debería

volver al régimen jurídico ordinario que anuda disposición del uso a la titularidad.

Es por ello que en los casos de crisis matrimonial, la ley contempla una serie de reglas que parten de la prolongación de la solidaridad conyugal o del interés superior de terceros (los hijos menores de edad).

De esta forma el artículo 83 del Código de Familia de Cataluña, en caso de desacuerdo entre los cónyuges sobre a quien debe atribuirse el uso de la vivienda familiar establece que si hay hijos, el uso se atribuye, preferentemente, al cónyuge que tenga atribuida su guarda, mientras dure ésta; si la guarda de los hijos se distribuye entre los cónyuges, resuelve la autoridad judicial y si no hay hijos, se atribuye su uso al cónyuge que tenga más necesidad de la misma teniendo dicha atribución carácter temporal, mientras dure la necesidad que la motivó, sin perjuicio de prórroga, en su caso.

Es claro pues que la norma se decanta por la prestación in natura de la obligación de los padres de suministrar vivienda a sus hijos, pues como ya hemos declarado reiteradamente, siendo cierto que en el concepto de alimentos del artículo 259 del CF se halla comprendida la vivienda, también lo es que existe una regulación específica para el caso de la ruptura del matrimonio o de la pareja en el caso de existencia de hijos menores, de modo que Si hay hijos, el uso se atribuye, preferentemente, al cónyuge que tenga atribuida su guarda, mientras dure ésta.

La STSJC de 22 de junio de 2006 ya advirtió que «Mucho menos puede nacer de tal precepto (artículo 259) una regla de atribución de la vivienda familiar en caso de separación matrimonial; caso que, como se ha dicho, tiene su normativa específica. De igual modo, el artículo 76.2 tampoco se refiere a esa atribución de la vivienda en situaciones de separación o divorcio, sino al derecho a la percepción de alimentos (amplios) por el hijo mayor de edad o emancipado que conviva con uno de los progenitores y carezca de ingresos propios...».

De este modo, cuando existen hijos menores la limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda al cónyuge que no es propietario de la misma viene determinada por el cese de la guardia y custodia de los hijos menores

que se produce por regla general cuando estos adquieren la mayoría de edad.

Ya en las STSJC de 22 de septiembre de 2003, 29 de marzo de 2004 y 22 de junio de 2006 hemos dicho que:

«Quan a la interpretació de l'article 83.2 del Codi de Família, tal sentència afegia que "una interpretació estrictament literal de l'indicat precepte semblaria conduir a una única i inequívoca conclusió: la voluntat del legislador d'establir sempre i en tot cas un termini en l'atribució de l'habitatge familiar, tant si hi ha fills menors d'edat com si no. Per al primer supòsit (a on s'assenyala la preferència d'atribució en favor del cònjuge encarregat de la guarda dels menors), la duració vindrà marcada, amb caràcter general, per l'edat d'aquests, ja que la cessació de la guarda comportarà també la de l'ús de l'habitatge».

En la sentencia de 3 de diciembre de 2009 en un supuesto similar al presente interpretando el artículo 83.2.a) del Código de Familia hemos afirmado también que: «Ello no supone que siempre y necesariamente la vivienda propiedad de uno de los cónyuges o miembros de la pareja deba ser atribuida al cónyuge que tenga la guardia y custodia de los hijos menores pues la ley ya establece que dicha atribución se realizara "preferentemente" por lo que pueden existir razones poderosas que comporten una excepción a la regla general como por ejemplo si el cónyuge no propietario a quien se hubiese atribuido la custodia tuviese por sí mismo medios más que suficientes para cobrar las necesidades de vivienda propias y la de los hijos, mientras que la necesidad más perentoria de vivienda la tuviese el cónyuge o miembro de la pareja propietario en cuyo caso debería ser atribuida a este».

De igual modo tampoco existiría obstáculo legal para instar una modificación de medidas si esta situación se diese con posterioridad a la atribución al cónyuge o miembro de la pareja custodia.

Así lo hemos entendido ya en la STSJC de 29 de marzo de 2004 cuando nos referíamos a que:

«tot això en el ben entès, és clar, que, d'alterar-se les circumstàncies ponderades, pugui el Sr. Arsenio instar les mesures escaients per a

la modificació de tot el que ara s'acorda i conseqüent temporalització de l'ús de l'habitatge familiar, que de moment s'ha de declarar d'utilització indefinida, en no albirar-se per ara la desaparició de la necessitat que justifica una atribució de dit domicili no subjecta a termini».

Sin embargo, ninguna de las circunstancias antes contempladas se dan en el caso de autos conforme antes se ha expuesto.

Tanto la Sra. Julia como el Sr. Francisco disponen de otras viviendas donde hipotéticamente podrían residir, además del domicilio familiar de propiedad común a través de una sociedad participada por ambos, sin perjuicio de la cláusula de reversión antes expuesta que ninguna trascendencia ha de tener en este litigio por cuanto no nos consta que haya sido ejercitada.

No existe pues ninguna necesidad prevalente del Sr. Francisco —de hecho tampoco pide que el domicilio familiar se le atribuya a él— que obligue al Tribunal a apartarse de la previsión legal general que es que en caso de conflicto de intereses personales o patrimoniales de los cónyuges sobre la vivienda familiar dicho domicilio (base del que fuese el núcleo familiar) con independencia de su titularidad siga albergando al cónyuge custodio y a los hijos comunes mientras sean menores de edad, de modo que a la crisis familiar no se vincule un cambio forzoso de domicilio sin un motivo o interés superior que lo justifique, interés que debe valorarse en la actual previsión legal con carácter excepcional por presumirse preferente el de los hijos.

Es por ello que habiendo considerado la Sentencia recurrida que lo procedente era atribuir el uso del domicilio familiar a la madre y a los hijos menores en cuya compañía quedaron, la limitación temporal por el plazo de un año y la obligación de traslado que impone la sentencia de facto a la madre y a los tres niños a un nuevo domicilio no se ajusta lo dispuesto en el artículo 83.2.a) CF ni al interés prevalente de éstos, que es el que exclusivamente debe ponderarse, ya que dentro de un año continuarán siendo menores de edad no habiendo desaparecido por tanto la causa por la que se atribuyó el uso, todo lo cual conduce a casar la sentencia de la Audiencia y confirmar la del Juzgado en este punto.

PROCEDIMIENTO DE MENORES

Se condena a la entidad pública a abonar a los padres biológicos cerca de un millón de euros ya que ignoró el proceso de desintoxicación y reestructuración de la familia que debiera haber sido analizada, y con suspensión de las visitas dio al hijo menor en acogimiento con la finalidad clara, directa y preconcebida de establecer un vínculo parental sustitutivo que borrara el anterior.

TSJ de Cataluña, Sec. 4.ª, Sentencia de 30 de abril de 2010

Ponente: Ilma. Sra. D.ª María Abelleira Rodríguez

Entrando en el fondo del asunto, nos encontramos que la institución de la responsabilidad patrimonial está reconocida en el artículo 106.2 de la Constitución, según el cual «los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos». Dicho precepto constitucional tiene su desarrollo legislativo en el Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y concretamente, dispone el artículo 139 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre: «1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. 2. En todo caso el daño alegado por los particulares habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación, a una persona o grupo de personas». Por su parte, el artículo 141.1 prevé que «sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley».

La responsabilidad exige, pues, la acreditación de los siguientes requisitos:

a) Efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

c) Que el daño sea antijurídico, no ya porque la conducta de su autor sea contrario al derecho (antijuridicidad subjetiva) sino, más simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuridicidad objetiva).

d) Ausencia de fuerza mayor.

Los hechos con trascendencia en el debate que resultan acreditados a raíz del análisis del expediente administrativo, son:

a) Daniel nace el 27 de septiembre de 2000 (de padres con 25 años —ella— y 35 años —él—), mediante parto domiciliario, que requiere posterior traslado del neonato desde el Hospital de Vilanova hasta el Hospital de la Casa de Maternidad por síndrome de abstinencia neonatal. Consta que la madre no va a visitarlo hasta 10 días después. El padre se encuentra entonces en prisión preventiva. Se contacta con la abuela materna, quien tiene entonces la guarda de hecho de otro hijo de la madre, Samuel —nacido en 1996— manifiesta que no puede hacerse cargo del nuevo bebe así como la adicción de su hija desde los 13 años a diferentes sustancias estupefacientes. La abuela paterna, que vive en Sevilla tampoco puede hacerse cargo. El día 20 de octubre de 2000 solicitan la intervención de la DGAIA, por cuanto la madre no acude a dos visitas reclamadas. Se dicta resolución administrativa de desamparo en fecha de 23 de oc-

tubre de 2000 y se dispone la asunción de las funciones tutelares sobre el menor así como su retención en el Hospital Casa de Maternidad de Barcelona (folio 8 EA). Se constata que ambos padecen una importante adicción a sustancias estupefacientes de larga duración.

b) A raíz de la comparecencia del tío materno (folio 12 EA) en fecha de 6 de noviembre de 2000 manifestando que el niño debe ser adoptado, se inicia la actuación para el ingreso de Daniel en un centro de acogimiento, que se produce en fecha de 7 de noviembre de 2000. Consta, asimismo, la oposición de los padres en fecha 8 de noviembre de 2000, momento en el que expresan querer recuperarlo y que aunque la situación es delicada esperan que en 1 ó 2 meses cambie completamente y que desean visitarlo (folio 14). Consta Resolución de la DGAIA de fecha 15 de enero de 2001 por la que se acuerda disponer el ingreso de Daniel en el Centro de acogimiento de «Els Llimoners».

Según el Centro las visitas semanales de los padres han sido irregulares:

- Durante el mes de noviembre acudieron a 3 visitas.
- El mes de diciembre realizaron una visita.
- El mes de enero realizaron dos visitas.
- Desde el 16 de enero al 13 de marzo no realizaron ninguna visita.
- Durante el mes de abril se realizó la última visita del niño.

Sin embargo de la Sentencia de 20 de enero de 2004 dictada por la Sección 18.º AP de Barcelona se desprende como hecho probado que hubo más visitas (folio 12), puesto que se realizaron todas las de carácter bimensual que se fijaron.

En fecha de 13 de marzo de 2001 se realiza por el Centro de acogimiento una entrevista con los padres, donde expresan su deseo de recuperar a Daniel, que poseen una vivienda así como ingresos económicos. En fecha de 20 de marzo de 2001 en una nueva entrevista manifiestan, a diferencia de la anterior, no tener ingreso alguno, ni soporte familiar, que acuden al CASS de Vilanova 2 veces por semana para controles analíticos y de orina y tratamiento con metadona. Por el Centro de Acogimiento se argumen-

ta en el Informe o síntesis evaluativa que no se puede seguir un plan de trabajo (folio 33 EA) con los padres por la dificultad de contactar con ellos y su falta de conexión con la realidad y su situación desorganizada en su entorno. Se trata de conclusiones, no de hechos, ni se exponen los datos objetivos en los que descansan.

Por parte del Centro de acogimiento se formula el 9 de mayo de 2001 valoración relativa a considerar procedente el no retomo de Daniel con sus padres biológicos, y que ningún miembro de la familia extensa puede hacerse cargo con lo que propone la adopción de una medida de protección de acogimiento por una familia preadoptiva (folio 40 EA) así como el establecimiento de un régimen de visitas mensual con los padres biológicos, entre otras.

c) En fecha de 25 de abril de 2001 se notifica a los actores que la DGAIA acuerda que las visitas pasan a ser de semanales a mensuales y que la siguiente será el día 9 de mayo de 2001 a razón de 1 hora al mes, informándoles que pondrán un acogimiento preadoptivo (folio 88).

d) En fecha de 29 de junio de 2001 se acuerda que por el ICAA, Institut Català d'Acolliment i Adopcions, que se promueva judicialmente la constitución de un acogimiento preadoptivo del menor con la familia idónea, y habilitar al ICAA' para la constitución de un acogimiento simple en familia. Esta Resolución se notifica a los padres en fecha de 26 de septiembre de 2001 (folio 97 segundo intento de notificación).

e) En fecha de 7 de agosto de 2001 consta una llamada telefónica del padre manifestando que desde mediados de junio de 2001, ambos padres están ingresados de manera voluntaria en dos Centros de Rehabilitación distintos, él en Alicante y ella en Murcia, y, que ha superado con éxito la primera fase del tratamiento de desintoxicación. Solicitan visitas.

En fecha de 13 de agosto de 2001, vuelve a llamar el padre solicitando visita al centro, que se acuerda para el 24 de agosto de 2001. Acuden ambos desde Alicante y Murcia. En ella se les informa que posiblemente las visitas se suspenderán durante 3 meses debido al acogimiento simple que se producirá de forma inmediata (folio 100-101 EA). Se inicia el acogimiento el 30 de agosto de 2001 (folio 104 EA).

La decisión de suspensión de visitas se notifica a los padres en fecha de 10 de octubre de 2001 formalmente en fecha de 10 de octubre de 2001, en el centro REMAR en el que están ingresados.

Tras el Plan de acoplamiento establecido por Resolución del ICAA de 6 de septiembre de 2001 se acuerda el acogimiento simple en tanto no se resuelva judicialmente el acogimiento preadoptivo. Tal Resolución no consta notificada a los actores ni como destinatarios.

Por parte del Centro de desintoxicación REMAR se realiza informe en fecha de 5 de septiembre de 2001 y es recibido por DGAM en fecha de 18 de septiembre de 2001, indicando oficialmente el ingreso de los padres en los diversos centros de desintoxicación, y, que la evolución es buena pero el proceso es lento.

Se traslada el caso a la EAIA «Alt Penedés -El Garraf» que no había tenido antes conocimiento alguno ni de la situación de los padres ni del menor Daniel.

En fecha de 13 de noviembre de 2001 los padres solicitan la reanudación de las visitas (folio 139 EA) y el 20 de noviembre de 2001 el EAIA del Alt Penedés-El Garraf realiza un informe propuesta sobre la solicitud de visitas, pero no conocía ni el caso hasta el mes de julio. El EAIA no dispone de elementos de juicio ante tal situación reconociendo la actitud de los padres biológicos respecto a su deseo de recuperar a su hijo. Proponen reanudar el régimen de visitas (folio 137 EA).

f) El 12 de febrero de 2001, tras múltiples informes de REMAR relativos a la situación de los padres y a la evolución positiva del tratamiento, se vuelven a conceder visitas con carácter bimensual a razón de 1 hora cada 2 meses, coincidiendo temporalmente con la presentación de demanda de oposición a las medidas de 29 de junio de 2001 y de 6 de septiembre de 2001. Se conciertan 2 visitas para el día 21 de mayo de 2002 y 23 de julio de 2002, mediante Resolución de fecha 21 de marzo de 2002, contra la que los actores se oponen solicitando una periodicidad mayor quincenal (folio 179-181 EA).

Se contienen dos Informes de la «Associació Parlament», entidad colaboradora del De-

partamento de Bienestar Social en los que se manifiesta la dificultad de entender el menor las visitas así como la situación de descontrol que le genera. Proponen continuar con el acogimiento preadoptivo.

g) El 10 de diciembre de 2002 se dicta Sentencia por el Juzgado de Primera Instancia num. 45 de los de Barcelona en los autos núm. 873/2001 sobre oposición a las medidas de protección adoptadas en las Resoluciones del ICAA de 29 de junio de 2001 y 6 de septiembre de 2001, desestimando la misma, por entender que existe falta de vinculación y relación afectiva «totalmente consumada», si bien reconoce el importante esfuerzo que están realizando los padres biológicos por recuperar el control de su vida. Considera que todavía están en una situación de fragilidad, que no alcanza un grado de seguridad suficiente. Se concluye que la medida de protección más adecuada es la de acogimiento preadoptivo del menor en familia ajena. Confirma la Resolución del ICAA relativa al acogimiento simple con finalidad preadoptiva.

Se interpone recurso de apelación que es resuelto por Sentencia de 20 de enero de 2004 de la Sección 18a de AP de Barcelona que desestima el recurso de apelación interpuesto en base a considerar que si bien es cierto que existió causa de desamparo, que sin duda fue también consentida, no se realizó nada sobre el núcleo parental, cronología sobre sus adicciones, alcance de las mismas, naturaleza simple o politoxicomanía, y que la situación actualmente es «irreversible» por la convalidación que realiza el propio transcurso del tiempo, pero «se actuó con excesiva celeridad, sin datos objetivos de valoración, o con datos insuficientes, y con el prejuicio más absoluto de que se trataba de dos progenitores drogadictos de muy larga duración... y sin posibilidad razonable de rehabilitación».

Procede ya pasar al análisis de la concurrencia de los requisitos manifestados para la estimación de la procedencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Ha de partirse de que no resulta controvertido la existencia del daño, en sí mismo considerado, como es la pérdida de la posibilidad de establecer un vínculo afectivo real con su hijo biológico, a partir de la acreditación de la existencia de una posibilidad

de evolución positiva de los padres a partir del ingreso en un Centro de deshabitación el 10 de junio de 2001 —él—, y el 15 de junio de 2001 —ella—, tras un largo período de dependencia y adicción a las drogas por ambos.

El verdadero punto de controversia se encuentra en el nexo causal, es decir en el funcionamiento de la Administración protectora, que en relación de causa-efecto causó o se alega que causó el daño. En el presente caso, la parte actora sostiene un mal funcionamiento de la Administración demandada, por cuanto actuó erróneamente, con falta de diligencia a la hora de en primer lugar, ser la causante de la falta de vínculo afectivo con el menor, que después fue la que por sí misma propició la irreversibilidad de la situación, cuando ya eran evidentes los signos de rehabilitación de los padres de Daniel. Y, en segundo lugar, actuación conjunta, control e información con respecto a la situación de los padres, siendo que la DGAM ya conocía previamente la suspensión de las Visitas con el menor y su salida del centro de acogida para pasar al acogimiento simple con finalidad preadoptiva, que los padres llevaban dos meses en rehabilitación, y que habían superado la primera fase con éxito. Por tanto, se imputa una falta de atención al otro parámetro de evaluación a la hora de adoptar una medida tan drástica como es la suspensión del régimen de visitas cuando ya el anterior era de carácter mensual y a razón de una hora al mes.

En el presente caso también es ciertamente relevante tener en cuenta que no se está analizando la procedencia de la situación declarada el 23 de noviembre de 2000 de desamparo de Daniel, la misma no es discutida por los padres y, sigue siendo el punto recurrente de la Generalidad de Cataluña cuando no es la actuación analizada, desde el punto de vista de exigencia de relación de causalidad con la causación del daño. Las actuaciones de las que los actores pretenden hacer nacer la declaración de la existencia de responsabilidad patrimonial vienen a situarse temporalmente en aquel momento en que la Administración tiene conocimiento de la voluntad no solo verbal, que ya era manifiesta, y por tanto relevante, de querer mantener el vínculo con su hijo, sino efectiva y directa, co-

mo es el ingreso en un Centro de desintoxicación, cada uno por separado, atendiendo a una efectiva voluntad de superar el problema de adicción que tenían y recuperar a su hijo. Ello era más que suficiente para la iniciación, desde aquel mismo momento, de un Plan de trabajo, previa información, control y diagnóstico de la verdadera situación del entorno familiar. La Administración, no actúa, califica la situación como extremadamente frágil, incierta y sin posibilidad alguna de recuperación, siendo que se cierra frontalmente esa posibilidad, y se centran y enmarcan en el procedimiento de acogimiento en familia ajena, no olvidemos con finalidad preadoptiva, es decir, con la clara voluntad del establecimiento de un nuevo vínculo a modo del paterno filial, borrando todo resquicio con el anterior.

Está claro en este punto, que la existencia del nexo causal es clara, directa, relevante y eficiente en la producción del resultado dañoso, cual es la destrucción de la vinculación con los padres biológicos, para el establecimiento de un nuevo vínculo fuerte, directo y sin posibilidad de retomo, sin planteamiento que ante la nueva situación, observada y manifestada por los padres, la Administración protectora elude, califica indiciadamente de incierta y la plasma como manifiestamente negativa, por cuanto, aunque la evolución recuperatoria es evidente, no hay probabilidad de superación. Ciertamente, es como decir, no vale la pena luchar por mantener el vínculo biológico, siquiera manteniéndolo vivo, esperando la señal indicativa de que existe posibilidad.

La Sentencia de 20 de enero de 2004 de la AP Barcelona es, claramente, desgarradora, impactante, manifiestamente reveladora de un auténtico proceso reflexivo que se ha llevado a cabo con respecto a la situación que aconteció en relación a la ruptura del vínculo con Daniel. No puede quedar esta Sala al margen de las conclusiones que se contienen con respecto a la actuación de la Administración y, en definitiva, a la brutal consecuencia que demuestra el fracaso del sistema:

«Séptimo.—En el caso presente, el desamparo es inamovible en tanto que consentido, pero ¿se han verificado las pruebas necesarias

para llegar a esa conclusión? La realidad es que no existen datos objetivos contrastables en autos que permitan entender que por parte de los diversos servicios intervinientes (servicios sociales locales, EAIA comarcal, Dirección General) exista una radiografía exacta del problema médico-social que presentaban los progenitores de Daniel en noviembre de 2000, ni nada al respecto parece que se haya hecho desde las diversas Administraciones al efecto en los seis o siete meses siguientes. No parece haber habido intervención administrativa sobre el núcleo parental. No tenemos su historial médico, no hay siquiera una cronología exacta de su adicción, ni del alcancé de la misma, ni de si se trata de una toxicomanía simple o de una politoxicomanía, ni de cantidades de consumo; ni siquiera es posible obtener del expediente qué cantidad de metadona tomaban al día, ni exactamente desde cuándo. Se habla de las dificultades de establecer un plan de trabajo por dificultades de comunicación. Por supuesto de tal plan de trabajo, ni como anteproyecto, existe dato alguno en autos. Y al menos, desde junio de 2001 pudo intentarse, una vez la comunicación, espontáneamente al parecer y desde el lado de la familia biológica, se había restablecido ya.

La actuación administrativa durante este tiempo se ha limitado a fijar unas pautas que a priori no hay duda alguna que cabía, sin otro soporte adicional, considerar de entrada condenadas al fracaso más estruendoso; unas visitas pautadas, a cumplir a más de 50 kms de distancia, con horario preciso, por padres absolutamente inmersos en la adicción en aquel momento y sin medios económicos.

Solo puede comprenderse —que no justificarse, por tanto— hasta cierto punto la postura de la Administración encaminada a considerar el caso como irreversible en aquellos momentos, si se parte de la convicción de que se actuó con excesiva celeridad, sin datos objetivos de valoración, o con datos muy insuficientes, y con el prejuicio más absoluto de que se trataba de dos progenitores drogadictos de muy larga duración, con absoluta ausencia de conciencia de enfermedad y sin posibilidad razonable de rehabilitación. Y un hijo sin vinculación aparente alguna por el hecho mismo de ser un recién

nacido. El único dato objetivo es la existencia de un hijo anterior, sólo de la madre, cuya guarda estaba confiada ya por la Administración a la abuela materna.

Y un prejuicio es una condena sin juicio y sin defensa. Es cierto que el estado que presentaban los padres en los seis o siete primeros meses no hacía augurar, *prima facie* y sin otras pruebas, un buen pronóstico, y no se niega que a las primeras visitas, con una frecuencia semanal primero faltaron durante el mes de octubre y diciembre de 2000, y con una quincenal fallaron dos en febrero una en marzo y en todo abril de 2001, para ser esporádicas —con frecuencia extrañamente bimensual— después, en mayo, julio, septiembre y noviembre, pero todo indica que la velocidad con que la Administración ha actuado, y enlazado una premisa falsa y sus respectivas consecuencias, que han adquirido la naturaleza de otras premisas menores también falsas, nos permite calificar de gran sofisma el resultado obtenido: partiendo de una situación hipotética, como si de acreditada se tratara, de irreversibilidad en la drogodependencia de los padres, surge la necesidad imperiosa de adoptar la más extrema y quirúrgica de las medidas, el acogimiento preadoptivo, y en el ínterin, aprovechando el estado de los padres —cuya recuperación en nada se ha favorecido desde la acción social pública— y el incumplimiento de sus visitas iniciales, se ha ido dilatando en el tiempo la frecuencia de las mismas, con el fin —y la indicación técnica— de que el vínculo empático materno no se desarrollase y fuera un obstáculo, hasta llegar a un régimen de visitas, ya en un momento en que no sólo se tenía constancia del inicio de la recuperación sino en el que se hacía oídos sordos y ojos cerrados —con la excepción del EAIA de El Garraf que siempre ha apostado por la recuperación de los padres— a una evidencia que iba tomando cuerpo, la rehabilitación de los padres, lenta pero constante, calificable de contrario a los más elementales sentimientos de piedad y probidad que cabe esperar de unos seres humanos frente a otros, pues una hora de visita cada dos meses es diseñar una relación familiar grotesca, una intolerable caricatura de lo que debe ser una relación paterno filial, casi una forma de tortura que no sólo padece el menor, como intenta mostrar la Administración,

sino unos padres cada vez más conscientes de su drama. Existen pruebas más que suficientes que indican que los progenitores, desde junio de 2001, menos de nueve meses después del nacimiento y de ocho desde el desamparo, han iniciado el camino de una lenta, progresiva y en buena medida objetivada recuperación. De carecer de toda capacidad personal de cuidado y de conciencia de enfermedad han pasado a vivir primero en centros diferentes, como está indicado —aunque el ICAA parece extraer de ello una consecuencia muy negativa—, después en uno compartiendo vida en común, iniciando trabajos de cierta responsabilidad en una ONG del propio centro —consta que el padre incluso conduce un vehículo de transporte— a vivir fuera de centro, aunque siempre con un seguimiento cercano de una institución privada —que ha llenado un absoluto vacío que la acción social pública, en ninguna forma ha llenado en este caso concreto—, e incluso en esta alzada podemos tener por acreditado en la forma en que se considera suficiente ante un tribunal de familia que el padre trabaja como peón dé la construcción y gana 771,61 euros al mes en una empresa normal y corriente. Tres años después, con una sola recaída muy puntual y consistente en el consumo de una tableta con contenido de benzodiacepina, por cierto comunicada de oficio por el propio centro al Juzgado, su situación en nada se parece al momento inicial de la actuación administrativa; y, si bien en cualquier proceso de lucha contra las adicciones no se espira a una curación sino a una abstinencia, y ésta no es definitiva nunca, aunque existen tramos o niveles de superación bien estudiados aunque dispares según la escuela a que se atienda —a nivel físico puede hablarse de deshabituación o desintoxicación después de unos meses de abstinencia, a nivel emocional la dependencia se entiende superada entre 3 y 7 años de abstinencia, mientras que a nivel mental la desprogramación absoluta parece no alcanzarse hasta una abstinencia superior a los 12 años— y, siempre cabe, lamentablemente, de reproducirse el marco ambiental que fue su causa inicial, una recaída, a día de hoy el caso presente no puede calificarse de estructura familiar ni personal tan frágil como se pretende, ni es, en comparación con otros que ha conocido

esta sala, un caso en el que puedan albergarse especiales perspectivas de fracaso».

Esta Sala considera, por otra parte, que la cuestión a debatir, a diferencia de la consideración de la Generalidad en su escrito de contestación, no es la situación de desamparo, que para nada ha sido recurrida, sino la existencia de un funcionamiento anormal de la Administración Pública en base a la efectividad de una ruptura del vínculo con todas sus consecuencias tanto para el menor, Daniel, como para sus progenitores y hermanos, que provocó la Administración con la adopción no justificada del acogimiento simple en familia, y la suspensión injustificada de la visitas cuando ya eran mensuales, conociendo, ya en agosto de 2001, que desde el junio de 2001 ambos progenitores se encontraban en Murcia y Alicante, sin ingresos económicos y sin posibilidades de apoyos familiares para sostener las mismas dentro del primer período o fase de desintoxicación voluntaria y que la evolución era buena, es decir, por causas absolutamente ajenas a su voluntad. ¿Qué hizo la Administración con esa primera comunicación de evolución positiva de recuperación de los padres en agosto de 2001? Pues cerrar la posibilidad con la suspensión del ya mínimo régimen de visitas, ya franqueando cualquier posibilidad de que él contacto en ese momento pudiera ser beneficioso para ambos, hijo y padres biológicos en atención a una motivación mutua. Y dadas las circunstancias; ¿Qué debía haber hecho? ¿Le era exigible otra actuación? En este punto, también es claramente indicativa, por reveladora, las conclusiones de la Sentencia de la AP Barcelona, de 20 de enero de 2004 en el siguiente texto:

«Tal actuación, o tal intento, siquiera, hubiera sido especialmente beneficioso para todos: el menor hubiera crecido, después de un breve paso por un centro, en una familia de acogida temporal con la que, de guardar después algún recuerdo —lo que es más que difícil se conserve más atrás de los dos años— pudiera mantener algún tipo de lazo o relación, los padres habrían podido afrontar con mayor tranquilidad su proceso curativo —sin desdeñar que el trauma inferido haya sido acicate a la vez— a la par que hubieran mantenido un contacto real, una identidad como padres, y el reencuentro, también

progresivo, hubiera sido muy poco traumático; retorno que en realidad no excluiría, al ser firme el desamparo, necesariamente, la tutela pública, sino que tendría el alcance de una atención en propia familia; con lo que la Administración conservaría el seguimiento y el control de la situación; sin perjuicio de nadie; y por ello esa actuación administrativa podría hoy ser objeto de todo pláceme en la medida que habría sabido usar todo su potencial en la debida medida».

La conclusión es que la Administración ignoró el proceso de desintoxicación y restructuración de la familia que debiera haber sido analizada, con una sospecha razonada de irrecuperabilidad, puede ser que sí, pero en ningún caso, frustrada de antemano. Ese acogimiento simple con finalidad preadoptiva acordado por Resolución de 29 de junio de 2001 y suspensión de visitas, determinan esa finalidad clara y directa, preconcebida para establecer un vínculo parental sustitutivo, que borrara uno anterior, sin seguir por tanto, los trámites, no formales, que sí se siguieron, sino de fondo, de concepción de la institución cuando exista una evidencia cierta de irrecuperabilidad de ese entorno por una razonable conclusión para ello. En definitiva, ajustando su actividad al caso concreto y a su obligación de dirigir su actuación en beneficio del menor, lo cual implica sopesar todas las posibilidades y, admitir unas y descartar otras con objetividad.

Por otra parte, no cabe imputar a los padres, la ruptura del vínculo, cuando si bien es cierto que en los primeros siete meses se encuentran incapacitados para la ejercicio de la tutela, más tarde se encuentran impedidos por un internamiento para deshabitación, en Murcia y Alicante, y luego carecen de una estructura social, familiar y económica que pueda facilitar el cumplimiento pautado y rígido de las mismas. Es en esta argumentación que realiza la demandada, donde queda configurada la justificación de los padres, la imposibilidad de hacer frente a pesar de una voluntad reiterada por diferentes canales, verbal, telefónico, a través de REMAR, etc. al ejercicio propio de la patria potestad. Falta la justificación objetiva de la Administración de intentar actuar, como alternativa difícil pero posible, en el ámbito familiar, de conservarlo,

recuperarlo, y dotarlo de autonomía para el cumplimiento del objetivo. Simplemente, como mantiene la AP Barcelona, no había voluntad de actuar en ese ámbito biológico, era difícil, sí, pero cabía la oportunidad.

Podrían hacerse mayores consideraciones relativas a por qué en julio de 2001 se produce el traslado del caso a la EAIA «Alt Penedés-Garraf», pero hasta octubre no se hace nada. El EAIA tampoco es informado ni posee más antecedentes más que las llamadas de la asociación privada REMAR donde se encuentran ingresados con el tratamiento de desintoxicación, formula consideraciones —que no jurídicamente— en base a aquello que puede observar de los padres, ya directamente dirigidos, a recuperar a su hijo, formula propuesta de establecimiento del régimen de visitas, que sin saber por qué no se acuerdan hasta febrero de 2002 para celebrarse bimensualmente a una hora, con unos resultados muy negativos, y desestabilizadores.

Ha de concluirse, por tanto, la existencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración demandada, por el funcionamiento negligente de la Administración protectora a la hora de valorar, controlar y determinar, sin datos objetivos razonables, la imposibilidad de creación de un entorno familiar estable. Y estas mismas razones determinan suficientemente la antijuridicidad del daño.

Por último, es también importante poner de manifiesto que las conclusiones de esta Sentencia en modo alguno pueden acarrear otras accesorias o derivadas más que las propias indemnizatorias económicas por el daño causado, sin que puedan extenderse a otros ámbitos, que fueron ya accionados en la vía civil correspondiente.

Una vez concluida la existencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial queda determinar el alcance y valoración del daño, entendiendo que en casos como el presente concurre un componente especialmente sensible, por cuanto, su valoración es difícilmente objetivable y, tampoco posee características que permitan su subsunción en parámetros predeterminados.

Los actores formulan una pretensión indemnizatoria en su propio nombre en calidad de directamente perjudicados por la pérdida de su hijo,

así como en representación de sus tres restantes hijos a los que el menor Daniel no ha conocido y, por tanto, no han desarrollado vínculo familiar.

Para su cuantificación, los actores se ajustan al baremo de circulación, en su actualización de 2006, entendiendo que pudiera ofrecer unos indicios de lo que puede suponer la pérdida de un hijo asimilándolo a otros supuestos vistos por el Tribunal Supremo en caso de indebida privación de libertad.

Como recoge el Tribunal Supremo en la reciente Sentencia de 9 de marzo de 2010, rec. 2413/2008:

Tales baremos, que tienen una función orientativa y no vinculante, al ser su ámbito propio la valoración de daños personales en el seguro de responsabilidad, sirven de referencia por la seguridad y objetividad jurídica que implica, un sistema objetivo de resarcimiento, razón por la que se suele invocar en el ámbito de la Seguridad Social; por ello, el importe de la indemnización ha de fijarse estimativamente por el Tribunal teniendo en cuenta las cantidades reconocidas en casos análogos y en su caso, las que pudieran resultar aplicables, en su ámbito, como consecuencia de los criterios legales, de la tasación mencionada.

Pues bien, con relación al presente caso, no existen asuntos análogos o similares que pudieran determinar el establecimiento de algún criterio a la hora de cuantificar la pérdida que pueda

suponer la ruptura de la relación parental, por lo que únicamente queda la aplicación del Baremo de Circulación a título orientativo, siendo que es procedente considerar que la aplicación del Baremo que realiza la actora con respecto a la pérdida del hijo y al daño moral que causa se encuentra cumplidamente resarcido, en virtud del principio de indemnidad y reparación integral, en la cantidad de 980.000 euros.

Esta Sala considera que no debe hacerse pronunciamiento alguno en relación a los hermanos biológicos de Daniel, por cuanto ni ha habido convivencia, ni relación alguna, ni por tanto, puede integrar un concepto diferenciado de indemnización aparte de la determinada a los padres.

Como medida compensatoria se acuerda procedente el abono de los correspondientes intereses legales desde la fecha de interposición de la reclamación administrativa, 20 de enero de 2006 en que se formuló solicitud de resarcimiento a la Administración, hasta la fecha de notificación de la presente sentencia (en coherencia con el régimen de intereses procesales dispuesto por el artículo 106 de la Ley Jurisdiccional de 1998) contabilizándose año por año conforme al interés del Banco de España según el tipo fijado anualmente en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, entendiendo que es procedente esta cantidad en virtud del principio de reparación integral del daño.

INDEMNIZACIÓN POR EXTINCIÓN DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

La convivencia ha producido una situación de desigualdad patrimonial pues el marido incrementó su patrimonio y no lo hizo su mujer debido a que durante su matrimonio se dedicó de forma no exclusiva pero sí principal a la realización de trabajo para la familia. Con base en ello debe fijarse a favor de la esposa una compensación económica.

TSJ Baleares, Sentencia de 24 de marzo de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Antonio Federico Capó Delgado**

El recurrente interpone dos motivos de casación, uno principal y otro subsidiario. En el primero denuncia infracción del Ordenamiento Jurídico Balear «concretamente del Derecho Civil Balear

Especial (Libro I, de la Isla de Mallorca) artículos 3, 4 y 5 de la Compilació de Dret Civil a les Illes Balears» y sostiene que la sentencia de la Audiencia y la del Juzgado de Familia n.º 20 de

esta Ciudad «aplican indebidamente al supuesto enjuiciado normativa ajena a nuestro Derecho Foral propio, por lo que ambas resoluciones se oponen a la Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares y a las normas de derecho especial de la Comunidad Autónoma» ya que el artículo 1438 del Código Civil (CC) «no es de aplicación, ni puede ser aplicado, como norma sustantiva a la extinción de régimen económico matrimonial de separación de bienes de la Isla de Mallorca, regulado por los artículos 3, 4, 5 y 67 de la Compilació de Dret Civil a les Illes Balears, Libro I, pues ello supone además la infracción de los artículos 1.7 y 13.1 del CC español»; que ambas sentencias «vulneran dichos preceptos al haber omitido la aplicación del Derecho Civil propio, habiendo optado por la aplicación directa del Código Civil estatal que no resulta de aplicación a un matrimonio regulado por el régimen de separación de bienes de la Isla de Mallorca» y que la sentencia recurrida «obvia los principios informadores del Derecho Civil Balear, de la Doctrina Balear y Jurisprudencia Balear, aplicando al supuesto de hecho una institución jurídica completamente extraña a nuestro derecho y sin fundamentación jurídica sólida para dicha aplicación», por todo lo que suplica sentencia «mediante la cual proceda a estimar el recurso de casación, case la sentencia impugnada y declare no haber lugar a la aplicación del artículo 1438 del Código Civil como norma liquidatoria del régimen económico matrimonial de separación de bienes de la Isla de Mallorca regulado en Llibre I de la Compilació de Dret Civil a les Illes Balears y, por tanto, declare no haber lugar a la fijación de suma alguna a favor de Dña. María..., con cargo a D. Pedro..., en concepto de indemnización por el trabajo al hogar».

En el segundo «para el improbable supuesto de (que) la Ilma. Sala considerara de aplicación supletoria el artículo 1438 del Código Civil, como norma liquidatoria del régimen económico matrimonial sujeto a regulación del Llibre I de la Compilació de Dret Civil de les Illes Balears, igualmente considera que la Sentencia recurrida debe ser revocada, al no concurrir en el matrimonio María-Pedro los criterios que dicho precepto exige para su aplicación», por lo que suplica que «proceda a revocarla y case la sentencia recurri-

da, en el sentido de declarar no haber lugar a la fijación a favor de la Sra. María... suma alguna en concepto de indemnización dimanante del artículo 1438 del Código Civil, al no concurrir los requisitos establecidos por dicho precepto».

La representación de la parte recurrida, en su escrito de oposición, afirma que «En las sentencias recaídas en el presente procedimiento en primera y segunda instancia, no se ha aplicado el artículo 1438 del Código Civil, como se manifiesta de contrario» por lo que «no puede prosperar ... ninguno de los motivos aducidos...» y suplica que se acuerde «no haber lugar a la casación solicitada, y declarar firme la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, condenando en costas al recurrente».

Aunque, técnicamente, sólo aquellos son los motivos del recurso ha de tenerse en cuenta, de un lado, que el presupuesto de su admisión fue la concurrencia del «interés casacional», previsto en el artículo 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que se fundó en que «el Derecho foral que regula el régimen económico matrimonial de la Isla de Mallorca, no contempla ni regula indemnización alguna para el cónyuge dedicado única y exclusivamente a la familia, en el momento de la extinción del régimen económico matrimonial, siendo que Doctrina y Jurisprudencia de Baleares son unánimes en considerar que dicho instituto jurídico (la indemnización del cónyuge dedicado a la familia extinto el régimen económico de separación de bienes, tras la separación y/o divorcio) es ajeno a nuestra tradición jurídica» y, de otro, que el recurrente solicita que «se dicte una resolución que aclare si ha sido correctamente interpretado el artículo 4.1 de la Compilación de derecho civil balear, aplicado en este caso».

Tales planteamientos exigen que esta Sala se defina en todas las cuestiones suscitadas.

La sentencia, de 25 de febrero de 2009, de la Sección IV de la Audiencia Provincial de Baleares, en el punto 1B) del Fallo, revoca la sentencia de instancia pues fija «a favor de D.^a María... y a cargo de D. Pedro..., una indemnización por su contribución a las cargas del matrimonio de CIEN MIL €, mientras que en ésta se leía, en el número 7.º del Fallo, que «En concepto de compensación por el trabajo para la familia aportado

por la esposa, el actor abonará a la demandada la cantidad de 350.000 euros».

En el Fundamento de Derecho (FD) Quinto de la sentencia recurrida se indica que «queda por resolver el tema de la indemnización que *ex* artículo 1438 del Código Civil, en sede del régimen común de separación de bienes, solicita la Sra. María» y, tras transcribir dicho artículo y el 4.1 de la Compilación de Derecho Civil de Baleares, se afirma que «Como se dice en la sentencia apelada, en cualquiera de ambas normativas se comparte el criterio de que el trabajo para la casa o para la familia debe ser computado como contribución a las cargas del matrimonio y, por tanto, merece compensación».

La sentencia de primera instancia en su FD Noveno si bien afirma que «... el artículo 4.1 del Texto refundido autonómico y el artículo 1438 del Código Civil comparten el criterio de que el trabajo para la casa (o para el hogar o para la familia) debe ser computado como contribución a las cargas del matrimonio», descarta, totalmente, la aplicación del CC ya que concluye que «la petición de la demandada de ser indemnizada por su dedicación preferente al trabajo del hogar debe ser acogida por mandato del artículo 4.1 de la Compilación de Derecho Civil Balear; precepto que deviene de aplicación al caso en virtud del principio *iura novit curia* siendo irrelevante que no aparezca citado en la demanda reconventional (*da mihi factum dabo tibi ius*) pues, en tal momento, se pretendía fundar tal petición en el artículo 1438 del CC» y dedica su FD Décimo a la «Interpretación del artículo 4.1 de la Compilación balear» fruto de la que se concede la «compensación» por entender que este artículo reconoce un «derecho de indemnización a favor del cónyuge que ha contribuido al trabajo en el hogar familiar, como forma de paliar un enriquecimiento injusto del otro cónyuge que, liberado de las labores domésticas, ha podido incrementar su patrimonio privativo».

Así las cosas ha de concluirse que si la sentencia de apelación hubiera estimado aplicable el artículo 1438 del CC y no el 4.1 de la Compilación del Derecho Civil de la Islas Baleares (CDCB) y, por tanto, hubiera discrepado de la *ratio decidendi* de la sentencia de primera instancia lo hubiera dicho expresamente y no se hu-

biera limitado a confirmar la procedencia de la «compensación», aunque moderando su cuantía y denominándola «indemnización».

No se ha aplicado al caso el artículo 1438 del CC.

El párrafo primero del artículo 4.1 de la CDCB, redactado por la Ley 8/1990, de 28 de junio, reza: «Los bienes propios de cada cónyuge estarán afectos al levantamiento de las cargas del matrimonio. En defecto de pacto, cada uno de los cónyuges contribuirá en proporción a sus recursos económicos, entendiéndose como contribución el trabajo para la familia».

El texto no menciona la «compensación» que, nueve años antes, había sido introducida en el CC al darse nueva redacción, por la Ley 11/1981 de 13 de mayo, a su artículo 1438 que, desde entonces, dice: «Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a una compensación que el juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación».

La novedad fue debida a la Resolución del Consejo de Ministros del Consejo de Europa de 27 de septiembre de 1978, que afirmó que en el régimen convencional de separación de bienes «deberá computarse el trabajo en el hogar familiar de cualquiera de los cónyuges».

Esta «compensación» provoca discrepancias en la doctrina pues si algún autor aplaude «la intervención de una idea comunitaria en el régimen de separación», otros la critican por introducir «una regla anómala en el régimen de separación, ya que se traduce en una corrección comunitaria impropia de tal régimen», o porque «representa un jornal, el sueldo de una empleada doméstica, que la mujer —o, en su caso, el marido dedicado a muchacha para todo— puede reclamar aunque su cónyuge no haya obtenido ganancias durante el matrimonio», o por tratarse de «un salario devengado y no cobrado, lo que contradice los principios de cualquier régimen económico matrimonial», o de un «salario diferido», o de una «indemnización por paro», o por no tenerse en cuenta «el enriquecimiento del otro cónyuge como presupuesto del crédito a la

compensación» y varios, en fin, propugnan una interpretación correctora.

La controversia doctrinal explicaría que ni en el Proyecto de Ley tramitado con el número de RGE 502/1986 por el Parlamento de las Illes Balears sobre Compilación del Derecho Civil de Baleares, BOPIB n.º 59 de 27 de marzo, que caducó de conformidad con el artículo 182 del Reglamento de dicha Institución, de 4 de junio de 1986, ni en el Proyecto de Ley tramitado con el Número RGE 775/1987, remitido nuevamente por tal motivo, y publicado en el BOPIB n.º 2 de 18 de septiembre de 1987, se mencionara dicha «compensación», como tampoco se hacía en la «Memoria Justificativa» de la Comisión Compiladora de Juristas de Baleares para la actualización de nuestro Derecho Civil, que el Gobierno Balear dijo asumir en su integridad y que transcribió literalmente en la Exposición de Motivos de los Proyectos de Ley mencionados, ya que, según se ha publicado, dicha Comisión «no estimó oportuno establecerla».

El texto del párrafo primero del artículo y número indicados era, en ambos Proyectos, idéntico al que figura en la CDCB a diferencia de la redacción del mismo artículo en la Compilación de 1960, en el que solamente se decía que «En régimen de separación de bienes cada cónyuge retendrá el dominio y administración de los que le pertenezcan haciendo suyos los frutos, si bien con la obligación de contribuir proporcionalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio».

Al primer proyecto de Ley se presentaron 13 enmiendas por el Grupo Parlamentario (GP) Socialista, 14 por el GP Mixto y 63 por el GP Esquerra Nacionalista Partit Socialista de Mallorca (PSM) y al segundo 62 por el GP PSM - Entesa de l'Esquerra de Menorca, 16 por el GP Socialista, 4 por el GP Unió Mallorquina (UM) y 26 por el GP Centro Democrático y Social (CDS), sin que ninguna de ellas versara sobre la referida «compensación».

Es forzoso concluir que el Parlamento de las Islas Baleares no quiso introducirla en 1990.

Sin embargo este mismo Parlamento aprobó la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables (LPE) definidas, en su artículo 1, como «las uniones de dos personas que convivan de forma libre, pública y notoria, en una relación

de afectividad análoga a la conyugal» y que se inscriban voluntariamente, aunque con inscripción constitutiva, en el Registro de Parejas Estables de les Illes Balears.

La LPE innovó el Ordenamiento Jurídico civil Balear al introducir la «compensación económica» en su artículo 9, dedicado a los «Efectos de la extinción en vida» de la pareja estable, y en el que, en lo que ahora interesa, se lee que «El conviviente perjudicado puede reclamar una compensación económica cuando la convivencia haya supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos miembros de la pareja que implique un enriquecimiento injusto» y siempre que se haya dado uno de los casos legalmente previstos.

Este es uno de los «derechos mínimos» establecidos en la ley, que se caracterizan por ser «irrenunciables hasta el momento de ser exigibles» (artículo 4.1), y se prevé que su pago «se deberá hacer efectivo en un plazo máximo de tres años, con el interés legal que se haya reconocido. Se ha de pagar en metálico, excepto acuerdo entre las partes o decisión judicial por causa justificada que establezca el pago en bienes» (artículo 10.4), siendo compatibles la pensión y compensación del artículo 9 «pero la reclamación se tendrá que hacer conjuntamente para que se puedan ponderar adecuadamente» (artículo 10.5).

Admitida, en tales términos, para las parejas estables hay que analizar si esta institución está dotada de tal fuerza expansiva que pueda alcanzar al matrimonio, aun en defecto de modificación del artículo 4 de la CDCB.

La extinción en vida de la pareja estable equivale, en cuanto situación fáctica, al cese de la convivencia matrimonial por separación, divorcio o nulidad y no es necesario hacer esfuerzo argumentativo alguno para concluir que la convivencia, en cualquiera de ambos regímenes, puede, en hipótesis, haber supuesto una idéntica situación de «desigualdad patrimonial» entre los miembros de las parejas o matrimonios que implique para uno un enriquecimiento injusto con el correlativo empobrecimiento injusto del otro.

En el aspecto jurídico el matrimonio es el modelo seguido para diseñar la LPE.

En su Exposición de Motivos se lee que «se ha considerado oportuno hacer una regulación consonante con la Compilación de Derecho ci-

vil de les Illes Balears» y su articulado no sólo caracteriza a las «parejas estables» por «una relación de afectividad análoga a la conyugal», como hemos visto, sino que guarda estrecha relación con el esquema y contenido de la Compilación y, además, dedica las dos Disposiciones adicionales y la Disposición final segunda a mantener la equiparación de la pareja estable al matrimonio en el ámbito normativo propio de esta Comunidad de manera que, respectivamente, «Los miembros de una pareja estable que estén sometidos al régimen estatutario de los funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears o al régimen del personal laboral al servicio de ésta, se entenderán equiparados, en cuanto a derechos y obligaciones, a los cónyuges, en el marco de la esfera competencial autonómica»; «Los derechos y las obligaciones establecidos para los cónyuges en el marco competencial normativo de las Illes Balears se entenderá de igual aplicación para los miembros de una pareja estable» y «La Comunidad Autónoma de las Illes Balears, en el marco de sus competencias normativas, regulará por ley el tratamiento fiscal específico para los miembros de las parejas estables previstas en esta norma y equipará su régimen en la medida que sea posible, al de los cónyuges».

Esta línea se ha confirmado en la Ley 3/2009 de 27 de abril, del Parlamento de las Islas Baleares, que ha aprovechado una Disposición adicional para añadir un punto quinto al artículo 5 de la LPE en el que se lee que «En todas las relaciones patrimoniales, si consta convivencia, será de aplicación supletoria el artículo 4 de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears».

El que el régimen matrimonial en la CDCB sea, en defecto de pacto, el de separación de bienes es algo neutral para lo que estamos analizando si se tiene en cuenta que también la LPE, en idéntico supuesto, prevé un régimen económico de la pareja en el que «cada uno de los convivientes contribuirá al sustento de las cargas familiares en proporción a sus recursos económicos, entendiéndose como contribución el trabajo para la familia» (artículo 5.1) y en el que «cada miembro de la pareja conserva el dominio, el disfrute y la administración de sus bienes, así como los que adquiera durante la convivencia»

(artículo 5.4), preceptos que recuerdan el contenido de los artículos 3. 2 y 3 y 4.1 de la CDCB.

No hay diferencias, tampoco, en el régimen sucesorio pues en el artículo 13 de la LPE se lee que «Tanto en los supuestos de sucesión testada, como en los de intestada, el conviviente que sobreviviera al miembro de la pareja premuerto tiene los mismos derechos que la Compilación de Derecho Civil balear prevé al cónyuge viudo».

Por todo lo dicho hay que concluir que entre ambos supuestos se da la «identidad de razón» prevista en el artículo 4 del CC para la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico pero regulen otro semejante, de modo que ha de integrarse el artículo 4.1 de la CDCB, como posibilita su artículo 1, con el contenido del artículo 9.2 de la LPE.

Si así no se hiciera el trato diferente de esta situación semejante y en la que existe identidad de razón por un mismo Ordenamiento Jurídico conduciría al absurdo, vulneraría la técnica integradora de la analogía legis e implicaría, necesariamente, una discriminación proscrita por el artículo 14 de la Constitución Española.

Si se estudia, por ejemplo, la Legislación Catalana se verá que, a diferencia de la nuestra, ha reconocido expresamente la «identidad de razón» entre estas situaciones semejantes y ha procedido con coherencia legislativa ya que tras haber introducido la «compensación económica» solo para los matrimonios por la Ley 8/1993, del Parlamento de Cataluña, que modificó el artículo 23 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, le dio, más tarde, nueva y detallada redacción en los artículos 41 y 42 del Codi de Família, aprobado por Ley 9/1998, de 15 de julio, y el mismo día, por la Ley 10/1998 de Unions Estables de Parella, la extendió, con regulación idéntica, tanto a la unión estable heterosexual (artículos 13, 14.3 y 16.2) como a la homosexual (artículos 31, 32.3 y 32.2).

Quinto.—El artículo 9 de la LPE para que surja el derecho a la «compensación económica», aplicable por analogía a los cónyuges, exige que al fin de la convivencia concorra, por no haber sido corregido de otro modo, el elemento objetivo de la «desigualdad patrimonial» entre los miembros de la pareja.

Esta desigualdad ha de ser imputable a las circunstancias del desarrollo de la convivencia y ha de ser determinante de un enriquecimiento injusto.

La Ley ha optado por la técnica del enriquecimiento injusto que, aun criticada por alguna doctrina, es la más utilizada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de compensación económica no pactada en la ruptura de las parejas de hecho (SSTS de 12 de diciembre de 2005, 27 de marzo de 2001, 11 de diciembre de 1992, 31 de marzo de 1992) y que, según jurisprudencia constante, requiere: a) Aumento del patrimonio del enriquecido; b) Correlativo empobrecimiento del actor; c) Falta de causa que justifique el enriquecimiento; y d) Inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio.

Otras leyes territoriales habían acudido a este expediente leyéndose en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2001, que «la Ley Catalana 10/1998, de 15 de julio, reconoce el derecho a una compensación económica cuando cese la convivencia, en favor de aquel conviviente que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común, o para el otro conviviente, en caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto, (artículo 13); en términos semejantes, se expresa la ley aragonesa (Ley 6/1999, de 26 de marzo de parejas estables no casadas) al señalar, como efecto patrimonial, para determinados casos, en supuestos de extinción de la pareja estable no casada por causa distinta a la muerte o declaración de fallecimiento, el derecho a exigir una compensación económica por el conviviente perjudicado si la convivencia ha supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos convivientes que implique un enriquecimiento injusto (artículo 7); y, asimismo, la Ley Navarra (Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, reguladora de parejas estables), establece que, en defecto de pacto, cuando la convivencia cesa en la vida de los dos convivientes, aquel que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado en el hogar común o para el otro conviviente, tiene derecho a recibir una compensación económica en caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de ambos que implique un enri-

quecimiento injusto (artículo 5.5). A la luz, por tanto, de la doctrina citada, que ha tenido amplio reflejo en disposiciones legales de ámbito autonómico, según se ha explicado y, no obstante, el debate abierto en la doctrina científica, acerca de tal fundamento jurídico, en situaciones de laguna legislativa, como la presente, no cabe contribuir a hacer más vulnerable el “principio de seguridad jurídica” que garantiza el artículo 9-3 de la Constitución Española».

Con posterioridad han seguido la misma senda la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura, en cuyo artículo 7 se lee «En el supuesto de que se produzca la extinción en vida de la pareja de hecho, si la convivencia ha supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos convivientes que implique un enriquecimiento injusto, podrá exigirse una compensación económica por el conviviente perjudicado que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente»; la Ley 2/2003, de 7 de mayo, del País Vasco reguladora de las parejas de hecho que en su artículo 6.2.b) prevé «Una compensación económica a favor del miembro de la pareja que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro miembro, en el caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de ambos que implique un enriquecimiento injusto» y la Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria en cuyo artículo 9 se dice «En el caso de que se produzca la disolución en vida de la pareja de hecho, si la convivencia ha supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambas partes integrantes que implique un enriquecimiento injusto, podrá exigirse una compensación económica por la parte conviviente perjudicada que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para la otra parte integrante».

La Jurisprudencia ha precisado que «el enriquecimiento, como advierte la mejor doctrina, se produce no sólo cuando hay un aumento del patrimonio o la recepción de un desplazamiento patrimonial, sino también cuando se da una no disminución del patrimonio (*damnum cessans*) y que el empobrecimiento «no tiene por qué con-

sistir siempre en el desprendimiento de valores patrimoniales, pues lo puede constituir la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro» y así puede constituirlo el «abandono de algún trabajo o empleo» o las «dificultades para encontrar nuevo empleo» o «la pérdida de ingresos» o la «pérdida de oportunidad» (STS de 8 de mayo de 2008) o una dedicación tal que impida «obtener beneficios privativos mediante el desarrollo de otra actividad en provecho propio» (STS de 17 de junio de 1997), negándolo, en cambio, en casos en que el conviviente «no ha perdido un puesto de trabajo, ni ha visto disminuidas sus retribuciones» (STS de 12 de septiembre de 2005).

Los supuestos contemplados en el artículo 9.2, letras a) y b) de la LPE actúan como causa del enriquecimiento injusto pues, como se lee en la STS de 17 de junio de 1997, «La causa (en el sentido de “razón” o “base” suficiente) no es, desde el punto de vista jurídico, otra cosa —como sostiene un importante sector doctrinal— que un concepto-válvula para poder introducir elementos de carácter valorativo, y decidir de tal manera acerca de la justificación, o falta de la misma, en un supuesto determinado».

Las causas típicas de éste son las siguientes:

1.º que el conviviente haya contribuido «económicamente» a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro miembro de la pareja.

2.º que la contribución a lo anterior haya sido «con su trabajo», que podrá ser de cualquier clase mientras sea distinto al «trabajo para la familia» al que se refiere la siguiente.

3.º que el conviviente se haya dedicado con exclusividad o de forma principal a la realización de trabajo para la familia, siendo absolutamente esencial que tal dedicación revista estas específicas características ya que no puede computarse a tales efectos el simple «trabajo para la familia» al que se refiere el artículo 4.1 de la CDCB que, en defecto de pacto, es contribución obligatoria al levantamiento de las cargas del matrimonio.

Tan cualificada dedicación, no el mero hecho de trabajar para la familia, ha de ser la causante de la desigualdad patrimonial, no corregida de alguna otra manera, al cese de la convivencia por haber permitido a uno de los convivientes dedicarse

prioritariamente a su trabajo fuera de la familia y, así, aumentar su patrimonio mientras que la dedicación a esta ha hecho que el otro no haya podido incrementar el suyo con el consiguiente, desde este ángulo de visión, empobrecimiento injusto o pérdida de las normales posibilidades de aumento, que ha de apreciarse en cada caso y quedar totalmente acreditado y que generalmente vendrá determinado por el no haber podido ejercitar una capacidad de ganancia en provecho propio.

Lo que sea «trabajo para la familia» se comprende bien por la misma expresión que es similar a la de «trabajo en el hogar familiar», que usa la citada Resolución del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, a la de «trabajo para la casa», del CC, o a la de «trabajo para el hogar común», que utilizan varias de las Leyes Autonómicas analizadas y que lo amplían al trabajo realizado para el otro conviviente siempre que lo sea «sin retribución o con retribución insuficiente».

La Jurisprudencia habla de «dedicación al trabajo y atención al hogar» (STS de 8 de mayo de 2008) o de «trabajo doméstico y dedicación a la familia» o del «trabajo y atención en el hogar» (STS de 12 de septiembre de 2005) o de la «atención doméstica del demandado» (STS de 11 de diciembre de 1992) o del supuesto en que un conviviente «se dedicó en exclusiva a la atención del otro conviviente y del hogar familiar prestándole total ayuda moral y material» (STS de 17 de junio de 1997).

Un autor en artículo reciente, tras el estudio de sentencias de las Audiencias Provinciales, detalla el ámbito objetivo del «trabajo para la casa» y concluye, con razón, que también lo será la «realización de tareas fuera del hogar que, por guardar directa relación con el buen orden y gobierno de la casa, han de considerarse domésticas», la «asunción de funciones de ordenación, dirección y organización de la economía doméstica y de la vida familiar» y la «realización de las tareas diarias de cuidado, crianza y educación de los hijos comunes o de uno solo de los cónyuges o de cuidado de parientes de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar conyugal», sin que excluyan, por sí mismos, el derecho a la compensación ni «el trabajo del cónyuge acreedor por cuenta propia o ajena, fuera de la casa», ni «el disponer de empleados domésticos en el domicilio conyugal».

De la interpretación efectuada se deduce que, de concurrir cualquiera de las causas típicas, sólo se otorga compensación en el supuesto de empobrecimiento injusto del cónyuge que la reclama, lo cual evita la introducción, por vía indirecta, en nuestro Ordenamiento del régimen de participación, en el que «cada uno de los cónyuges adquiere el derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente» (artículo 1.411 CC), pues para obtener este resultado se ha de haber pactado expresamente (artículos 3, 64 y 67 CDCB).

En el caso, según se deduce de las sentencias de apelación y de instancia, la convivencia ha producido una situación de desigualdad patrimonial pues el marido incrementó su patrimonio y no lo hizo su mujer debido a que durante su matrimonio se dedicó de forma no exclusiva pero sí principal a la realización de trabajo para la familia ya que, como se dice en la sentencia de primera instancia, «la dedicación de la esposa a las tareas

del hogar ha contribuido decisivamente a que el esposo utilizara su tiempo en aumentar su caudal privativo mediante su trabajo e inversiones» y ello aunque, como también se lee, «la dedicación de la demanda no ha sido exhaustiva, pues la familia formada por los litigantes ha dispuesto de servicio doméstico y la accionada ha dedicado una pequeña parte de su tiempo a sus propias ocupaciones laborales», a lo que se añade que la cantidad en que se cifra la compensación concedida «sin duda la esposa la habría obtenido con el fruto de su trabajo durante los once años de unión conyugal, si hubiese dedicado la mayor parte de su tiempo al ejercicio de su profesión en lugar de al cuidado de la prole», señalándose, en la de apelación, que «La dedicación de la demandada a la familia o a la casa, en forma de contribución a sus cargas, debe matizarse en el sentido de que siempre contó, cual se avanzaba, con servicio doméstico» pese a lo que destaca que «ello no significa que tal colaboración resulte insignificante e intrascendente a efectos jurídicos».

Habiéndose acreditado que el esposo trabajaba en el negocio de expedición de tabaco propiedad de la esposa (fue donado por su padre) sin cobrar sueldo alguno, dado que los salarios declarados responden a meras conveniencias fiscales, se fija una indemnización del artículo 41 del CF de 100.000 euros, visto el incremento que experimentó el negocio así como las obras de mejora que se realizaron, a costa de los beneficios del citado negocio, en un inmueble privativo de la esposa.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 11 de marzo de 2010

Ponente: Excm.a Sra. D.^a María Eugenia Alegret Burgués

En el caso que nos ocupa, debe partirse de los antecedentes fácticos declarados probados en la sentencia de segunda instancia ya que no han sido combatidos en legal forma por la recurrente que únicamente presentó recurso de casación.

No puede valer como recurso extraordinario por infracción procesal la simple cita entre paréntesis de artículos de la LEC relacionados con la actividad probatoria dentro de un motivo de casación, amén de no poder ser objeto de un recurso extraordinario la errónea valoración de la prueba, salvo apreciación irracional, arbitraria o ilógica por parte del órgano de instancia.

Sin duda el motivo está defectuosamente formulado, tanto en lo que se refiere a la cita de

preceptos heterogéneos —sustantivos y procesales—, vedada en casación, como porque este recurso no permite la revisión de la valoración de la prueba hecha por el tribunal de instancia, que es lo que realmente pretende la parte recurrente, incurriendo en el vicio casacional de «hacer supuesto de la cuestión» (STS de 29 de julio de 2008, 4 de diciembre de 2008, 30 de junio de 2009, 21 y 26 de octubre de 2009).

Los hoy litigantes contrajeron matrimonio en el año 1992 trabajando el Sr. Felicísimo en el negocio de expedición de tabaco (estanco) propiedad del padre de la demandante, el cual le fue cedido a la misma junto con el local en el que se ubicaba en el año 1997. El Sr. Felicísimo, con-

tinuó trabajando en el negocio después de contraer matrimonio. En el momento de la cesión la cuenta de explotación se encontraba a cero y en el momento de la ruptura de la convivencia en el año 2006 el saldo de la cuenta era de 574.425 euros más 24.960 euros en caja.

El padre de la Sra. Miriam también donó a la hija el domicilio familiar en el año 1996 realizándose obras de importancia en el mismo con los beneficios que generaba el negocio. Durante el matrimonio el Sr. Felicísimo no cobró sueldo alguno pues los salarios declarados en el año 2005 y 2006 responden a meras conveniencias fiscales. El marido, cuando menos hasta uno o dos años antes del cese de la convivencia, trabajaba a tiempo completo en el negocio, como contable, atendiendo la tienda, etc.

Sobre de base de los hechos que se han constatado incurre la recurrente en el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión cuando afirma en el primer motivo del recurso de casación que el demandado percibió suficiente retribución cuando trabajaba en el negocio ya que la sentencia de segunda instancia afirma lo contrario y como hemos declarado en la sentencia de TSJ de 21 de marzo de 2005, en relación con el concepto de retribución que: «Retribuir», segons el Diccionari de la Llengua de l'I.E.C. significa «pagar un servei o un treball, que res no té a veure amb el pagament de les despeses ordinàries d'una família, que precisament abasten tots els restants conceptes menys el de retribuir el treball d'un cònjuge, el qual mai constitueix, per definició, una despesa ordinària de la família».

Tampoco las alegaciones relativas a la inexistencia de desigualdad económica o desequilibrio patrimonial entre ambos cónyuges pueden ser compartidas pues la sentencia estima probado un incremento patrimonial derivado del negocio propiedad de la esposa demandada en el que también trabajaba el demandado y que se habría producido desde el momento de la donación hasta el cese de la convivencia. Tal aumento lo deduce la sentencia del resultado de la cuenta de explotación aún considerando que la misma incluye también obligaciones propias del negocio y es en base al mismo que se atribuye la indemnización del artículo 41 del Código de Familia.

Conforme a nuestra doctrina, expuesta entre otras, en la STSJC de 29 de mayo de 2007: «Por lo que se refiere en concreto a las plusvalías de los bienes privativos y a su consideración a efectos de fijar la compensación económica que, en su caso, proceda otorgar a favor de alguno de los cónyuges por razón de un eventual enriquecimiento injusto fundado en alguna de las circunstancias contempladas en el artículo 41 CF, también dijimos en nuestra sentencia núm. 21/2005, de 9 de mayo (FJ 3.10), bien es cierto que con directa relación a la compensación prevista en el artículo 13 de la Llei 10/1998, de uniones estables de pareja, la cual —según entonces se dejó escrito— «presenta apreciables similitudes con la regulada en el artículo 41 CF», que «los bienes que los convivientes hubieren adquirido privativamente antes de su unión y aquellos otros que adquirieren constante la unión en sustitución o merced a la inversión de aquéllos, así como las plusvalías que acrecieran a tales bienes por el simple transcurso del tiempo, las oscilaciones del mercado o cualesquiera otras circunstancias ajenas a su administración, conservación, reparación, renovación, reforma o ampliación, no pueden ser tomados en consideración para establecer la situación de desigualdad patrimonial de que se trata en el artículo 13 de la Llei 10/98, ya que en tales casos no será posible descubrir ningún enriquecimiento injusto», admitiendo que, sin embargo, pudieran computarse a los fines de dicho precepto «junto a los bienes adquiridos mediante la inversión de rentas generadas durante la unión de pareja estable, especialmente las procedentes del trabajo o de la actividad mercantil o industrial,... el aumento y la conservación del valor experimentados por los bienes privativos de los convivientes en razón a las inversiones realizadas con las antedichas rentas o merced a la actuación directa de los propios convivientes».

Esta última doctrina fue poco después recordada, ya directamente en relación con el artículo 41 CF, por la ya aludida sentencia núm. 31/2005, dictada para resolver un supuesto en el que se discutía la computación de «les millores obtingudes en els béns privatius que ja ho eren d'un dels litigants en el moment de contraure el matrimoni amb l'altre».

Por todo ello el motivo no se estima.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

La decisión de aplicar el Derecho Español es correcta máxime cuando no se invoca por la parte apelante que las normas patrias que regulan el divorcio sean contrarias al orden público peruano. La parte apelante critica la pasividad de la parte actora en relación con la prueba del Derecho Peruano, pero también podría haber sido probado por esta parte que en primera instancia pedía igual que la actora que se acordara el divorcio.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 20 de mayo de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Ángel Chamorro Valdés**

La dirección letrada de don Eusebio se alzó contra la sentencia de instancia reclamando la revocación declarando la nulidad de la misma y la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la celebración de juicio para que puedan ser subsanados los defectos advertidos en este recurso, ordenando lo conducente. Mientras que la dirección letrada de doña Consuelo mostró oposición al recurso de apelación presentado de contrario.

Ambos litigantes don Eusebio y doña Consuelo son de nacionalidad peruana por lo que en principio y de conformidad con el artículo 107.2 del Código Civil que establece que la separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda la ley aplicable al divorcio sería la peruana, pero la misma no ha sido acreditada tal como exige el artículo 281 de la LEC que establece que el derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el Tribunal

de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación, por lo que de conformidad con el principio de acceso a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la CE la decisión de aplicar el Derecho Español es correcto máxime cuando no se invoca por la parte apelante que las normas patrias que regulan el divorcio sean contrarias al orden público peruano. La parte apelante critica la pasividad de la parte actora en relación con la prueba del Derecho Peruano, pero también podría haber sido probado por esta parte que en primera instancia pedía igual que la actora que se acordara el divorcio.

La subsanación por parte de este Tribunal tampoco procede dado que no se ha producido una mínima actividad probatoria de las partes para acreditar el Derecho Peruano y la actuación de oficio por el Tribunal con ese objeto es una posibilidad, pero no una exigencia impuesta por la ley, tal como se desprende del artículo 281.2 de la LEC.

No se han cumplido las exigencias probatorias necesarias para la aplicación del Derecho Argentino del que sólo obra en autos unas copias extraídas de Internet de la Ley Argentina núm. 23515 de Divorcio Vincular y, aun en el caso de entender aplicable esa legislación argentina, cosa que no se hace, dicha legislación nos remitiría al Derecho español, pues señala

el artículo 164 que: la disolución del matrimonio se rige por la ley del último domicilio de los cónyuges, esto es, la Ley española, por ser España el lugar del último domicilio.

AP Baleares, Sec. 4.^a, Sentencia de 7 de mayo de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a María del Pilar Fernández Alonso**

Con carácter previo a los motivos del recurso hemos de señalar que el artículo 22.3.º de la LOPJ atribuye competencia a los Tribunales españoles en materia de nulidad matrimonial, separación y divorcio cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España, cual es el caso. El artículo 107.2 del Código Civil establece que la separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges, en el momento de la presentación de la demanda, que en este caso sería la legislación argentina por ser la común a los litigantes, al que además remite el artículo 9.2 del mismo código.

Ahora bien, el artículo 281.2 de la LEC dispone que deben ser objeto de prueba el Derecho extranjero en lo que respecta a su contenido y vigencia, pues no le alcanza el principio general *iura novit curia*. Como señala el TS —Sent. 4 de julio de 2006—, el artículo 12.6 CC, disposición semejante al artículo 218.2 LEC en vigor, ha llevado a este Tribunal y a la doctrina que lo ha comentado a la tradicional consideración según la cual el Derecho extranjero es tratado como un hecho y por ello debe ser objeto de alegación y prueba, siendo necesario acreditar no sólo la

exacta entidad del Derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación, pues lo que se pretende conseguir es que el Tribunal español falle de manera más semejante posible a como lo haría un Tribunal del país cuyo derecho se aplica, y en caso de que las exigencias probatorias no se produzcan deberá aplicarse el Derecho Español (TC 10/2000, 155/2001, 33/02 y TS 23 de octubre de 1992, 31 de diciembre de 1994 y 9 de febrero de 1999).

En el caso que nos ocupa, no se han cumplido las exigencias probatorias necesarias para la aplicación del Derecho Argentino del que sólo obra en autos unas copias extraídas de Internet de la Ley Argentina núm. 23515 de Divorcio Vincular y, aun caso de entender aplicable esa legislación argentina, cosa que no se hace, dicha legislación nos remitiría al Derecho español en el artículo 164 del Código Civil. Este artículo, utilizado por la Juez *a quo* para decretar el divorcio con arreglo a la ley española, dispone que: la disolución del matrimonio se rige por la ley del último domicilio de los cónyuges, esto es, la Ley española, por ser España el lugar del último domicilio.

PATRIA POTESTAD

Una mera alegación de ruptura del matrimonio por existencia de malos tratos continuados en el ámbito familiar no es base suficiente para decretar la privación de la patria potestad.

AP Madrid, Sec. 24.^a, Sentencia de 20 de mayo de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a María del Rosario Hernández Hernández**

Ambos litigantes en proceso de divorcio, interponen recurso de apelación frente a la sentencia de 23 de abril de 2009, en cuya virtud se cuantifica la pensión de alimentos a favor de los dos hijos comunes menores de edad, en 500 euros a cargo

del padre, a razón de 250 euros por niño; se fija un régimen de visitas paterno filiales que contempla un día intersemanal, en coyuntura de des- acuerdo el miércoles, desde la salida del colegio hasta las 19:00 horas, domingos alternos desde

las 11:00 a las 18:00 horas, a mantener en vacaciones escolares de Semana Santa, días del padre y de la madre, un mes en vacaciones de Verano, susceptible de dividir en quincenas, y mitad de vacaciones de Navidad; denegando finalmente la pretensión deducida por la progenitora femenina de privación al padre de la patria potestad.

La representación procesal de D.^a Beatriz, reitera ante la Sala la postulada privación de la patria potestad al padre, e insiste en que se cuantifiquen las pensiones de alimentos a favor de los menores, en 400 euros para cada uno de ellos, que totalizan 800 euros a cargo del progenitor no custodio.

La representación procesal de D. Apolonio solicita la ampliación del sistema de contactos, para la terminación de la visita intersemanal a las 21:00 horas, sustitución de los domingos alternos por los sábados, con terminación de la visita a las 21:00 horas, y mitad de Semana Santa, o, en su defecto, permanencia en ésta con los menores por cada progenitor de forma alternativa y consecutiva.

El ejercicio de la patria potestad integra la materia del primero de los motivos de recurso de la parte actora en autos 162/08, de que conoce el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Majadahonda, y del que dimana el presente rollo de apelación.

Ha de puntualizarse con carácter previo a este respecto, que el Tribunal Supremo con reiteración, mantiene una interpretación restrictiva del artículo 170 del Código Civil, en relación con el artículo 154 del mismo texto legal, en el mismo sentido en el que se pronuncia la Juez *a quo* al desestimar la pretensión de la parte a quien nos venimos refiriendo, así, en sentencia de fecha 10 de noviembre de 2005 se expresa por dicho Alto Tribunal:

«Centrada la cuestión litigiosa en acreditar si en la realidad se había o no producido el grave incumplimiento de los deberes propios de la patria potestad, que en la demanda se centraban en la falta de prestación de alimentos y en la total falta de visitas del padre respecto de sus hijas, la sentencia de la Audiencia establece en sus dos primeros fundamentos de derecho que el padre demandado se mantuvo en una situación de precariedad económica, indicando incluso que no

se acreditó en autos si, pese a ella, habrían entregado algunas cantidades para alimentos; que el padre demandado había intentado infructuosamente visitar a sus hijas menores y, finalmente, que en ningún momento se hubo comportado agresivo o violentamente para con las menores. Esta falta de respeto a los hechos probados, no susceptibles de modificación por no haber sido objeto de especial impugnación en sede casacional, determinaría la falta de fundamento del motivo y, consiguientemente su desestimación.

Por otra parte, sigue interesando el Ministerio Fiscal, la valoración de los hechos así establecidos como un supuesto no comprendido en el artículo 170 del Código Civil, resulta adecuada al sentido y finalidad del precepto según la interpretación dada por la doctrina jurisprudencial. En efecto, sea desde la perspectiva de la interpretación restrictiva del precepto (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio y 18 de octubre de 1996, entre otras), sea desde la exigencia de una interpretación que atienda prioritariamente al interés del menor (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1992 y 31 de diciembre de 1996, entre otras), postulados ambos no incompatibles, la privación total o parcial de la patria potestad requiere la realidad de un efectivo incumplimiento de los deberes de cuidado y asistencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2000) imputable de alguna forma relevante al titular o titulares de la patria potestad, juicio de imputación basado en datos contrastados y suficientemente significativos de los que pueda inducirse la realidad de aquel incumplimiento con daño o peligro grave y actual para los menores derivados del mismo. En este caso, las circunstancias de personas y tiempo que describe la sentencia recurrida no pueden ser consideradas como expresión de un incumplimiento que deba ser valorado como causa de privación de la patria potestad y, por tanto, el fallo judicial al desestimar la pretensión de privación de la misma ha aplicado correctamente la norma que se dice infringida.

Es decir, que tanto el fallo de la sentencia recurrida como el dictamen del Ministerio Fiscal, constituyen una interpretación razonable de la norma aplicable, determinante de la desestimación del recurso. Y así resulta de la consolidada

doctrina jurisprudencial que ha de tenerse en cuenta. En efecto, el legislador, ejerciendo su libertad de configuración normativa, puede elegir libremente proteger o no penalmente a los hijos de las crisis familiares frente al incumplimiento de sus progenitores de las obligaciones asistenciales que les incumben y judicialmente declaradas, pero una vez hecha esta elección no puede dejar al margen de la protección a los hijos no matrimoniales sin incidir en una discriminación por razón de nacimiento que proscribe el artículo 14 de la Constitución (Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de abril de 1997).

Es conveniente subrayar la interpretación jurisprudencial que en concreto ha tenido en cuenta el Ministerio Fiscal. Así en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1996 se declara que la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requiere por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 del Código Civil, pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, en definitiva, lo cual, supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada.

E igualmente en la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1996 se declara que el artículo 170 del Código Civil, en cuanto contenedor de una norma sancionadora, debe ser objeto de interpretación restrictiva, la aplicabilidad del mismo exige que, en el caso concreto de que se trate, aparezca plenamente probado que el progenitor, al que se pretende privar de la patria potestad, haya dejado de cumplir los deberes inherentes a la misma».

Con reiteración se ha venido expresando en esta Sala que la patria potestad viene configurada en su regulación legal e interpretación jurisprudencial, como una función tutelar cuya primordial finalidad es el beneficio de los hijos, de tal forma que dicha institución abarca un conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre la persona y bienes del descendiente, en tanto es menor y no emancipado, para facilitar el

cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesan sobre los progenitores. Cualquier limitación a su ejercicio está inspirada en el principio de beneficio de los hijos como último fin de dicha institución, existiendo mayoritariamente un criterio restrictivo en su aplicación dada la gran trascendencia de dicha medida. Es una función al servicio del hijo, dirigida a prestarle la asistencia de todo orden —artículo 39.3 de la Constitución Española—, por lo que todas las medidas judiciales relativas a ella han de adoptarse considerando primordialmente el interés superior del hijo, como indica la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 Nov. 1989, artículos 3.1, 9 y 18.1, en cuyo beneficio está concebida y orientada esta institución. Por ello, la privación de la patria potestad —artículo 170 del Código Civil—, que por su gravedad ha de reputarse excepcional y aplicarse únicamente en casos extremos, no puede ser considerada sin más una especie de sanción abstracta a la conducta indigna de sus titulares, pues sobre tal consideración prima el interés del menor y, por ello mismo, la conveniencia y oportunidad de tan rigurosa medida para su adecuada protección. Así pues, para establecerla no basta la sola constatación de un incumplimiento, aun grave, de los deberes paterno-filiales, sino que es necesario que su adopción venga aconsejada por las circunstancias concurrentes y resulte conveniente en un determinado momento para los intereses del menor. En suma, se exige:

- a) la existencia y subsistencia, plenamente probada, de una causa grave, de entidad suficiente para acordarla, y
- b) la razonable necesidad, oportunidad y conveniencia de su actual adopción para la adecuada salvaguarda de la persona e intereses del menor.

Así las cosas, es el principio jurídico, de universal observancia, el denominado del *favor filii*, proyectado en orden a resolver siempre la contienda en beneficio del menor, y es el que determina que, aunque eventualmente pueda conllevar el sacrificio de posibles derechos e intereses de terceras personas que en otras circunstancias serían dignos de tutela, en el caso de que entren en colisión con aquel primordial principio, debe ser éste el que reciba respaldo de los Tribunales.

A la luz de esta doctrina y examinadas detalladamente las actuaciones, el concreto motivo de recurso de D.^a Beatriz, no puede obtener favorable acogida, en tanto en cuanto no queda acreditado en autos peligro alguno para Javier y Pablo que derive del mantenimiento a favor del padre de la patria potestad sobre estos hijos, privación que no puede hacerse descansar en la base de una mera alegación de ruptura del matrimonio por conducta de malos tratos continuados en el ámbito de la familia.

Es cierto que a 24 de abril de 2008, recayó sentencia en Diligencias de Juicio Rápido, del Juzgado de lo Penal número 19 de Madrid, en la que, por verter o proferir el demandado insultos y amenazas contra la ex esposa a presencia de los hijos, resultó condenado en concepto de autor criminalmente responsable del delito tipificado en el artículo 171.4 y 5 del Código Penal.

Pese a ello, no objetivamos la existencia de una situación de riesgo respecto de los hijos comunes de estos litigantes en modo alguno, esto ni siquiera lo afirma la recurrente, y es al respecto significativo que la insistencia en su escrito de recurso en tan drástica medida, no vaya pareja a la solicitud de supresión, o cuando menos suspensión temporal, del sistema de contactos paterno-filiales.

Adviértase que por auto de fecha 19 de octubre de 2007, dictado por el Juzgado de origen en Diligencias Previas, tras la exploración de los menores, y en méritos a su resultado, fue alzada la medida cautelar de alejamiento de D. Apolonio, respecto de sus dos hijos Javier y Pablo, instaurándose sistema de visitas.

En el supuesto que se enjuicia, no media siquiera distanciamiento de este padre para con los menores, consta que atiende sus obligaciones para con ellos, que muestra hacia ambos afecto, formuló denuncia al observar signos de violencia física en Pablo (documento obrante al folio 102 de autos, al que nos remitimos y damos en aras a la brevedad por reproducido), y ha llegado incluso a someterse el mismo a tratamiento psicológico por razón de episodio depresivo reactivo a la imposibilidad de alcanzar un acuerdo con la recurrente en orden al régimen de visitas con los hijos y escasez del tiempo que comparte con ellos (documentos obrantes a los

folios 263 y 421 de las actuaciones, a los que os remitimos y damos en aras a la brevedad por reproducidos), siendo lo único que se advierte la manifestación de los hijos en orden a una conducta inapropiada del padre por ausencia de la adecuada modulación de las reprensiones a los menores, sin contingencia entre conducta y castigo, ni previa advertencia o aviso.

En suma, no concurren las circunstancias determinantes de la privación de la patria potestad, medida gravosa, tan solo a adoptar en situaciones muy puntuales, y desde luego, siempre que ello redunde en interés y beneficio de los niños, beneficio que aquí en modo alguno se acredita.

A mayor abundamiento, el informe pericial social emitido a 17 de noviembre de 2008, por trabajador social, perito integrante del Equipo Técnico adscrito al Juzgado de origen, no recomienda la privación que se nos pide teniendo presente el bienestar de los menores, y es lo único que apunta, a un mayor control de las visitas a través del Punto de Encuentro Familiar y asistencia del padre a Programa de Atención a la Familia, en el seno de los Servicios Sociales correspondientes, para recibir asesoramiento sobre sus habilidades para la educación y trato de los hijos.

Resulta a mayor abundamiento, del contenido de dicho dictamen, que en el curso de las visitas paterno-filiales, no ha surgido problema significativo en cuanto a tiempo y forma del desarrollo de los contactos, sin que en punto alguno del informe repetido se aluda a oportunidad o conveniencia, no decimos ya necesidad, de privar a D. Apolonio, de la patria potestad respecto de sus hijos.

En estas circunstancias, no advertimos qué peligro, perjuicio o perturbación, pueda suponer para Javier y Pablo la privación de su patria potestad al progenitor biológico no custodio, y es lo pretendido un simple castigo sin jurídica retribución para los niños, o una represalia sin suficiente fundamento.

Consecuentemente con todo ello, ha de ser desestimado este motivo de recurso, con lógica confirmación de la sentencia de instancia en este aspecto, al ser correcta, como conforme al ordenamiento jurídico y al *bonum filii*.

Se acuerda la privación de la patria potestad ya que hasta este momento ha sido total la despreocupación, en todos los ámbitos, del padre respecto de la menor, con la que no ha tenido comunicación alguna, ni ha colaborado con la prestación alimenticia, o de cualquier otro orden que en cada momento haya podido necesitar la menor, que cuenta ya con nueve años de edad, quien actualmente carece de la referencia paterna, en todos los ámbitos, con ausencia total de la función, los derechos y los deberes, que correspondía a la figura paterna y que se derivan de la institución hoy analizada.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 7 de mayo de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres**

La parte apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia, y con revocación de la misma, reiterando los argumentos expuestos en su momento en el escrito de demanda, ha solicitado la privación de la patria potestad del padre para con la hija menor.

El Ministerio Fiscal, igualmente, se adhiere a la petición planteada por la parte apelante.

Es ya reiterada y pacífica la doctrina y la jurisprudencia que afirman que la patria potestad, más que un poder de los progenitores, se configura y está orientada como una función establecida en beneficio de los menores, que se reconoce a los padres y que está en función de la protección, educación y formación integral de los mismos, cuyo interés es siempre prevalente en la relación paterno filial, de manera que se concibe como un derecho-deber, o como un derecho-función, que puede, en determinados casos, restringirse o suspenderse, e incluso cabe privarse de la misma por ministerio de la ley, cuando sus titulares, por unas u otras razones, no asumen las funciones inherentes a ella o las ejercen con desacierto y perjuicio para sus hijos, llegando a la solución más radical en el supuesto de incumplimiento de los deberes que configuran tal institución jurídica; todo ello se afirma en consonancia con lo dispuesto en los artículos 154 y siguientes, y 170, todos ellos del Código Civil.

Así las cosas, puede decirse que actualmente cualquier medida restrictiva del ejercicio de la patria potestad se considera más que una sanción al progenitor que incumple como una medida de protección del menor, que debe ser adoptada en beneficio del mismo, en tanto que

la conducta de uno de los progenitores pueda calificarse como gravemente lesiva de los intereses prioritarios del menor, o cuando dicha conducta no se revela precisamente como la más adecuada para la futura formación y educación del hijo (Tribunal Supremo, entre otras, sentencias de 30 de abril de 1991, 12 de febrero de 1992, y 31 de diciembre de 1996).

Téngase en consideración que la patria potestad, como valor trascendente dentro de la institución familiar, debe entenderse no desde una simple perspectiva biológica o natural, sino desde un ejercicio o dinámica que realice, dentro de los límites normales, los valores trascendentes esenciales que deben imperar en el grupo familiar y, por ende, en relación a los deberes de los progenitores para con la prole.

Desde esta perspectiva, y desde el ámbito del derecho positivo, la privación de la potestad parental será procedente en aquellos supuestos en que dicha medida se revele positiva para los descendientes y se base en el incumplimiento de los deberes inherentes a dicha función, obligaciones tales como velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral (artículo 154).

Bajo estas consideraciones, conviene recordar que el matrimonio se contrae en el año 1994, del que nació una hija que actualmente tiene nueve años de edad.

No consta que el padre haya tenido comunicación con dicha hija casi desde su nacimiento, o contando la misma con unos meses de edad; se dictó en su momento en el procedimiento de separación auto de fecha 29 de octubre de 2001, que, otorgando la custodia a la madre, se reco-

noció al padre un régimen de visitas, que no ha cumplido, y la obligación de abonar la pensión de alimentos en el importe de 180 € mensuales, prestación alimenticia que tampoco consta se haya cumplido. Asimismo, se dicta sentencia de separación con fecha de 25 de noviembre de 2003, proceso al que no compareció el hoy apelado, por lo que se acordó que el régimen de visitas debía establecerse en fase de ejecución de sentencia, si bien se estableció la obligación de abonar una prestación alimenticia, que tampoco ha cumplido, no obstante el trámite de ejecución en su día iniciado.

En el presente proceso, en el momento procesal oportuno fue declarado en rebeldía, siendo emplazado aquél por edictos, dado que no es posible su localización, celebrándose la vista, no compareciendo aquél. La propia sentencia apelada refiere que el apelado-demandado se encuentra en paradero desconocido, y nada se sabe so-

bre el mismo, lo que ha motivado no establecer régimen de visitas alguno.

Tales circunstancias objetivas implican poder afirmar que, en realidad, hasta este momento ha sido total la despreocupación, en todos los ámbitos, del padre respecto de la menor, con la que no ha tenido comunicación alguna, ni ha colaborado con la prestación alimenticia, o de cualquier otro orden que en cada momento haya podido necesitar la menor, que cuenta ya con nueve años de edad, quien actualmente carece de la referencia paterna, en todos los ámbitos, con ausencia total de la función, los derechos y los deberes, que correspondía a la figura paterna y que se derivan de la institución hoy analizada.

En estas circunstancias, se dan todos los condicionantes para declarar haber lugar a la privación de la patria potestad del padre, estimando, por tanto, el recurso interpuesto.

Se acuerda privar al padre de la patria potestad ya que cuando el menor contaba con tres o cuatro meses de vida, el padre salió del hogar familiar, habiendo mantenido un comportamiento amenazador y agresivo con su esposa, sin domicilio habitual ni apoyo familiar, convirtiéndose en delincuente habitual (admite en Sala más de 30 detenciones) con problemas de drogadicción, lo que propició varios ingresos en centros penitenciarios, donde se encuentra en la actualidad, pendiente de cumplimiento de penas. Desde que marchara del domicilio familiar, hace ya tres años, no ha visto a su hijo, desentendiéndose de visitarle, alimentarle y educarle.

AP Pontevedra, Sec. 3.^a, Sentencia de 21 de abril de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jaime Esaín Manresa**

Resulta acreditado en juicio —mediante documental y, sobre todo, mediante interrogatorio del propio progenitor valorado conforme al artículo 316 LEC—, que, cuando Constancio contaba con tres o cuatro meses de vida, el padre interpelado salió del hogar familiar, habiendo mantenido comportamiento amenazador y agresivo con su esposa, sin domicilio habitual ni apoyo familiar, convirtiéndose en delincuente habitual (admite en Sala más de 30 detenciones) con problemas de drogadicción, lo que propició varios ingresos en Centro Penitenciario, donde se encuentra en la actualidad, pendiente de cumplimiento de penas. Desde que marchara del domicilio familiar, hace ya tres años, no ha visto a

su hijo, desentendiéndose de visitarle, alimentarle y educarle.

No ofrece duda que dicha conducta constituye incumplimiento grave, efectivo y voluntario de los deberes de asistencia y cuidado exigidos en artículo 154 CC, que, razonablemente, fundamenta la privación de patria potestad resulta en sentencia de acuerdo a lo dispuesto en artículo 170 CC, sin perjuicio de futura recuperación mediante resolución judicial si cesaran las causas explicadas que originaron la suspensión, del modo previsto en inciso último del precepto.

En la línea de lo argumentado tampoco procederá la instauración de régimen de visitas del padre sobre el niño de 3 años de edad. Partiendo

de la indiscutida desvinculación durante años, de la precaria situación penitenciaria, así como de los problemas de drogodependencia y de la desestabilización personal y laboral contratada del peticionario, se considera inviable la solicitud, en atención a informes psicosocial (f.134) y del Ministerio Fiscal, en aplicación de artículos 160 y concordantes CC, y sin perjuicio del futuro replanteamiento judicial de la cuestión por el

progenitor desde la constatación de situación de libertad y desarrollo de vida normalizada, debidamente acreditado.

Base fundamental de lo resuelto es el prevalente y superior interés del menor, proclamado en artículo 3 de la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en artículo 2 de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y en artículos 154 y ss. CC.

GUARDA Y CUSTODIA

Se ha privado por ello al menor, sin motivo grave ni justificado, de una relación con el otro progenitor que resultaba fundamental para su desarrollo y formación equilibrados, lo que determina lo correcto de los pronunciamientos contenidos en el Auto recurrido, tanto en lo que concierne a la modificación del sistema de guarda, como en lo relativo a la suspensión temporal de las comunicaciones con la madre, y ello como medio de propiciar la adaptación del menor al entorno paterno.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Auto de 28 de mayo de 2010

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

La Sra. Mariana interesa de la Sala que, con revocación del Auto dictado por el Órgano *a quo*, se desestime la solicitud presentada de contrario y, en consecuencia, se mantenga al hijo común bajo la custodia de dicha litigante, sin perjuicio de que se le imponga la obligación de someterse a terapia para hacerle ver la necesidad de que el padre mantenga con el menor el régimen de visitas establecido judicialmente.

En apoyo de tal *petitum* revocatorio, la dirección Letrada de la recurrente expone, en el trámite del artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los siguientes alegatos:

- El incumplimiento del régimen de visitas ha obedecido a razones siempre justificadas, tales como enfermedad del niño, enfermedad grave de su abuelo, etc.
- El temor de que el niño pueda ser maltratado por don Lázaro, como ha acaecido siendo aquél un bebé.
- La perfecta integración del hijo en la localidad donde el mismo residía.
- Que doña Mariana entendió que, al estar recurrida en apelación la Sentencia

que fijaba el régimen de visitas, no tenía por qué cumplirse el mismo hasta que dicha resolución fuera firme.

- El cambio operado a consecuencia del Auto objeto del presente recurso no puede sino ser perjudicial para el hijo, pues debe adaptarse a un nuevo ambiente escolar, de amistades, etcétera, no conociéndose en qué condiciones vive el padre.

Planteamiento que encuentra la frontal oposición de la contraparte y del Ministerio Fiscal, en súplica de íntegra confirmación de la resolución apelada.

De conformidad con lo prevenido en el artículo 154 del Código Civil, los hijos no emancipados están bajo la potestad de ambos progenitores. Y se añade que dicha función se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad y comprendiendo, entre otros y en lo que al caso concierne, el deber y la facultad de tener a aquéllos en su compañía.

Dichas responsabilidades no cesan, respecto de ninguno de los titulares de la potestad, por

la sola circunstancia de no convivir juntos, o a raíz de la ruptura posterior de su cohabitación, inclusive en los supuestos en que, por resolución judicial, la custodia del hijo haya sido atribuida a uno de ellos, a salvo de los supuestos en que al otro, en el mismo o distinto procedimiento, se le haya privado de la patria potestad (artículo 170 CC), o, por la concurrencia de graves circunstancias que así lo aconsejen, se haya excluido la relación del niño con el procreador no custodio (artículo 94 CC).

En efecto, la falta de contacto diario del sujeto infantil con el progenitor de cuya compañía ha sido privado sin culpa suya, ha de ser paliada, de conformidad con el principio del *favor filii*, mediante la sanción judicial de un sistema, más o menos amplio, de visitas y estancias con aquél, durante los cuales el padre o madre no custodio han de seguir cumpliendo con el deber de tener consigo al hijo no emancipado.

Así lo proclama, con carácter general, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada en España por instrumento de la Jefatura del Estado de 30 de noviembre de 1990, pues en su artículo 9 dispone que los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

A nivel de nuestra legalidad interna, tal derecho deriva del principio de protección integral de la prole que consagra el artículo 39 de la Constitución y desarrollan, con carácter general, los artículos 2 y 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, conforme a los cuales cualquier medida, judicial o administrativa, que afecte a un menor habrá de tener en cuenta el interés del mismo, que habrá de prevalecer sobre cualquier otro, aun perfectamente legítimo, que pudiera concurrir. De ahí que, como se ha anticipado y en lo que al caso concierne, los artículos 94 y 160 del Código Civil, en los supuestos de crisis convivencial de los progenitores de un menor, estén o no unidos en matrimonio, regulen el derecho que incumbe al hijo y al padre o madre no guardador para relacionarse entre sí.

La trascendencia que nuestro Legislador otorga a dicho derecho determina que, en casos

extremos y ante el incumplimiento reiterado por el progenitor custodio del régimen de visitas regulado judicialmente, pueda llegarse, a través de las correspondientes vías procesales al efecto habilitadas, a modificar el sistema de guarda, según recoge el artículo 776.3.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Entre dichos cauces procesales no puede excluirse el que contempla el artículo 158 del Código Civil, al disponer que, dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, el Juez podrá adoptar las medidas que considere oportunas para evitar perjuicios a un menor, previsión que, por su carácter de generalidad, comprende obviamente situaciones como las que han determinado el planteamiento y resolución de la problemática que, por vía del presente recurso, se somete a nuestra consideración.

En el curso del presente procedimiento ha quedado acreditado que, mediante Sentencia dictada por el Órgano *a quo* en fecha 11 de julio de 2008, se confió la custodia del hijo común de los hoy también litigantes a doña Mariana, si bien sancionando igualmente un régimen progresivo, hasta su completa normalización, de visitas con el padre y estancias en su entorno.

Aunque dicha resolución fue apelada por la Sra. Mariana, y en concreto el pronunciamiento relativo al régimen de visitas, dicha litigante, al estar asistida durante todo el procedimiento de asistencia técnica letrada, no podía ignorar, como de modo inconsistente se hace constar en el planteamiento del presente recurso, la inmediata efectividad obligatoria de todas y cada una de las medidas acordadas judicialmente, de conformidad con lo prevenido en el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y así parece entenderlo cuando, en abierta contradicción con tal alegato, expone igualmente que el incumplimiento del régimen de visitas ha obedecido siempre a causas justificadas, tales como enfermedades del niño o de su abuelo.

Pero tampoco estas últimas situaciones, que podrían haber acaecido aisladamente pero no afectando a todos y cada uno de los reiterados incumplimientos, han sido acreditadas en el curso del procedimiento de que hoy conocemos, quedando además desvirtuadas por las diversas

condenas, hasta el total de seis, que le han sido impuestas a la Sra. Mariana en el ámbito penal a consecuencia del incumplimiento del deber de facilitar la relación del hijo con el padre, en los términos sancionados en la Sentencia antedicha.

Menos consistencia aún, por falta de todo refrendo acreditativo que a dicha parte incumbía aportar, ofrecen los alegatos acerca de posibles malos tratos inferidos, o el temor de que puedan ser causados en el futuro, al niño por parte del padre, o en lo que respecta a la inadecuación de las condiciones que el hoy apelado ofrezca en orden al cuidado del menor, en sus distintos aspectos, no constando, en modo alguno, la incapacidad de dicho litigante para asumir la función debatida.

En definitiva, la resolución que hoy se apela trata de restablecer, en perfecta armonía con las expuestas previsiones legales, procesales y sustantivas, una relación del hijo con el padre que quedó interrumpida, sin justificación posible, por la progenitora custodia, incumpliendo así, de modo reiterado y contumaz, y no obstante los requerimientos judiciales al efecto realizados, los deberes inherentes a la patria potestad que fueron expresamente sancionados, en lo que

conciene a la problemática suscitada, por una resolución judicial que, a mayor abundamiento, fue íntegramente refrendada, en el trámite de apelación, por la sentencia de esta misma Sala de fecha 11 de mayo de 2009.

Se ha privado por ello al menor, sin motivo grave ni justificado, de una relación con el otro progenitor que resultaba fundamental para su desarrollo y formación equilibrados, lo que determina lo correcto de los pronunciamientos contenidos en el Auto recurrido, tanto en lo que conciene a la modificación del sistema de guarda, como en lo relativo a la suspensión temporal de las comunicaciones con la madre, y ello como medio de propiciar la adaptación del menor al entorno paterno, que podría verse obstaculizada a causa de la no descartable continuidad en la actitud manipulativa a que el niño se ha visto sometido en el pasado, proyectándose sobre el mismo, de modo deliberado o, posiblemente, enfermizo, una imagen negativa de la figura paterna.

Por todo lo expuesto, no encontramos, bajo la inspiración del principio del *favor filii*, razones hábiles en derecho que nos lleven a discrepar del criterio decisorio al efecto recogido en la resolución apelada.

Se ha elegido la opción paterna por entender que el padre está en posibilidad de implicarse de un modo completo y adecuado, como lo viene haciendo, en la vida y en el desarrollo integral de los hijos, que implica no solamente el cuidado y las atenciones personales hacia aquellos, sino también el apoyo y la ayuda en las tareas escolares, siendo así que éste cuenta con mayor disponibilidad horaria, por razón de las especiales circunstancias en las que se desarrolla su trabajo, circunstancia esta última que no concurre en la madre, que debe someterse a un horario laboral más rígido, durante las semanas, incluyendo algún fin de semana, en sábado, y una tarde.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 28 de mayo de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. Eladio Galán Cáceres**

La cuestión relativa a la custodia de los menores debe resolverse conforme a lo dispuesto en el artículo 92 del Código Civil, artículos 1 y 2 y 11-2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996, en relación con la Normativa Internacional (Declaración de los Derechos de el Niño, Asamblea General de Las Naciones Unidas de 1959), pues en todos los casos el interés

de los hijos debe ser la consideración primordial en los procedimientos administrativos y judiciales relativos a la custodia de los mismos. Por ello, se debe atender a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su forma-

ción psíquica y física, sopesando las necesidades de atención, de cariño, de sosiego, y buscando el adecuado clima de equilibrio para su desarrollo, optando por las mejores pautas de conducta en lo que se refiere al entorno de los progenitores.

En suma, no es necesario entrar en criterios de descalificación personal de ninguno de ellos cuando, como es el caso, ambos cuentan con aptitud para el ejercicio de la custodia, lo que no impide valorar los condicionantes positivos que concurren en uno de ellos, sobre el otro, para elegir la opción que mejor conviene a los hijos, de conformidad con establecido en el artículo 39 de la Constitución.

Dicho lo que antecede, la Sala no encuentra razones para revocar la sentencia apelada, en el apartado relativo a la custodia sobre los hijos menores, función que se otorga al padre, y ello en base a la correcta valoración y análisis de la prueba practicada, con especial mención a las pruebas periciales psicológicas y sociales, así como a las ratificaciones judiciales de dichos dictámenes.

Cierto es que del conjunto de dicha prueba, y de dichos informes, cabe apreciar la actitud de ambos progenitores para el ejercicio de la custodia, si bien se ha elegido la opción paterna por entender que el padre está en posibilidad de implicarse de un modo completo y adecuado,

como lo viene haciendo, en la vida y en el desarrollo integral de los hijos, que implica no solamente el cuidado y las atenciones personales hacia aquellos, sino también el apoyo y la ayuda en las tareas escolares, siendo así que éste cuenta con mayor disponibilidad horaria, por razón de las especiales circunstancias en las que se desarrolla su trabajo, circunstancia esta última que no concurre en la madre, que debe someterse a un horario laboral más rígido, durante las semanas, incluyendo algún fin de semana, en sábado, y una tarde, por lo que entendiendo que el progenitor masculino está en posibilidad de ejercer adecuadamente las funciones encomendadas, no se ven motivos para propiciar ahora un cambio en la situación personal y familiar de los hijos.

Sin embargo, y en consonancia con todo lo indicado anteriormente, y puesto que existe conformidad al respecto, es lo procedente ampliar el régimen de visitas de los hijos para con la madre, en dos tardes a la semana, a falta de acuerdo, martes y jueves, desde la salida del colegio, o 17.30 horas, en días no lectivos, hasta las 20.30 horas, pues, por lo demás, a este respecto, no puede olvidarse que se ha establecido un amplio régimen de visitas en fines de semana, que incluye la pernocta del domingo, lo que asegura la permanencia del lazo material y familiar y entre los hijos y la madre.

Se mantiene la custodia a favor de la madre ya que es la opción que garantiza una mayor continuidad en la vida de los menores y que fomenta un contacto más fluido con las familias extensas paterna y materna. No se detectan criterios suficientes para justificar que un cambio en la guarda y custodia vigente pudiese suponer a los menores un beneficio tal que compensara el tener que someterles a nuevas adaptaciones familiares.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 21 de mayo de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Carmen Neira Vázquez**

Se cuestiona en esta alzada en primer lugar la guarda y custodia de los hijos comunes de 10 y 4 años de edad como nacidos el 8 de marzo de 2000 y 18 de octubre de 2006.

La primera cuestión así suscitada relativa a la guarda y custodia de los menores habrá de ser resuelta conforme a la normativa del CC y la ley de Protección Jurídica del Menor de 1996, interpretado todo ello conforme a la legislación

supranacional, entre otras, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959, que proclamó que el niño, entre otros derechos, tenía el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad, y la Resolución de 29 de mayo de 1967 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, que subraya que «En todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración

primordial y más concretamente en los procedimientos relativos a la custodia de éstos, en caso de divorcio, anulación o separación».

Con tales presupuestos normativos la resolución judicial ha de atender para la adopción de la medida debatida a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente los elementos individualizados como criterios orientadores, sopesando las necesidades de atención, de cariño de los menores, de alimentación, de educación y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, las pautas de conducta de su entorno y sus progenitores, el buen ambiente social y familiar que pueden ofrecerles, la ayuda laboral, sus afectos y relaciones con ellos en especial si existe un rechazo o una especial identificación, su edad y capacidad de autoabastecerse, etc.

Con tales criterios orientadores la Juzgadora de la primera instancia resolvió fijar la guarda y custodia de los hijos a favor de la madre, estableciendo un régimen de visitas a favor del padre respecto a los citados menores, en fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del centro escolar hasta el domingo a las 20:00 horas y las tardes de un día entre semana que a falta de acuerdo será el martes desde la salida del centro escolar hasta las 19:30 horas así como los puentes y los períodos vacacionales que se indican.

Y lo así resuelto es conforme a derecho y a las circunstancias del caso si tenemos en cuenta el contenido de la prueba practicada en los autos

y en especial las conclusiones de la prueba psicossocial obrante a los autos en las que se aconseja el mantenimiento de la guarda y custodia materna. Esta conclusión dice el informe no está fundada en una detección de una mejor capacidad parental de la madre sino en el conjunto de circunstancias actuales. Se razona que es la opción que garantiza una mayor continuidad en la vida de los menores y que fomenta un contacto más fluido con las familias extensas paterna y materna. No se detectan criterios suficientes para justificar que un cambio en la guarda y custodia vigente pudiese suponer a los menores un beneficio tal que compensara el tener que someterles a nuevas adaptaciones familiares.

Se expresa en el dictamen que los menores se encuentran adaptados a la situación familiar actual, si bien se evidencia en la niña un moderado conflicto de lealtades que dificulta la plena asimilación y/o adaptación a la situación.

Hasta el momento de la separación Belinda identificaba a su madre como principal figura de referencia para cubrir sus necesidades atencionales, afectivas y de ocio.

El propio recurrente no expresa disfunción, peligro o riesgo en la custodia materna que por ello procede mantener debiendo así rechazar el motivo de apelación, confirmando la sentencia recurrida y la medida concerniente a la vivienda a la vista de lo dispuesto en el artículo 96 del CC, en atención a la prueba practicada no habiéndose practicado prueba alguna en los términos del artículo 217 de la LEC, que acredite el abandono de la vivienda familiar por parte de la ahora apelada, tal y como se alega, por lo que también en este punto procede confirmar la sentencia recurrida.

Se deja sin efecto la custodia compartida y se atribuye en exclusiva al padre ya que desde que fue dictada la Sentencia de divorcio el hijo ha venido viviendo con su padre viendo a su madre sólo cuando ella lo llama. Coadyuva a la anterior conclusión que la madre ahora vive con la abuela del menor y que el padre tiene una nueva pareja fruto de la cual ha nacido una hija que asiste al mismo colegio que el menor.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 18 de mayo de 2010

Ponente: **Ilmo. SR. D. Paulino Rico Rajo**

Contra la sentencia dictada en fecha 24 de febrero de 2009, aclarada por Auto de fecha 13

de marzo siguiente, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Mataró en el procedimiento

sobre modificación de medidas registrado con el núm. 791/2008 seguido a instancia de don David contra doña Tomasa, cuyo fallo ha quedado transcrito en el antecedente de hecho primero de esta resolución, interpone recurso de apelación la Sra. Tomasa en solicitud de que se «dicte Sentencia en la que declarando haber lugar al recurso de apelación interpuesto desestime la demanda formulada por David, ratificando todas las medidas acordadas en sentencia de divorcio matrimonial, modificando únicamente en relación al régimen de guarda y custodia compartida que dos sábados al mes lo pueda tener la madre, Sra. Tomasa», al que se oponen tanto el Sr. David como el Ministerio Fiscal.

En la demanda rectora del procedimiento del que la presente alzada trae causa la parte actora, aquí apelada, interesó del Juzgado la modificación de la medida relativa a la guarda y custodia de los hijos Eric, nacido en fecha 18 de julio de 1994, y Paula, nacida en fecha 4 de septiembre de 2002, que en la sentencia de divorcio de fecha 4 de julio de 2006, que aprobó el convenio regulador del mismo suscrito por los ahora litigantes en fecha 2 de mayo de 2006, se acuerda compartida, solicitando le sea atribuida a él, con los efectos subsiguientes de fijar un régimen de visitas materno-filial y una pensión alimenticia a favor de los referenciados hijos y a cargo de la madre, y al haber sido estimada la demanda por la Sentencia ahora recurrida interpone recurso de apelación la parte demandada en solicitud de lo que queda dicho en el precedente Fundamento de Derecho, si bien alega: «1) El recurso de basa en la infracción de normas o garantías procesales cometidas en la tramitación del proceso, y deberá anular la resolución recurrida y reponer las actuaciones al momento en que se cometió la falta. 2) La infracción procesal si se entiende subsanable (práctica de medios probatorios), se solicitará, en primer lugar, su subsanación en la segunda instancia y, en segundo lugar, que se dicte sentencia sobre el fondo con arreglo a la pretensión deducida en la primera instancia. 3) La infracción procesal se cometió en la propia sentencia, se solicita su revocación y que en su lugar se dicte otra acogiendo la petición formulada».

Al basar la apelante su pretensión anulatoria de lo actuado en no haberse practicado en el juzgado *a quo* determinados medios de prueba por ella propuestos, sin embargo, al permitir la ley la práctica de la misma en la segunda instancia, sí se dan los requisitos que para ello prevé el artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como así hizo la parte recurrente que propuso en esta alzada los medios de prueba que constan en su escrito interponiendo el recurso de apelación que fue resuelto por Auto de fecha 20 de enero del corriente año en que se acordó la exploración del menor Eric, sin que se admitiera la demás prueba por lo en dicha resolución razonado, que se dio por reproducido en el auto de fecha 10 de marzo siguiente resolutorio del recurso de reposición interpuesto contra aquél por la Sra. Tomasa que hacía especial énfasis, en el escrito de interposición del recurso de reposición, en la exploración de la menor Paula no obstante su corta edad y atendido a ello lo perjudicial que para la misma ha de suponer su peregrinaje por los juzgados, es claro que no puede considerarse el defecto alegado como de los originadores de nulidad de lo actuado con reposición al momento en que se cometió la infracción denunciada, sino subsanable en la segunda instancia y, consiguientemente, no ha lugar a la nulidad de actuaciones.

Y en orden a la resolución sobre el fondo del asunto ha de tenerse en cuenta que, atendida una realidad social tan cambiante como la propia de las relaciones de familia, el legislador dispone en el artículo 80.1 del Código de Familia que «las medidas previstas en la sentencia pueden ser modificadas, en atención a circunstancias sobrevenidas», y, por su parte, el artículo 775.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que podrá solicitarse la modificación de medidas convenidas por los cónyuges siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas, derivándose de dicho adverbio «sustancialmente» empleado por el legislador que la variación de las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o, a falta de acuerdo, acordarlas, ha de ser muy importante o esencial, cuya carga de la prueba incumbe a quien la alega, conforme al principio general sobre la misma previsto en el artículo 217 de dicha Ley de ritos.

Y que el ahora apelado ha cumplido con dicha carga de la prueba sobre la conveniencia de la modificación de la guarda y custodia de los hijos de los ahora litigantes se deriva no sólo del informe del Equipo de Asesoramiento Técnico Civil en el ámbito de Familia obrante en las actuaciones sino de lo manifestado por Eric en la exploración practicada en esta alzada por cuanto dijo que prácticamente desde que fue dictada la Sentencia de divorcio él ha venido viviendo con su padre y que se ve con su madre cuando su madre lo llama, que su madre ahora vive con su abuela, que su padre tiene una nueva pareja con la que ha tenido un nuevo hijo, con lo que si a ello se aúna el hecho de que Paula va al mismo colegio de los Salesianos de Mataró que Eric, que en aras a su formación integral y a su inte-

gración familiar es conveniente, aunque el Código de Familia no lo contemple así, que la misma conviva preferentemente con sus hermanos, lo que, sin duda también repercutirá positivamente en su integración social, al deber adoptarse las medidas que afecte a los menores teniendo preferentemente en cuenta el interés de los mismos, conforme a lo dispuesto en el artículo 82.2 del Código de Familia, por encima de los legítimos intereses o derechos de sus progenitores, atendido, además que el régimen de visitas materno-filial establecido respecto a Paula, que es sobre el que únicamente formula alguna alegación la apelante, es suficientemente amplio, y al no formular alegación alguna en cuanto a la cuantía de la pensión alimenticia, procede la desestimación del recurso de apelación

El padre argumenta que la madre no dispone del tiempo necesario para atender al menor, mientras que él tiene todo el día libre para hacerse cargo de él y de esta manera, no sería necesario que tuviese que acudir a una guardería, pero teniendo en cuenta que la situación de desempleo debe ser transitoria y que el niño siempre ha convivido con la madre, procede desestimar la petición de cambio de custodia.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 18 de mayo de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Pascual Martín Villa**

El primer motivo del recurso paterno viene constituido por la solicitud que por él se verifica de la guarda y custodia del hijo menor común, que ha sido encomendada a la madre en la sentencia del primer grado. El padre argumenta sobre esta cuestión que la madre no dispone del tiempo necesario para atender al menor, mientras que él tiene todo el día libre para hacerse cargo de éste, y de esta manera, no sería necesario que tuviese que acudir a una guardería.

No le asiste la razón al recurrente. En primer término, el que el padre —de 27 años de edad— se encuentre en una situación de desempleo y esté percibiendo por ello un prestación, no quiere decir que esa situación vaya a prolongarse en el tiempo, habida cuenta que el período reconocido de esa prestación por desempleo a la que alude finalizó el 22 de agosto de 2009 (fol. 52 vto.); y, por otro lado, la madre es la que

hasta la fecha ha venido desarrollando la guarda y custodia del menor, sin que se haya planteado el más mínimo problema; por lo que un cambio brusco, inopinado y no justificado en este régimen de guarda podría generar trastornos adaptativos en el menor, sin necesidad alguna de ello; siendo así que —además, como ya se ha dejado expresado— la situación de desempleo del padre es forzosamente transitoria, y, por tanto, no se halla en situación de ofrecer al menor —ni mucho menos— una mejor situación convivencial que la que en la actualidad le es ofrecida por la madre.

Por tanto, este aspecto del recurso debe decaer, y, en consecuencia, no es preciso entrar a analizar ni el segundo ni el tercer motivo del mismo, que se derivaban o eran consecuencia de que le hubiese sido atribuida al recurrente la guarda y custodia del hijo menor común.

La edad de la menor, que ya ha alcanzado los 13 años, con suficiente desarrollo de su personalidad, y de sus facultades volitivas y cognoscitivas, propias de una adolescente de tal edad, determina que se respete su decisión de querer convivir con su padre, sobre todo cuando este Tribunal no ha apreciado en la exploración practicada influencias externas de la menor ni falta de consistencia o de justificación del deseo expreso de vivir bajo la compañía de su padre.

AP Barcelona, Sec. 12.^a, Sentencia de 18 de mayo de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón**

La sentencia del proceso de divorcio suscitado en el primer grado jurisdiccional, decretó la disolución del vínculo conyugal, que unía a D. Eloy y doña Raquel, y determinó las medidas o efectos civiles complementarios a tal estado legal.

La citada resolución, de 30 de abril de 2009, ha sido objeto de apelación por la demandada doña Raquel, que postuló en la formulación de su recurso las siguientes pretensiones impugnatorias, a saber: A) La atribución en favor de la madre de la guarda y custodia de la menor JENNIFER, con ejercicio compartido de la patria potestad por parte de ambos progenitores; B) La determinación de un régimen de visitas para regular las relaciones paterno-filiales en la extensión mantenida en la fase expositiva de la primera instancia propia de la demanda reconventional formulada, y; C) La fijación de una pensión de alimentos en favor de la menor, y a cargo del progenitor no custodio, de doscientos euros mensuales, actualizables anualmente en base a las variaciones del índice de precios al consumo.

La recurrente ni en la fase procedimental de preparación del recurso de apelación, ni en la de interposición del mismo, mantuvo pretensión alternativa, en el supuesto de no accederse al cambio de la guarda y custodia postulada.

En la fundamentación jurídica de la sentencia de la primera instancia se hacía referencia a determinadas manifestaciones de la menor JENNIFER, sobre su preferencia en materia de su guarda y custodia, que al no estar documentadas hacía desconocer a este Tribunal de apelación el sentido y alcance de las mismas. Ello motivó, en sede del rollo del recurso de apelación, que se accediese a la pretensión de la parte recurrente, consistente en la práctica en esta segunda ins-

tancia de la exploración de la misma, cuando además ya había cumplido los 12 años de edad, lo que determina la necesidad de ser oída, a tenor de las prescripciones del artículo 82.2 del Código de Familia de Cataluña.

La menor se encuentra en compañía de su padre desde el dictado de la sentencia de divorcio en la primera instancia el 30 de abril de 2009, habiéndose consolidado tal situación sin la concurrencia de circunstancia objetiva, que en interés de la menor aconseje el cambio de las funciones derivadas de la guarda y custodia en favor de la madre.

JENNIFER ha manifestado abiertamente y con espontaneidad, ante el Magistrado ponente de esta sentencia, su voluntad de convivir en compañía de su padre, que atiende sus necesidades, más deseando mantener una relación afectiva con su madre, en el desarrollo del régimen de visitas en la extensión expuesta en la sentencia del divorcio.

La edad de la menor, que ya ha alcanzado los 13 años, con suficiente desarrollo de su personalidad, y de sus facultades volitivas y cognoscitivas, propias de una adolescente de tal edad, determina que se respete su decisión de querer convivir con su padre, sobre todo cuando este Tribunal no ha apreciado en la exploración practicada, influencias externas de la menor ni falta de consistencia o de justificación del deseo expreso de vivir bajo la compañía de su padre, en el ejercicio de las funciones de la guarda y custodia.

En base a las consideraciones jurisdiccionales expresadas, emanadas de la valoración en conjunto de las pruebas practicadas en ambas instancias procedimentales, procede la plena confirmación del pronunciamiento relativa a la

atribución de la guarda y custodia de la hija del matrimonio JENNIFER en favor de su progeni-

tor, tal como se ha establecido en la sentencia apelada.

El deseo fundado del hijo de no querer vivir con su madre, su edad próxima a alcanzar los 18 años, unido al hecho de que la madre no había vuelto a verlo desde el mes de abril de 2009 y que ésta, tras la salida del hijo del hogar familiar, procedió a cambiar la cerradura de la vivienda, impidiéndole así el acceso a la casa sin proporcionarle llave para recoger sus enseres personales, lleva a esta Sala a confirmar el cambio de guarda y custodia.

AP Baleares, Sec. 4.^a, Sentencia de 11 de mayo de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a María del Pilar Fernández Alonso**

La sentencia sobre modificación de medidas definitivas acordadas en sentencia de divorcio, cuyo fallo ha quedado transcrito en los precedentes antecedentes de hecho, es recurrida en apelación por la demandada, Sra. Erica, interesando su revocación parcial y que se declare la atribución de la custodia del hijo menor, Lluís Albert y el uso del domicilio familiar a la madre y el menor, sin hacer imposición de costas a ninguna de las partes, alegando error en la valoración de la prueba, fundamentalmente en la valoración del informe psicosocial del Juzgado.

Pues bien, como vimos, la sentencia recurrida atribuye la guarda y custodia del menor de sus hijos, Lluís Albert, hoy ya mayor de edad, en cuanto nacido el 18 de marzo de 1992, al padre, modificando así el sistema de guarda y custodia establecido en la previa sentencia de divorcio que la había otorgado a la madre.

La Juez *a quo* tuvo en cuenta para modificar el régimen de guarda y custodia el resultado del informe psicosocial adscrito al Juzgado y, fundamentalmente la oposición del hijo Lluís Albert (artículo 92-1 CC). Cuando fue explorado el 14 de julio de 2009, contaba con 17 años y medio y expresó claramente su deseo de seguir viviendo con su padre, con quien venía haciéndolo, pese que la custodia la ostentaba la madre, desde el mes de abril de 2009.

Igualmente manifestó: «que con su madre se lleva bien, pero que no tiene mucha confianza desde siempre. Que con el novio de su madre no se lleva ni bien ni mal, y que antes de irse con su padre le comentó a su madre que no le

gustaba que su novio entrase tanto en casa y que su madre no le hizo caso; que con su hermano mayor, que vive con su padre, se lleva bien; que su hermano mayor se lleva regular con su madre; que se siente muy incómodo cuando está el novio de su madre en casa porque es un extraño para él».

La opinión seria y fundada del hijo de vivir con su padre en parte vino respaldada por el informe psicosocial, en el que entre otras cosas se dice que «es habitual que con la llegada de la adolescencia los hijos presenten un mayor acercamiento y afinidad con el progenitor del mismo sexo, y que expresen su deseo de pasar mayor tiempo con ellos o, incluso, de domicilio», si bien seguidamente se argumenta que «lo que no parece estar dentro de la normalidad es la situación en la que Lluís parece haber tomado esa decisión». Asimismo pone de manifiesto el informe psicológico el excesivo apego y sobreprotección que la madre dispensa a su hijo y que podría dibujarse como una de las causas (entre otras) de su falta de independencia y bloqueo emocional y que desde esta perspectiva parece lógico que el menor pueda acusar el «desplazamiento» que la figura del novio de la madre pueda haber supuesto.

También señala que «no parece lógico ni saludable que el padre le anime y apoye en tal posicionamiento ya que permitiendo esa actitud infantil se está impidiendo que Lluís asuma la realidad y por tanto inicie su crecimiento emocional» (f. 71).

El deseo fundado del hijo de no querer vivir con su madre, su edad próxima a alcanzar

los 18 años, unido al hecho de que la madre no había vuelto a verlo desde el mes de abril 2009 y que ésta, tras la salida del hijo del hogar familiar, procedió a cambiar la cerradura de la vivienda, impidiéndole así el acceso a la casa, sin proporcionarle llave para recoger sus enseres personales, lleva a esta Sala a confirmar el cambio de guarda y custodia decretado por la Juez *a quo*, pues, además, una resolución sobre guarda y custodia contraria a la libre decisión del hijo, aparte de resultar de imposible ejecución forzosa podría resultar contraproducente para su esta-

bilidad al imponerle una convivencia no deseada con uno de los progenitores.

Consecuencia de dicho pronunciamiento es el del uso del domicilio familiar, que por imperativo del artículo 96-1 CC debe ser atribuido a los hijos y al cónyuge en cuya compañía quedan. Esto es, en el caso que nos ocupa, al hijo y al padre. Lluís carece de independencia económica, está estudiando bachillerato y convive con su padre, por lo que, aunque en la actualidad ya es mayor de edad debe continuar en el uso del domicilio familiar.

Además de ponderar, lo influenciable y voluble que es la opinión de los adolescentes, hablando en términos generales, fácilmente manejables ante el ofrecimiento de determinadas ventajas de naturaleza económica o lúdica, debe tenerse en cuenta la escasa entidad y consistencia de los motivos invocados por la menor para solicitar el cambio de guarda y custodia. Las supuestas discusiones que dice mantener con la madre no queda acreditado que excedan de lo normal en cualquier convivencia materno filial, propias de la diferencia generacional, del trato y convivencia habitual, y de un cierto principio de autoridad que debe mantener todo progenitor.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 28 de abril de 2010

Ponente: Ilma. Sra. D.ª María Nuria Zamora Pérez

Recurrida la sentencia por el demandante D. José Ignacio, el único tema objeto de debate en el presente recurso es el referido a la guarda y custodia de la hija habida en el matrimonio, Fátima, nacida el 20 de julio de 1994, insistiendo el apelante en que le sea atribuida a él la guarda y custodia. Subsidiariamente solicita que de mantenerse en la madre se suprima el régimen de visitas diarias, estipulado en la sentencia de instancia.

Centrado el recurso en los términos expuestos ha de ser desestimado.

Hemos de recordar que en el presente proceso se insta la disolución, por divorcio, del vínculo matrimonial contraído por los litigantes el 24 de marzo de 1995. Dichos cónyuges se hallan separados en virtud de sentencia dictada el 24 de marzo de 2003, que aprueba el convenio de separación de 1 de marzo de ese mismo año. Desde la separación la menor ha permanecido bajo la guarda y custodia de la madre, quien tiene demostrada su plena capacidad e idoneidad para el ejercicio de la misma.

Es cierto que, de un tiempo a esta parte la hija viene mostrando interés por cambiar de progenitor custodio, pasando a convivir con el padre, quien por ende sería el titular de la guarda y custodia. Así lo ha manifestado de forma expresa en la exploración verificada por la juzgadora de instancia conforme dispone el artículo 92.2 del Código Civil. Ahora bien, no obstante lo que opine la menor y en clara discrepancia con lo que propugna el recurrente, esa opinión no tiene carácter vinculante para el órgano judicial quien en la adopción de las medidas personales y patrimoniales que deriven para los hijos menores de la separación nulidad o divorcio de un vínculo matrimonial, goza de plena libertad, debiendo velar en todo momento por el supremo interés del menor, aunque ello no coincida con el de los progenitores biológicos ni con la propia voluntad de éste menor, que no siempre se corresponde con lo que objetivamente se considera más conveniente para él.

Aplicando lo anteriormente expuesto al caso de autos, además de ponderar, lo influen-

ciable y voluble que es la opinión de los adolescentes, hablando en términos generales, fácilmente manejables ante el ofrecimiento de determinadas ventajas de naturaleza económica o lúdica, debe tenerse en cuenta la escasa entidad y consistencia de los motivos invocados por la menor para solicitar el cambio de guarda y custodia. Las supuestas discusiones que dice mantener con la madre no queda acreditado que excedan de lo normal en cualquier convivencia materno filial, propias de la diferencia generacional, del trato y convivencia habitual, y de un cierto principio de autoridad que debe mantener todo progenitor.

Tampoco queda acreditada la desidia o dejadez que la menor imputa a la madre en su mantenimiento y cuidado. Y finalmente en cuanto a la situación de soledad y abandono que manifiesta sentir por el hecho de que la madre trabaje durante la tarde, cuando ella permanece en la vivienda familiar, aparte de que no se vería totalmente superado de acordar el cambio de guarda y custodia, pues el padre también trabaja durante la tarde hasta las 17 ó 18 horas, se trata de suplir con el amplio régimen de visitas fijado. No quedando acreditada razón alguna que justifique el cambio de guarda y custodia debe mantenerse en la persona de la madre.

RÉGIMEN DE VISITAS

La Juzgadora *a quo* no ha señalado un régimen de visitas futuro, ante el acaecimiento del acceso del demandado a una vivienda en donde desarrollar en la práctica el régimen de visitas, al considerar, en aras de tutelar los intereses de las menores, que tal cuestión debería dilucidarse en sede de un proceso de modificación de medidas, en donde podrían valorarse las circunstancias entonces concurrentes, y ahora desconocidas, sobre la adecuación de vivienda para el desarrollo de un régimen de pernoctas de las menores con su padre.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón**

La sentencia definitiva del proceso contencioso de divorcio suscitado en el primer grado jurisdiccional, decretó la disolución del vínculo conyugal que unía a las partes litigantes, y determinó las medidas o efectos civiles complementarios a tal estado legal.

La citada resolución ha sido objeto de apelación por el demandado D. Teodosio, que ha deducido en la formulación de su recurso, frente a la sentencia de la primera instancia, las siguientes pretensiones impugnatorias, a saber: A) La constitución de un régimen de visitas entre el progenitor no custodio y las tres hijas del matrimonio IMAN, SABRINA y OUIJDAN, que incluya las pernoctas en el supuesto de que el padre de las menores tenga en domicilio adecuado para el desarrollo de la comunicación paterno-filial, y; B) La determinación de una pensión de alimentos en favor de las hijas,

y a cargo del progenitor no custodio, de sesenta euros mensuales para cada una de ellas, en base a la actual precariedad económica del obligado.

Tras el cese de la convivencia conyugal las relaciones del progenitor con sus hijas no ha sido demasiado amplia, sin duda por la no disponibilidad de domicilio propio en el que desarrollar adecuadamente un régimen de visitas con pernoctas en la extensión propuesta por los cónyuges en convenio regulador, que no llegó a ser ratificado ante la presencia judicial.

La realidad actual es la reconocida en la propia contestación a la demanda, en donde se aduce la carencia de un domicilio propio del progenitor para un adecuado desarrollo del régimen de visitas paterno-filial, con inclusión de pernoctas de las menores, al residir en casa de su hermano con otros familiares.

La situación descrita ha aconsejado que, el órgano judicial que ha conocido del proceso haya determinado un régimen de visitas entre el demandado y sus hijas, consistente en fines de semana alternos, sábados y domingos, desde las 10 a las 18 horas, con recogida y entrega de las hijas en el domicilio materno.

Tal comunicación paterno-filial quedaría suspendida en el mes de agosto y durante las vacaciones de la Semana Santa, en el supuesto que la madre e hijas se fueron de vacaciones a lugar distinto donde está ubicado el domicilio familiar, siempre que se comunique tal circunstancia al progenitor, en forma documentada, y con siete días de antelación.

La pretensión del recurrente se concreta en que se regule, también en la sentencia, la extensión del régimen de visitas en el supuesto de tener el progenitor vivienda adecuada en donde desarrollar el régimen de visitas con pernocta, sin necesidad de instar un nuevo procedimiento para determinarlo.

Tal pretensión de parte ha de ser desatendida en sede de la presente alzada procedimental,

pues consideramos adecuada la extensión del régimen de visitas establecido en la sentencia apelada, que responde además a lo solicitado en la contestación a la demanda, en cuanto al no establecimiento de pernocta hasta la ocupación por parte del progenitor de vivienda adecuada.

La Juzgadora *a quo* no ha señalado un régimen de visitas futuro, ante el acaecimiento del acceso del demandado a una vivienda en donde desarrollar en la práctica el régimen de visitas, al considerar, en aras de tutelar los intereses de las menores, que tal cuestión debería dilucidarse en sede de un proceso de modificación de medidas, en donde podrían valorarse las circunstancias entonces concurrentes, y ahora desconocidas, sobre la adecuación de vivienda para el desarrollo de un régimen de pernoctas de las menores con su padre.

Tal decisión jurisdiccional la compartimos plenamente, y conduce a la desestimación de la pretensión impugnatoria del recurso de apelación.

Hasta que surgieron los problemas con los padres del menor, la convivencia del nieto con los abuelos era muy intensa, teniendo lugar varios días durante la semana, por no decir casi diariamente. Este régimen, que fue plenamente asumido por abuelos y nieto, no puede ahora modificarse hasta tal punto que venga a convertirse en un mero residuo de aquél, reduciéndolo a un simple contacto de dos horas una vez al mes (un sábado de 12 a 14 horas), como pretenden los padres recurrentes.

AP Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 24 de mayo de 2010

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

La sentencia de primera instancia reconoce el derecho de los abuelos paternos, demandantes, para visitar y tener en su compañía al nieto Evaristo los sábados alternos desde las 10 hasta las 20 horas. Decisión que es recurrida por los padres bajo la afirmación de que tal régimen es muy superior al que normalmente se señala a favor de los abuelos.

El señalamiento de un régimen de comunicación no es algo teórico, sino que ha de sujetarse a las circunstancias de cada caso concreto. En el presente tenemos que no existe tensión ni con-

flicto alguno de los abuelos con el nieto, salvo con los padres de éste, con los que las relaciones son tirantes. Hasta que surgieron los problemas con los padres del menor, la convivencia del nieto con los abuelos era muy intensa, teniendo lugar varios días durante la semana, por no decir casi diariamente. Este régimen, que fue plenamente asumido por abuelos y nieto, no puede ahora modificarse hasta tal punto que venga a convertirse en un mero residuo de aquél, reduciéndolo a un simple contacto de dos horas una vez al mes (un sábado de 12 a 14 horas), como pretenden los padres recurrentes.

Por ello se confirma que durante sábados alternos los abuelos puedan tener en su compañía al nieto, aunque fijando otro horario más có-

modo para dicho menor, a partir de las 11 horas, permitiéndole así un mayor descanso, manteniendo en lo demás la sentencia recurrida.

Se fija un régimen de visitas reducido ya que los menores muestran un abierto rechazo al actual compañero de la madre que viene justificado en un episodio de abuso sexual leve que refirió la mediana de las hijas.

AP Madrid, Sec. 24.^a, Sentencia de 19 de mayo de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a María del Rosario Hernández Hernández**

Se interpone con dos motivos recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora frente a la sentencia de fecha 1 de septiembre de 2009, de divorcio, referido el primero al sistema de visitas con los 3 hijos comunes de los litigantes menores de edad, que se mantiene restringido, salvo acuerdo de los progenitores, a un intersemanal, día miércoles, y fines de semana alternos, en viernes desde la salida del colegio a las 20:00 horas, sábados y domingos de 10:00 a 20:00 horas, sin pernocta, y suspensión un mes en vacaciones escolares de verano, con aumento en otro mes, en ese período a los días martes. El segundo motivo afecta a la cuantía de la pensión de alimentos, fijada en 60 euros a favor de cada menor y a cargo de la madre no custodio.

Se postula un régimen de comunicaciones ordinario o común en el foro, en los términos especificados en la demanda, a la que en este punto nos remitimos, dándola por reproducida en aras a la brevedad, así como no se fijen pensiones alimenticias por carecer de medios económicos para el pago.

El Ministerio Fiscal se adhiere al recurso interesando la modificación del sistema de contactos en los términos que la madre postula, oponiéndose la contraparte, que solicita la íntegra confirmación de la sentencia apelada con imposición de las costas de la alzada a la recurrente.

Como quiera que el primer motivo de recurso va referido al sistema de contactos entre 3 menores de edad y su madre no guardadora, se ha de reseñar que en esta materia el interés del menor es el principio esencial que debe atender-

se, básicamente en aplicación de los artículos 39.3 de la Constitución Española. Como dice en su preámbulo la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre 1990, en todas las medidas concernientes a los niños que se tomen por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se atenderá, como consideración primordial, al interés superior del niño (expresión esta que se repite reiteradamente a lo largo del texto), asegurándole la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres (artículo 3).

En esta línea, debe recordarse en relación con el régimen de visitas, por un lado, que el principio dispositivo resulta muy relativizado en esta materia por expresa disposición del artículo 751 LECV, y, por otro, que entiende la mayoría de la doctrina, a la vista del contenido de los artículos 39.3 de la Constitución Española, 94 y 160 esencialmente del Código Civil, que el derecho de visita del progenitor a sus hijos no convivientes con él, y, con carácter más general, el de comunicación con los mismos, se integra, como propio derecho de la personalidad, en el ámbito del deber asistencial, de contenido puramente afectivo y extrapatrimonial, que corresponde naturalmente a los padres respecto de sus hijos. Al respecto, la STS de 30 de abril de 1991, se cuida de señalar que las recíprocas vinculaciones que constituyen la vida familiar pertenecen a la esfera del Derecho Natural, del

que es evidentemente consecuencia ineludible la comunicabilidad que debe existir entre padres e hijos, una de cuyas manifestaciones es el derecho de los padres a ver a sus hijos menores, y ello aunque no ejerzan la patria potestad, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 160 del Código Civil. Tal naturaleza determina la imposibilidad de abandono, renuncia, prescripción por no uso, de transacción y compromiso, o de delegación de su ejercicio a un tercero.

Consciente el legislador de la delicadeza de la presente materia, reacia a una minuciosa reglamentación positiva, se conforma con establecer como criterio básico para la adopción de cualquier medida que pueda afectar a los menores, el interés o la conveniencia de los mismos. Interés que, como también reconoce el legislador, puede chocar con la postura o pretensión de alguno de los progenitores, abdicando el mismo o imponiendo un reto incondicionado, primándose pese a ello, en todo caso, el goce del derecho, al objeto de que, en la medida de lo posible, puedan cumplirse los fines asignados al núcleo familiar. En este sentido el derecho de visita incluye además de la visita propiamente dicha, la comunicación y la convivencia, concediéndose al Juez la regulación de los períodos de desarrollo de esta, frecuencia de la segunda así como lugar, modo y tiempo, expresado en fechas y horas, de práctica de la primera.

La doctrina es igualmente consciente de que el ejercicio de derecho de visitas exige una colaboración de ambos progenitores presidida por el principio de la buena fe, gravitando sobre el progenitor que tiene al menor bajo su guarda el deber de comunicar al otro los cambios de domicilio, su estado de salud, el horario de asistencia al centro educativo, sus restantes actividades extraescolares, y, en general, cualquier situación de hecho que pueda impedir o dificultar su ejercicio; no pudiendo el titular del derecho, en justa correspondencia, ejercerlo de modo intempestivo, inapropiado o inadecuado a las circunstancias del caso, propiciando gastos, molestias extrañas o sacrificios no ordinarios al progenitor conviviente con el menor. Como se desprende de lo expresado, el derecho que estudiamos no es incondicionado en su ejercicio sino subordinado exclusivamente al interés

y beneficio del hijo (STS 21 de julio de 1993) pues, como señala el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en cuantas medidas hayan de tomar los Tribunales con respecto a los menores, «la consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño»; estableciendo la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, como principio general que debe informar su aplicación «el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir», interés que debe referirse al desarrollo libre e integral de su personalidad, tal como señala los artículos 10 de la CE así como a la supremacía de todo cuanto le beneficie más allá de las apetencias personales de sus padres, tutores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural y entre ellos, desde luego, el derecho a no ser separados de cualquiera de sus progenitores salvo que sea necesario al interés del menor.

Tal interés, dado su carácter genérico y difuso, debe materializarse y determinarse a través de una valoración Judicial que debe tener como límites: la racionalidad en la apreciación de los hechos y la protección del bienestar espiritual y material del menor; atribuyéndose, por ello, al Juzgador, como antes hemos recogido, amplias facultades discrecionales para fijar el régimen de comunicación convivencia y visitas, así como para resolver en cada caso y momento concreto lo más conveniente para el menor: Esa resolución sería siempre de manera eventual y nunca definitiva, precisamente para poder modificar la solución acordada según las cambiantes circunstancias, el modo y manera en que vayan evolucionando las relaciones parentales (así STS de 22 de mayo de 1993, que a su vez cita la de la propia Sala de 9 de marzo de 1989) a virtud de la gran plasticidad de las actividades y comportamiento del ser humano, características de una realidad más rica que cualquier elucubración jurídica, a la que el Juzgador debe procurar dar la solución mas idónea y proporcionada a los intereses puestos en juego, sobremanera el mantenimiento de la relación efectiva con ambos progenitores, evitando al menor (*ex* artículo 158.3 del Código Civil) los evidentes perjuicios que se su falta se derivarían para el logro de un adecuado desarrollo de su personalidad en sa-

zón. Es decir, el régimen de vistas debe compensar el adecuado sistema de relación del menor con ambos progenitores y el propio beneficio del menor.

Atendida esta premisa, del examen detallado de los autos, y en atención a las particulares y excepcionales circunstancias en concreto concurrentes, consideramos más adecuado en el presente, el régimen de visitas entre David, Eva María y Ana, fijado en la instancia, que la propuesta más amplia que deduce la madre, y que considera procedente el Ministerio Fiscal.

Ocurre en el supuesto de autos que los menores muestran abierto rechazo al actual compañero de la madre, que viene justificado en un episodio de abuso sexual leve que refirió la mediana de las hijas, Eva María, protagonizado por aquel en su persona cuando esta contaba la edad de 6 años, y que viene documentado en autos, hecho que determinó la apertura de proceso penal concluido con la absolución del denunciado, en cuanto no se destruyó la presunción de inocencia que consagra el artículo 24 de la Constitución Española, y que ampara a todo imputado.

El mero hecho de que terminara en archivo el proceso penal, aun unido al tiempo transcurrido desde entonces, o de que frente a la madre no se interpusiera denuncia alguna, no conduce sin más a la pretendida ampliación de las visitas y comunicaciones, en las circunstancias vistas de rechazo de los hijos hacia la pareja sentimental de la madre, y se considera contraproducente obligarles a pernoctar en el domicilio materno en compañía de referida persona, aun cuando solo fuera esporádica, máxime cuando los dos mayores han alcanzado ya una edad, 14 años David y 12 Eva María, en que se han de respetar sus deseos, evitando imposiciones judiciales contraproducentes, y presumiéndoles aquí con madurez y juicio suficiente como para saber con quien no quieren ni les beneficia relacionarse.

No es la cuestión que aquí ha de movernos que no se haya demostrado el perjuicio de la pernocta, bien al contrario, compartimos el criterio modulado, cauteloso y prudente del Juez *a quo*, al razonar que no se ha avalado el beneficio

que pueda reportar un nuevo régimen de visitas a los menores.

El que viene actualmente establecido no les genera perjuicio, molestia o perturbación, garantiza suficientemente la necesidad de referencia materna que precisan los hijos, así como el vínculo afectivo y el apego a la figura de la madre, en condiciones tales que no se ve la conveniencia de pruebas o ensayos de otros cauces de desarrollo más amplios, de los que sí pudieran aquellos derivarse, o al menos no se avala convenientemente que no vayan a producirse.

Es en consecuencia acorde al *favor filii* y respetuosa con este la sentencia apelada, por cuanto evita a los menores toda situación que pudiera resultar brusca, incómoda o inadecuada, por la presencia de tercera persona en la que, con mayor o menor fundamento, planea el riesgo de posibles comportamientos impropios para con los menores, el que aquí ha de resolverse a favor de estos, a diferencia de lo que acontece en el derecho sancionador, donde, como se ha dicho, opera el principio *in dubio pro reo*.

Se ha dado desde luego en la sentencia apelada prevalencia a los superiores intereses de los niños, frente al deseo, desde luego que reconocemos legítimo de D.^a Amanda, de permanecer y dedicar un mayor tiempo a sus hijos, en un momento en que es inviable un régimen ordinario, común o normalizado, así como cualquier otra ampliación no informada como positiva, en tanto mantenga aquella relación afectiva imponiendo a los hijos la presencia de tercera persona en el desarrollo de las visitas, y que interfiere en la normalización de las que nos ocupan, presencia que no puede imponerse a los menores, al resultar incompatible, por más que sea para la madre lícito relacionarse con quien tenga por conveniente, opción esta que corresponde a la progenitora femenina y no al Juez o Tribunal.

No se prueba en esta alzada error en la valoración del material probatorio obrante en autos, o de aplicación o interpretación de la norma en vigor por parte del Juez *a quo*, lo que conduce a la desestimación del recurso, con confirmación en este aspecto de la resolución disidente.

La teoría de que los niños menores de tres años no deben pernoctar fuera del domicilio materno (pero sí paterno) responde a prejuicios que descansan en la discriminación sexista. Salvo el supuesto de lactancia natural, no así cuando es artificial, debe partirse de la capacidad abstracta de ambos progenitores para cuidar adecuadamente a su descendencia.

AP Barcelona, Sec. 12.^a, Sentencia de 14 de mayo de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado**

La sentencia, cuya parte dispositiva ha sido transcrita, es apelada por la demandante, quien pretende restringir el régimen de relación paterno-filial fijado, de manera que se suprima el día intersemanal y las pernoctas de todos los períodos. Tanto el apelado como el Ministerio Fiscal piden la confirmación de la sentencia.

Como cuestión previa, al ser totalmente ignorada en la sentencia apelada, debe dejarse sentado que en el presente caso procede aplicar el derecho civil catalán tanto por el criterio de territorialidad (artículo 111.3.1 del Codi Civil de Catalunya) como por las normas de conflicto de leyes (artículos 9, 107 y 16 del Código Civil estatal), que también remiten al mismo ordenamiento civil.

Ilenia, la hija común, tiene ya tres años de edad, de manera que la razón principal que esgrime la apelante (ser la niña menor de esa edad) ha quedado desvanecida por el tiempo. Sin embar-

go, no por ello debe dejarse de señalar que la teoría de que los niños menores de esa edad no deben pernoctar fuera del domicilio materno (pero sí paterno) responde a prejuicios que descansan en la discriminación sexista. Salvo el supuesto de lactancia natural, no así cuando es artificial, debe partirse de la capacidad abstracta de ambos progenitores para cuidar adecuadamente a su descendencia. Cosa distinta es que conste que un progenitor (que también puede ser la madre) ha demostrado incapacidad, imposibilidad y/o indisposición para el cuidado de un bebé o criatura. Ésa es la otra razón que esgrime la apelante.

En el presente caso, nada consta en autos que indique que el padre no quiere y es capaz de cuidar a su hija y por ello no puede ser privado, de acuerdo con el artículo 135 del Codi de Família, del régimen de relación con su hija que la sentencia apelada ha fijado, que debe, por ello, confirmarse.

VIVIENDA FAMILIAR

Realizando el hijo diversos trabajos remunerados que compatibiliza con los estudios se acuerda limitar temporalmente el uso de la vivienda familiar a tres años.

AP Madrid, Sec. 24.^a, Sentencia de 20 de mayo de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a María del Rosario Hernández Hernández**

Estos mismos razonamientos se hacen extensivos al uso del domicilio familiar, titularidad exclusiva del padre, quien por cierto, por carencia de medios económicos, ha de dar cobertura a la necesidad propia de vivienda en la de su progenitora femenina, a lo que no puede indefinidamente venir obligado, en un momento en el que

respecto de esta ha alcanzado la total independencia, teniendo derecho a realizarlo por sí y de manera autónoma.

En consecuencia, sí considera la Sala que por razón de la edad del hijo común Samuel, fase académica y grado de conocimiento laboral

por él alcanzado, se ha producido una variación esencial de las circunstancias que determinaron la atribución a su favor del uso de la vivienda familiar al amparo del artículo 96 del Código Civil, siendo que las particulares y actuales circunstancias que concurren en el presente caso, hacen que decaiga en el período repetido de 3 años, la presunción de interés más necesitado de protección en que se asientan las previsiones del artículo 96 del Código Civil.

Es por ello que, transcurrido dicho período límite, de conformidad con el criterio reiteradamente mantenido en esta Sala en la materia, corresponderá el uso del domicilio litigioso al progenitor masculino, D. Joaquín, evitando que devengan en ilusorios sus derechos dominicales, y en evitación de comportamientos obstruccionistas que pudieran desplegar los componentes del núcleo monoparental hoy beneficiados por el uso.

Se otorga el uso de la vivienda a favor del padre dado que concedido el uso a la madre y al hijo en el anterior procedimiento no han utilizado la vivienda familiar como alojamiento permanente, y ello resulta probado en lo actuado no sólo por las lecturas de los suministros, sino por su propia declaración en el acto del juicio, cuando fue cuestionada sobre cuál era la razón de por qué a finales del año 2007 la vivienda no contara con el suministro de gas, aduciendo que se enfadó con la compañía y decidió que la diesen de baja en el suministro.

AP Barcelona, Sec. 12.^a, Sentencia de 18 de mayo de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Pascual Martín Villa**

Señala la recurrente en la alegación segunda de su escrito de recurso que en relación con la medida de atribución al padre del uso y disfrute de la vivienda familiar se ha incurrido por el Juzgador del primer grado en un grave error en la valoración de la prueba; siendo así que además se ha desatendido el principio del *favor filii* que debe presidir esta clase de procedimientos, habida cuenta que la hija del matrimonio sólo cuenta con cuatro años de edad.

Antes de pronunciarnos sobre ese error en la valoración de la prueba que se atribuye a la sentencia del primer grado, se hace preciso realzar unas previas puntualizaciones: 1) El CF supedita en primer lugar la atribución del uso del domicilio a lo que libremente hayan pactado las partes, salvo que tal pacto sea perjudicial —a criterio de la autoridad judicial— para los intereses de los hijos (artículo 83.1); entrando a analizar las condiciones personales y familiares sólo a falta de convenio (artículo 83.2); 2) La estipulación sobre el uso del domicilio familiar establecida en convenio regulador homologado judicialmente, constituye una manifestación del principio de la autonomía de la voluntad *ex* artículo 1255 del Código Civil, sobre materia

disponible por las partes; 3) En el caso que nos ocupa, por Sentencia de separación de fecha 20 de octubre de 2004 fue aprobado el convenio regulador suscrito por los otrora consortes en fecha 8 de julio de 2004; 4) El pacto 3.º del mencionado convenio regulador que lleva por título «Atribución del uso de la vivienda conyugal» señala que el uso del domicilio conyugal, sito en Badalona, c/ DIRECCION000 NUM000, entlo NUM001, así como el ajuar, se atribuye a la esposa y a la futura hija. Durante el tiempo que la esposa use el domicilio, serán a su cargo todos los gastos de suministros y servicios, siendo de cargo del esposo el pago de los demás gastos de propiedad, impuestos y tributos; 5) La medida respecto del uso del domicilio familiar interesada por el padre de la menor en el *petitum* de su escrito de demanda fue la siguiente: «b) No procede la atribución del domicilio que fuera conyugal a la Sra. Bibiana, ya que está residiendo desde el momento de la separación en Santa Coloma de Gramanet, por lo que procede extinguir y dejar sin efecto la atribución que se acordó en el momento de la separación, dejando a salvo el derecho de propiedad y de uso de mi mandante sobre su vivienda».

Sentado lo anterior, y, habida cuenta de que la atribución del uso del domicilio familiar ha de responder a cubrir las necesidades de alojamiento y cobijo de la madre y de la hija; máxime, en este caso en que dicha vivienda es de la titularidad exclusiva del progenitor paterno, procede desestimar el presente motivo del recurso, al resultar acreditado de manera suficiente por la documental obrante en lo actuado, adecuadamente valorada por el Juzgador *a quo*, que la atribución de dicho uso otorgado a la madre y a la futura hija —en virtud del pacto alcanzado por ambos progenitores en el convenio regulador aprobado judicialmente—, no tiene sentido, ya que doña Bibiana —aun dejando a un lado, el lapso temporal del año 2008 en que estuvo trabajando en la localidad de Rubí— no ha utilizado la vivienda familiar como alojamiento permanente, y ello resulta probado en lo actuado no solo por las lecturas de los suministros, sino por su propia declaración en el acto del juicio, cuando fue cuestionada sobre cuál era la razón de por qué a finales del año 2007 la vivienda no contara con el suministro de gas, aduciendo que se enfadó con la compañía y decidió que la diesen de baja en el suministro, sin recordar cuánto tiempo ha-

bía permanecido en esta situación; admitiendo —por otro lado— que en aquel período careció de agua caliente, ya que no tenía calentador eléctrico; lo que resulta inadmisibles teniendo en cuenta la edad de la menor.

Lo que subyace en la presente controversia, es que doña Bibiana pese a que no ha habitado de forma permanente en la vivienda familiar —quizás debido ello al desahogo que encuentra en el domicilio de sus progenitores—, no desea desprenderse del uso de la misma, por lo menos hasta que el padre de la menor no la ayude a satisfacer la entrada de una nueva vivienda; no resultando de lo actuado la razón por la que ambas partes no han logrado un acuerdo en ese sentido, ya que la vivienda familiar —como han afirmado dos testigos que depusieron en el acto del juicio— estuvo a la venta durante una temporada; siendo así que, además, el padre aseguró en el acto del juicio que si la vivienda se vendía estaba dispuesto a ayudar a su ex-consorte, y, en definitiva, a la hija menor común. Por último, simplemente añadir a todo ello que la menor permanece aún en la actualidad escolarizada en un centro escolar ubicado justo enfrente del domicilio de los abuelos maternos, los padres de la recurrente.

Siendo notoria la actual dificultad de venta o alquiler de un inmueble, el Tribunal entiende viable, en defecto de acuerdo distinto entre los ex cónyuges, la estimación de la petición apelatoria subsidiaria, relativa a la asignación del uso de la vivienda en un turno rotatorio, de modo que cada uno de los litigantes la podrá utilizar por sucesivos y alternativos períodos de seis meses, comenzando por la actora-apelante, y ello hasta que se ponga término al régimen de copropiedad existente actualmente.

AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 11 de mayo de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Álvaro Artola Fernández**

En la demanda instauradora del presente litigio, la parte actora, D.ª Petra, ejercitaba acción contra D. Florentino en la que solicitaba el divorcio con relación al matrimonio contraído por los hoy litigantes en fecha 30 de septiembre de 2005 en Palma, del cual no hubo descendencia; y, asimismo, solicitaba la adopción de las correspondientes medidas complementarias, en especial la asignación del uso del que fuera domicilio conyugal a la actora, por considerar el suyo el interés más necesitado de protección, así como el

pago por mitades de la hipoteca existente sobre la misma. Opuesta la parte demandada a las medidas solicitadas, no así al pronunciamiento de divorcio, y seguido el curso del procedimiento, recayó finalmente sentencia en primera instancia en la cual se declaró el divorcio, sin asignación de la vivienda a ninguno de los litigantes y estableciendo el pago por mitades del préstamo hipotecario —habiendo sido dicha resolución transcrita en los Antecedentes primero y segundo de la presente sentencia—, interponiéndose

recurso de apelación por la parte actora, con posterior oposición al mismo de la contraparte —todo ello en los términos igualmente descritos en los Antecedentes tercero y siguientes—.

Entrando ya a resolver los motivos del recurso de apelación, la representación procesal de la parte apelante, pese a admitir que entiende que no pueda resolverse en el presente proceso sobre la propiedad de la vivienda que fuera familiar (por lo que ha deducido la oportuna demanda de juicio ordinario), sí considera, sin embargo, que para decidir sobre el otorgamiento del uso de la vivienda conyugal se podía realizar, por lo menos, un juicio *ad limine* sobre esta cuestión, pudiéndose valorar todos los indicios que obran en autos y que apuntan de un modo racional y unívoco al hecho de que verdaderamente el pago del precio por el hoy demandado no existió, y que indiciariamente aparece que la vivienda es propiedad exclusiva de la parte actora.

Al respecto, entiende la Sala que, tal y como se estableció en la sentencia de instancia, estando probado en autos, merced a la documental, concretamente la escritura de compraventa de fecha 22 de septiembre de 2005, que la Sra. Petra vendió la mitad indivisa de la vivienda sita en CAMINO000 n.º NUM000, piso NUM001, a D. Florentino, quien la compró, reconociendo la parte vendedora ante Notario haber recibido de la compradora la suma de 40.863,56 euros, de los que daba así puntual carta de pago, y habiendo tenido dicha escritura acceso al Registro de la Propiedad, tal y como se documenta también en autos, no cabe sino confirmar las consideraciones de la Magistrada-Juez de instancia. Entre otras cosas, por así derivarse del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, que constituye una presunción *iuris tantum* de que, a todos los efectos legales, los derechos reales inscritos existen y pertenecen a su titular en el modo que determina el asiento respectivo. Presunción que no puede desvirtuarse, ni mucho ni poco, en el presente procedimiento, no destinado a resolver cuestiones de propiedad inmobiliaria, sino exclusivamente las relativas al divorcio y a la adopción de las correspondientes medidas derivadas de la disolución del vínculo matrimonial.

Seguidamente, con relación a solicitud de declaración del interés de la actora como el más necesitado de protección *ex* artículo 96 párrafo

3.º del Código Civil. Se concuerda también por la Sala lo dicho en la sentencia de instancia en la medida en que, sobre la base de los ingresos acreditados en autos y de los gastos respectivos de la cada *ex* cónyuge, no cabe propiamente calificar el interés de la actora-apelante como el más necesitado de protección y, por lo tanto, como merecedor de la asignación del uso de la vivienda familiar (uso que, además, debería ser meramente provisional y no definitivo, pese a lo que parece pretender la actora-apelante en su petición principal). Y ello es así habida cuenta de que, si bien los ingresos del demandado son superiores, también lo son sus obligaciones pecuniarias al deber responder de los alimentos del hijo nacido de un matrimonio anterior, el cual, además, le habrá de devengar los correspondientes gastos extraordinarios; estando, por otro lado, ambos litigantes vinculados al pago por mitad del préstamo hipotecario.

Respecto de la petición subsidiaria sostenida por la actora, considera ésta que la sentencia de instancia adopta la que califica como «pésima solución» al situar a los litigantes en el peor de los escenarios posibles, pues entiende que les «condena» a seguir conviviendo juntos tras la tensión acumulada en un proceso contencioso de divorcio no exento de acritud, lo que, a juicio de la apelante, potencia y acrecienta las posibilidades y el riesgo de generar situaciones de violencia, tanto verbal como física, debiéndose tener en cuenta que en estos momentos de crisis no resulta nada fácil vender inmuebles. Finalmente, concluye la apelante en la afirmación de que no puede perderse de vista que en el caso de autos se está además discutiendo ante los Tribunales en pleito aparte la propiedad material del inmueble.

En relación a dicho alegato, considera la Sala que la interpretación que realiza la apelante no es correcta, ya que la sentencia no «condena» a los *ex* cónyuges a vivir juntos, sino que, simplemente, no hace pronunciamiento de asignación de la vivienda, de modo que quedaría el inmueble como copropiedad a la espera de una posible venta, alquiler o división de la cosa común, o, incluso, de un eventual pronunciamiento en el juicio ordinario en la línea que pretende la actora. De modo que hay que aclarar que la sentencia no condena a nadie a convivir de modo forzoso tras la ruptura matrimonial.

Sin embargo, una vez dicho lo anterior, aprecia la Sala que no es incierto que la situación de hecho existente entre los litigantes puede dar lugar a tensiones no deseadas, ya que, pese a que en modo alguno la sentencia condena a las partes a convivir tras la ruptura, todo parece indicar que no hay voluntad entre los hoy litigantes de llegar a acuerdos de división de la cosa común, o de alquiler o venta del inmueble y reparto de beneficio, sino que existe (además de la situación litigiosa en el otro procedimiento respecto del dominio del inmueble) un interés mutuo de permanencia en la vivienda que es incompatible con la situación de ruptura del vínculo matrimonial y del enfrentamiento que sobre la vivienda existe. En orden a alcanzar tal conclusión, además de las reivindicaciones al respecto de la actora, tenemos la propia interpretación que hace la representación procesal de la parte demandada-apelada, que evidencia también la situación de potencial riesgo, ya que afirma en el escrito de oposición al recurso que su pretensión es que ambos cónyuges pudieran seguir usando la vivienda como lo venían haciendo. Dice concretamente:

«La actora incide en que esta parte en su contestación a la demanda no solicitó expresamente el uso de la vivienda, cuestión esta totalmente irrelevante, pues la pretensión de esta parte era la de mantener la situación tal como estaba antes de interponer la demanda de divorcio, es decir que ambos cónyuges pudieran seguir usando la vivienda como lo venían haciendo, oponiéndose en consecuencia a que ese uso le fuese atribuido en exclusiva a la actora, y por ello se solicitaba en la contestación a la demanda, la desestimación de todas las restantes pretensiones de la actora distintas a la mera extinción del vínculo conyugal».

Así las cosas, y siendo además notoria la actual dificultad de venta o alquiler de un inmueble, el Tribunal entiende viable, en defecto de acuerdo distinto entre los ex cónyuges, la estimación de la petición apelatoria subsidiaria, relativa a la asignación del uso de la vivienda en un turno rotatorio, de modo que cada uno de los litigantes la podrá utilizar por sucesivos y alternativos períodos de seis meses, comenzando por la actora-apelante, y ello hasta que se ponga término al régimen de copropiedad existente actualmente. Solución ésta que, además de operar en defecto de acuerdo distinto de los cotitulares, considera la Sala, pese a lo alegado por la parte apelada, que aunque no se solicitó propiamente en la demanda original, sin embargo, su concesión no atenta contra el principio de congruencia respecto de lo sometido originalmente a la consideración judicial; en el bien entendido de que ha de tenerse presente que nos hallamos en el marco del Derecho de familia, ámbito en el que subyace siempre un cierto interés público, no ajeno al debate de la asignación del uso de la que fuera vivienda conyugal *ex* artículo 96 del Código Civil; de suerte que tal matiz permite relativizar el rigor de los principios rogatorio y de congruencia. Además, lo finalmente concedido por la Sala a favor de la actora es menos, no más, de lo originalmente solicitado por ésta en su demanda, y tampoco es en puridad cosa distinta, ya que, pidiéndose inicialmente la asignación exclusiva e ilimitada del derecho de uso de la vivienda conyugal a favor de la actora, se termina concediéndole sólo su uso alternativo por períodos de seis meses y con carácter meramente temporal, al extinguirse tal régimen una vez que se ponga término a la copropiedad.

Aunque en la anterior sentencia se contempló la posibilidad de prorrogar los dos años de atribución del uso si se cumplían una serie de condiciones, no procede tal ampliación dado que la ex esposa si bien presentó una solicitud de empleo ante el Servei d'Ocupació las condiciones que indicaba para acceder a un empleo eran tan restrictivas que difícilmente podría ofrecérsele uno que fuera aceptable para ella.

AP Barcelona, Sec. 18.^a, Sentencia de 11 de mayo de 2010

Ponente: Ilma. Sra. D.^a María José Pérez Tormo

Recorre la Sra. Laura el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia que ha desesti-

mado su demanda en la que solicitaba que se le mantuviera en el uso de la vivienda familiar, que

se le atribuyó por sentencia de divorcio de fecha 26 de mayo de 2006, sin fijar límite temporal alguno.

El Sr. Antonio se opone a la admisión del recurso por alegar que ha sido mal preparado y subsidiariamente solicita la confirmación de la sentencia recurrida.

Debe en primer lugar analizarse la cuestión procesal planteada, pues su estimación determinaría la desestimación del recurso, sin entrar en el fondo de las pretensiones impugnatorias.

En cuanto a la inadmisibilidad del recurso de apelación que propugna la representación del Sr. Antonio referida a la defectuosa preparación del recurso de apelación, tal como señala la doctrina del Tribunal Constitucional, sentencia 225/2003 de 15 de diciembre entre otras, que «... la Ley de Enjuiciamiento Civil distingue dos fases o momentos sucesivos en la formulación del recurso de apelación civil. La primera de ellas es la fase de preparación del recurso. La misma se sustancia ante el órgano judicial que dictó la resolución impugnada ante el que el recurrente, dentro del plazo legalmente establecido, “se limitará a citar la resolución apelada y a manifestar su voluntad de recurrir con expresión de los pronunciamientos que impugna”. Con ello el Tribunal *a quo* dispone de los elementos necesarios para realizar el examen de su procedencia, que le permitirá fundar el juicio de admisibilidad, teniendo por preparado el recurso, en su caso, y emplazando a la parte recurrente para que lo interponga de conformidad con lo establecido en el artículo 458 LEC. De este modo, la preparación determina o fija el marco en el que ha de situarse el objeto de recurso en la fase ulterior de interposición, que consiste en la exposición de las alegaciones en las que se fundamenta» (artículo 458.1 LEC).

El examen del contenido del escrito de interposición del recurso de apelación presentado por la recurrente permite constatar el cumplimiento de los requisitos establecidos por la legislación vigente para la sustanciación del trámite del recurso de apelación en su fase de preparación pues, mediante el mismo, el recurrente procedió a manifestar dentro de plazo, ante el órgano judicial competente su voluntad de recurrir una resolución judicial recurrible.

Consta en el escrito presentado por la representación procesal de la Sra. Laura que «... se impugna la totalidad del fundamento de derecho tercero de la sentencia en cuestión por cuanto a través del mismo se desestima en el fallo la demanda formulada por esta parte, en los siguientes términos:» y a continuación transcribe el fallo de la sentencia.

Por tanto, es fácilmente entendible que los pronunciamientos con los que discrepa la parte son aquellos que han sido denegados por la sentencia recurrida y perjudican sus intereses, pues difieren de lo peticionado en su demanda. Por tanto, siendo la resolución apelable y habiéndose preparado el recurso dentro de plazo, debe desestimarse este motivo de oposición planteado por el Sr. Antonio, y entrar en el fondo del recurso planteado.

La sentencia de divorcio de fecha 26 de mayo de 2006 acordó atribuir el uso de la vivienda familiar a favor de la Sra. Laura por el plazo de dos años, «sin perjuicio de que se solicite y obtenga una prórroga del indicado derecho, para lo cual deberá interesarlo por medio de una demanda interpuesta antes de la expiración de la indicada fecha justificando el mantenimiento de la situación de necesidad y la realización de esfuerzos infructuosos por incorporarse al mercado laboral en el indicado período de tiempo».

Distintos pronunciamientos de esta sentencia fueron apelados por ambas partes, pero no el que ahora se ha transcrito, referido a la atribución del uso de la vivienda familiar y la prórroga del límite temporal acordado, de manera que al consentirlo la hoy recurrente, quedó firme, y así debe ser cumplido.

Y conforme a aquel criterio fijado en la sentencia que ahora se trata de modificar referido a la limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda que en su día fue familiar, esta Sala, coincidiendo con la apreciación de la Juzgadora *a quo*, considera que no han quedado acreditados los necesarios esfuerzos que debía realizar la actora para incorporarse al mercado laboral, y por lo tanto, huelga analizar si fueron infructuosos.

Efectivamente, del interrogatorio de la Sra. Laura y de los documentos aportados a los autos se ha acreditado que si bien presentó una soli-

cidad de empleo ante el Servei d'Ocupació las condiciones que indicaba para acceder a un empleo eran tan restrictivas que difícilmente podría ofrecérsele uno que fuera aceptable para la actora. Solicitaba un trabajo a tiempo parcial, en la localidad de Badalona, no estaba disponible los fines de semana ni las noches y sin tener preparación profesional, pues había desempeñado su último empleo en 1984, sin haber realizado curso alguno de reciclaje, tal como reconoció en su interrogatorio, solicitaba únicamente un empleo como administrativa. No había intentado trabajar en las empresas de sus familiares, a pesar de que varios de ellos tenían empresas propias, según reconoció asimismo en la Vista celebrada y a pesar de haber estado cuidando a su padre hasta su fallecimiento y continuar cuidando a

su madre, durante media jornada, no quería dedicarse al cuidado de personas de tercera edad, pues «no era santo de su devoción», tal como afirmó en su interrogatorio.

Esta actitud de la Sra. Laura no puede considerarse de esfuerzo en reingresar en el mercado laboral, como se acordó en la sentencia que se pretende modificar, sin que el hecho de que la hija común, mayor de edad e independiente económicamente, con unos ingresos medios de 1.000 euros al mes, según reconoció la actora, por lo que no precisa de una especial protección, pueda justificar la prórroga en el uso concedido en la sentencia de divorcio, como pretende la recurrente, por lo que procede desestimar su recurso y confirmar la sentencia de 1.ª Instancia.

Aun en el hipotético supuesto de haberse acreditado la convivencia marital de la madre con un tercero en el domicilio familiar, el uso de la vivienda a su favor no quedaría afectado por esta relación sentimental pues la atribución de uso en cierta forma redundaría en interés del menor, sometido a la guarda y custodia de la madre.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 7 de mayo de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón**

En la formulación de su recurso de apelación se postula, frente a los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia, que no se efectúe especial declaración sobre el uso de la vivienda familiar, por consecuencia de no tener ya tal carácter, dado convivir la demandante, desde hace más de seis años con tercera persona, con la que tiene una relación sentimental conformando una unidad familiar distinta a la que primitivamente había asumido con el demandado. Además sustenta que por consecuencia de la crisis económica, en el sector de la construcción al que se ha dedicado el apelante, el interés de la accionante ya no tiene necesidad de mayor protección para la concesión del uso del domicilio familiar.

El segundo pronunciamiento objeto de pretensión impugnatoria, es el referido a la pensión de alimentos constituida en favor del menor, a cargo del progenitor no custodio, solicitando, ante la disminución de ingresos del demandado, que se determine la contribución del padre, en concepto de prestación de alimentos, la obliga-

ción del abono íntegro y directo de los gastos del Colegio, media pensión, libros de texto y todas las actividades escolares que acuerden previamente los progenitores, y así como, llegado el caso, la satisfacción de los estudios universitarios y la mutua médica; y que los gastos de carácter extraordinarios del menor, derivados de sanidad, no cubiertos por la Seguridad Social o por mutua médica privada, o cualquier otro de naturaleza excepcional, sean abonados por mitad entre ambos progenitores.

La vivienda familiar, ubicada en la CALLE000 n.º NUM000 de Sentmenat, es de propiedad compartida entre los sujetos de la relación jurídico-procesal.

La atribución de la utilización de la misma ha de establecerse a tenor de las prescripciones del artículo 83.2.a) del Código de Familia de Cataluña, de aplicación analógica a los supuestos de las parejas de hecho con descendencia común, según ha declarado este Tribunal de manera reiterada en múltiples resoluciones.

En su consecuencia, en defecto de acuerdo entre las partes, ha de concederse el uso de la vivienda y del ajuar doméstico en favor de la madre que ostenta la guarda y custodia del hijo menor, mientras duren tales funciones, no obstante la propiedad compartida del inmueble.

El demandado no ha acreditado suficientemente en el proceso la convivencia marital de la demandante con tercera persona extraña a la presente relación jurídico-procesal.

Aun en el hipotético supuesto de haberse acreditado tal convivencia marital de la accionante, en el domicilio familiar, el uso de la vivienda en favor de la demandante no quedaría afectado por la relación sentimental con tercera persona, pues la atribución de uso en cierta forma redundaría en interés del menor, sometido a la guarda y custodia de la madre, por lo que por tal circunstancia se ha atribuido a la progenitora la utilización de la vivienda mientras dure las funciones de la guarda y custodia.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Que el demandado en una sola ocasión ingresara la suma de 600 €, para atender «guardería y gastos compartidos», no significa un acto propio, en sentido técnico-jurídico de vinculación de futuro.

AP Baleares, Sec. 4.^a, Sentencia de 27 de mayo de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Aguiló Monjo**

Después del intrincado procedimiento en el que parece que las partes, por las documentales aportadas, han dedicado sus principales esfuerzos a zaherirse personalmente a través de interminables denuncias y requerimientos de actuación judicial (*vid. ad exemplum* folios 13, 15, 17, 68 y ss., 73, 101, 106, 142, etc.), la decisión que se interesa de esta Sala se concreta en un solo punto de discusión, consistente en la suma con la que el demandado Sr. Rosendo debe contribuir a los alimentos de su hija D.^a Leticia, nacida el 24 de noviembre de 2005. En el presente procedimiento la Sra. Consuelo interesaba en este aspecto la fijación de una pensión mensual de 600 €, más la mitad de los gastos extraordinarios de la niña. Por el contrario el padre demandado solicitaba que se mantuviera lo resuelto en el auto 9 de agosto de 2007 que en cuanto a medidas adoptadas en el orden civil en este extremo fijaba la cifra de 250 € al mes y demás gastos extraordinarios.

La sentencia de instancia, cual se anticipaba, decidió fijar la pensión alimenticia en metálico en la suma de 500 € mensuales, cuantía que fue objeto de apelación en esta alzada, lo cual motiva la presente alzada y resolución.

Expuesto lo anterior, la cuestión debatida se centra en los siguientes parámetros: a) estimar el recurso y descender la cuantía de la pensión hasta el mínimo interesado por la parte apelante; b) confirmar la decisión combatida en cuanto la fija en la suma de 500 € al mes, aceptada por la parte actora en esta instancia; y c) atenerse a la petición del Ministerio Público, expresada en el acto de la vista del juicio verbal de procedencia, en cuanto solicitaba una solución intermedia de 350 € mensuales en el mismo concepto.

Lo cierto es que la prueba dirigida al fin que ahora se analiza ha sido bastante menguada en el proceso, aunque el tribunal asume, como se desprende de las declaraciones de la actora-recurrida, que las necesidades de la menor no alcanzan, en la actualidad la suma señalada en la sentencia y que las posibilidades de los progenitores, aun considerando la contribución *in natura* de la madre, deben ser compartidas, pues de lo actuado no se desprende un desnivel de ingresos que conduzca a una desestabilización económica por razón de esta materia.

Que le demandado en una sola ocasión ingresara la suma de 600 €, para atender «guardería y gastos compartidos», no significa un acto pro-

pio, en sentido técnico-jurídico de vinculación de futuro en el mismo sentido y menos trascendencia, en esta instancia decisoria, tiene el pago de préstamos personales para la adquisición de bienes de automoción que, en definitiva, se han definido de propiedad de la demandante.

Es por todo ello que se considera que el recurso de apelación debe estimarse en parte y que en uso de la facultad moderadora atribuida al tribu-

nal, sin que ello signifique arbitrariedad proscrita por el artículo 9 de la Constitución Española, sino justo ejercicio del arbitrio judicial en esta materia, se fijará la pensión económica por alimentos discutida en la cifra de 350 € mensuales como así se interesó por el Ministerio Fiscal en el acto de la vista en defensa institucional de los intereses de la menor y como así se dejará constancia en la parte dispositiva de la presente resolución.

Debió la parte haber acudido a un incidente de modificación de medidas nada más tener conocimiento de que el hijo quería marcharse a estudiar a Barcelona a una facultad privada y no pretender introducir tales gastos como extraordinarios.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Auto de 20 de mayo de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Enrique de Motta García-España**

Respecto a los gastos extraordinarios reclamados igual suerte debe correr dada la claridad de los razonamientos contenidos en la resolución de instancia; pues debe recordarse que estamos en presencia de una demanda ejecutiva y que, por tanto, se trata de ejecutar lo en ella acordado, y tales gastos aquí reclamados no pueden tener la cualidad que se pretende por la ejecutante de extraordinarios; en efecto, la primera discusión viene determinada por establecer qué se entiende por gastos extraordinarios.

El Diccionario de la Real Academia define como extraordinario lo que se sitúa «fuera del orden o regla natural común», añadiendo, específicamente que es gasto extraordinario «el añadido al presupuesto normal de una persona, una familia etc.».

En consecuencia, y con carácter de generalización, habremos de considerar, en relación con esta cuestión, que los gastos extraordinarios, en la vida de los hijos, son aquellos que no tienen periodicidad prefijada, en cuanto dimanantes de sucesos de difícil o imposible previsión apriorística, de tal modo que los mismos pueden o no surgir, habiendo, además de ser vinculados a necesidades que han cubrirse económicamente de modo ineludible, en orden al cuidado, desarrollo y formación en todos los órdenes del alimentista, y ello en contraposición al concepto de lo superfluo o secundario, de lo que, obviamente, puede prescindirse sin menoscabo para el alimentista.

Aunque eso conlleva que muchas cosas superfluas que tendrían los hijos, como todos hemos podido tener, ya no las van a tener por culpa de la separación.

Deben ser las partes las que, en cada caso, convengan qué gasto debe o no ser estimado como extraordinario, y a falta de ello, serán los Tribunales los que decidan sobre si un determinado gasto será o no inculible como extraordinario, así como la proporción con que cada progenitor ha de contribuir, que, normalmente, será por mitad, salvo que concurren determinadas circunstancias que aconsejen establecer un proporción distinta.

Dicho de otro modo: En primer lugar debe determinarse qué se entiende por gastos extraordinarios, y a tal efecto conviene recordar que aunque pueda parecer simple, gastos extraordinarios son, como de su propio tenor literal se deduce, los que no son ordinarios, sino excepcionales, siendo, además, variables en el tiempo y en su cuantía, y, en consecuencia, incompatibles con el establecimiento de una cantidad alzada; pero, dentro de los gastos extraordinarios, debe distinguirse entre los necesarios y los convenientes e, incluso, una tercera categoría en la que se podrían incluir aquellos que son perfectamente prescindibles; en efecto, existen unos gastos extraordinarios cuya necesidad no puede discutirse —una operación por ejemplo— y al no estar contemplados en la resolución judicial

—bien sea contenciosa o de mutuo acuerdo—, a su pago deben contribuir ambos progenitores; asimismo hay otros gastos cuya conveniencia nadie discute pero su realización dependerá, en buena medida, de las reales posibilidades económicas de los progenitores, y, finalmente, el tercer grupo en el que se pueden incluir los demás gastos extraordinarios que siendo perfectamente prescindibles, se realizarían, muy probablemente, de seguir junto el matrimonio.

Nadie discute que sería deseable que los hijos pudiesen seguir con los mismos gastos extraordinarios —no sólo, por supuesto, los necesarios, sino también los convenientes e, incluso, los prescindibles—, pero también a nadie se le escapa que ello, necesariamente, va a depender, en gran manera, —aparte de la voluntad de los padres—, de los medios económicos con que cuenten los mismos, que hará que, a veces, haya que establecer un orden prioritario.

La nota, pues, que caracteriza a los gastos extraordinarios es la imprevisibilidad, es decir, que no se puede saber con antelación suficiente

que van a surgir esas necesidades del menor, al depender de sucesos de difícil o imposible previsión, ya que los mismos pueden, o no, surgir, a diferencia de los ordinarios de los que al saberse y conocerse su existencia, se puede señalar la cuantía que por los mismos debe abonar el progenitor no custodio.

Teniendo pues en cuenta todo lo anteriormente expuesto mal puede predicarse de los gastos reclamados en la presente causa el que sean extraordinarios al faltar el primero de los requisitos: la imprevisibilidad y la falta de periodicidad, al ser los gastos que se reclaman tanto perfectamente conocidos como periódicos, por lo que debió la parte haber acudido a un incidente de modificación de medidas nada más tener conocimiento de que el hijo quería marchar a estudiar a Barcelona a una facultad privada, y no pretender introducir tales gastos como extraordinarios, procediendo por ello la íntegra confirmación de la resolución de instancia sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas de esta alzada habida cuenta la peculiaridad de la causa.

Aunque el hijo lleva cierto retraso en finalizar sus estudios no es por falta de dedicación sino por la necesidad de obtener recursos mediante la prestación de servicios retribuidos para poder cursarlos. No obstante, se acuerda fijar una limitación temporal de tres años para la vigencia de la pensión alimenticia.

AP Madrid, Sec. 24.^a, Sentencia de 20 de mayo de 2010

Ponente: Ilma. Sra. D.^a María del Rosario Hernández Hernández

El actor en proceso de modificación de medidas establecidas en previa sentencia de fecha 23 de abril de 2001, interpone recurso de apelación frente a la recaída a 22 de mayo de 2009, insistiendo en sus pretensiones desestimadas en la instancia de supresión de la pensión de alimentos a favor del hijo común hoy mayor de edad, Samuel, así como de atribución a favor de este, al amparo del artículo 96 del Código Civil, de la vivienda familiar, titularidad privativa del recurrente.

A los fines de ofrecer una adecuada, en cuanto ajustada a derecho, respuesta judicial a la problemática así suscitada, parece conveniente recordar que la misma se desenvuelve en el marco, procesal y sustantivo, regulado por los

artículos 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 90 y 91, *in fine*, 100 y 101 del Código Civil.

Como se ha venido manteniendo en esta misma Audiencia Provincial, sentencia, entre otras muchas de 24 de mayo de 2005, los preceptos que acabamos de citar nos habilitan anómalos cauces de revisión, esto es al margen del sistema ordinario de recursos, de pronunciamientos judiciales que hayan alcanzado definitiva firmeza, a especie de derogación, o atenuación, en el ámbito de los procedimientos matrimoniales, del principio de cosa juzgada en el que, conforme a lo prevenido en los artículos 207 y 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se asienta nuestro sistema procesal. El fundamento de la cosa

juzgada radica en la necesidad de evitar la reproducción indefinida de litigios y de conseguir la estabilidad y seguridad jurídica, en cuanto en un anterior proceso haya quedado satisfecha la misma pretensión que se propone en el siguiente, pues la mera posibilidad de que se produzcan sentencias firmes discrepantes y opuestas entre sí, vulnera la legítima expectativa de los justiciables de obtener una respuesta única e inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, e implica, en consecuencia, una quiebra del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva (Sentencias del Tribunal Constitucional 77/1983, 221/1984 y 242/1992, entre otras muchas).

Y es lo cierto que los referidos artículos 90 y 91 se muestran plenamente respetuosos con dicho precepto, dado que tan sólo permiten la modificación de los efectos complementarios sancionados en una sentencia firme en el supuesto de que se hayan alterado sustancialmente los factores que condicionaron su inicial adopción. Por lo cual, y conforme a una reiterada y pacífica interpretación doctrinal y judicial de tales normas, se exige, en orden al posible acogimiento de la acción modificativa, la concurrencia de los siguientes requisitos:

1.º Un cambio objetivo, en cuanto al margen de la voluntad de quien insta el nuevo procedimiento, de la situación contemplada al tiempo de establecer la medida que se intenta modificar.

2.º Que dicho cambio tenga suficiente entidad, en cuanto afectando a la esencia de la medida, y no a factores meramente periféricos o accesorios.

3.º Que la expresada alteración no sea meramente coyuntural o episódica, ofreciendo, por el contrario, unas características de cierta permanencia en el tiempo.

4.º Que el repetido cambio sea imprevisto, o imprevisible, lo que excluye aquellos supuestos en que, al tiempo de establecerse la medida, ya fue tenida en cuenta una posible modificación de las circunstancias.

A la vista de los antecedentes fácticos, de la normativa legal aplicable y doctrina que acabamos de exponer, atendidas las concretas circunstancias concurrentes, esta Sala considera parcialmente atendible la pretensión del recurrente, habida cuenta la edad de Samuel, hijo común de

los litigantes, a cuyo favor se abona prestación alimenticia y beneficiario final de la atribución de uso del domicilio familiar, y ello, si bien no para suprimir en este momento la contribución del padre, así como la atribución del uso de la vivienda, si para limitar temporalmente ambas medidas adoptadas en la sentencia cuya modificación se insta, en atención a las concretas circunstancias concurrentes, difiriendo la extinción de una y otra al momento de transcurrir 3 años computados desde la fecha de la presente resolución, tiempo que estimamos prudencial para la consecución por parte del alimentista de la plena independencia respecto de sus progenitores, y sin perjuicio de que, si transcurrido este lapso temporal que fijamos, aún precisara este hijo de alimentos, pueda solicitarlos, pero ya por sí mismo, de ambos progenitores obligados y en el proceso ordinario propio que corresponda, al margen de uno de familia.

Ciertamente, las excepcionales circunstancias concurrentes en el supuesto de autos, no nos permiten considerar hoy por hoy a Samuel autosuficiente, en cuanto, aun siendo mayor de edad, se encuentra todavía en proceso de formación, puesto que no ha concluido sus estudios superiores de Licenciatura en Ciencias Medioambientales. Viene matriculado en el 3.º año, y no había superado al tiempo de interposición de la demanda la totalidad de las asignaturas de 1.º y 2.º, más ello no por falta de dedicación a los estudios, sino por la necesidad de obtener recursos mediante la prestación de sus servicios retribuidos por cuenta ajena para poder cursarlos, en atención a la precariedad de medios económicos de sus progenitores.

Samuel, de 23 años de edad a esta fecha, como nacido a 19 de julio de 1986, viene concatenando contratos de trabajo precarios, a tiempo parcial, y para obra o servicio determinado, en períodos de corta duración, en temporadas compatibles con su carrera universitaria desde el año 2004, no habiendo completado en estos últimos 6 años sino 308 días de cotizaciones efectivas al sistema público de la Seguridad Social, de modo que, si bien es conocedor del mercado de trabajo, le viene ello impuesto para completar su formación y abrir el abanico de sus posibilidades laborales, ante la imposibilidad material de hacerlo exclusivamente a costa de sus proge-

nitores, ambos en situación desde luego límite, al tener reconocida uno y otro minusvalía en porcentaje importante, superior a todas luces en el padre, cuyos ingresos se constriñen a tan solo 562 euros al mes, sensiblemente inferiores a los que percibe la madre, que ascienden a 672,69 euros mensuales (folio 107 de autos). En estas circunstancias, es evidente que no es a esta fecha Samuel independiente, sino que es la necesidad la que le impone desempeñar un trabajo, so pena de limitar sus expectativas laborales.

Por esta razón estimamos, que en este momento todavía los alimentos de Samuel tienen amparo en el marco de un proceso de familia, de donde no es factible aún la extinción, no obstante, un período de 3 años se considera modulado y prudente para la conclusión de la carrera emprendida y la inserción estable en el mundo laboral, en una edad en la que ello no es socialmente reprochable, máxime siendo conocedor de mercado del trabajo, en cuanto cuenta ya con cierta experiencia. En dichos 3 años, podrá

este hijo haber alcanzado la total autonomía e independencia respecto de sus progenitores de mostrar la adecuada actitud y esfuerzo en sus estudios, siendo un período razonable a la consecución de la titulación en el área académico por el seleccionado.

En cualquier caso, de no haber obtenido tal independencia en el momento aquí previsto, siempre tiene abierta la vía a la obtención de alimentos de sus progenitores, ejercitando las acciones que le incumban en un proceso propio, ajeno a este de familia, y de ambos obligados.

Esta circunstancia integra una sustancial alteración de las que se tuvieron en consideración a 23 de abril de 2001, en términos previstos por el legislador y arriba expuestos, para operar la modificación de la medida, y evita al tiempo a las partes un futuro nuevo litigio, por los cauces procedimentales del artículo 775 de la LEC, con la consiguiente ventaja que supone para ambos la economía procesal, así como para la propia administración de justicia.

Se fija una pensión alimenticia de mínimos aunque la progenitora no custodia carezca de ingresos dado que se encuentra en plena edad laboral, no le viene reconocida discapacidad ni minusvalía, ni le afecta enfermedad invalidante, por lo que ha de contribuir a los alimentos de sus hijos, incluso trabajando, derecho deber constitucional que a todo español impone el artículo 35 de nuestra Constitución y que puede ejercer y cumplir si muestra al respecto la adecuada o debida actitud y esfuerzo.

AP Madrid, Sec. 24.^a, Sentencia de 19 de mayo de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a María del Rosario Hernández Hernández**

Por lo que respecta a las pensiones alimenticias en beneficio de menores de edad, es esta materia de orden público, *ius cogens* o derecho necesario, en la que es preceptivo el establecimiento de contribución a cargo del progenitor no guardador, conforme se desprende del artículo 93 del Código Civil, de aplicación al debate, a salvo supuestos excepcionales de absoluta imposibilidad del obligado, como pudiera ser la de indigencia, en la que desde luego no se encuentra la apelante.

Así, nos da idea de las necesidades de los hijos a cuyo favor se establece en la instancia la aportación materna, la propia cuantía que se acordó abonara el padre a favor de los menores a la fecha de la suscripción del Convenio Re-

gulador de los efectos de la separación, 14 de noviembre de 2003, en que quedaron bajo la guarda de la progenitora femenina. Aquí ni siquiera se aduce por la madre disminución de las necesidades de los hijos.

Ha sostenido esta obligada a lo largo del proceso, como lo hace en su escrito de recurso, que carece de empleo y de todo medio con el que sufragar las pensiones alimenticias, y es este un hecho que a nada nos determina, al que no podemos ser sensibles.

D.^a Amanda se encuentra en plena edad laboral, no le viene reconocida discapacidad ni minusvalía, ni le afecta enfermedad invalidante, al menos otra cosa no aflora a este proceso,

luego ha de contribuir a los alimentos de sus hijos, incluso trabajando, derecho deber constitucional que a todo español impone el artículo 35 de nuestra Constitución, y que puede ejercer y cumplir D.^a Amanda si muestra al respecto la adecuada o debida actitud y esfuerzo.

Como afirma el Juez de primer grado, 60 euros mensuales por hijo es una cantidad prácticamente simbólica, cuyo abono no impone grandes sacrificios ni entra en colisión con el sustento propio, ni colma la totalidad de lo imprescindible al sustento de cualquier persona de la edad de los alimentistas; el padre de estos, además de haber contribuido de manera personal, material y directa a sufragar repetidas necesidades de David, Eva María y Ana, lo ha hecho también económicamente, dando pleno y satisfactorio

cumplimiento a lo dispuesto en los artículos, entre otros, 110, 143 y siguientes, así como 154 del Código Civil.

Procede por todo lo expuesto, la desestimación del segundo motivo de recurso, con confirmación de la sentencia apelada en su integridad, pues tampoco en este punto se acredita error en la valoración del material probatorio obrante en autos, o de aplicación o interpretación de la norma en vigor por parte del Juez *a quo*, sin más que precisar que tanto la necesidad como la capacidad económica, son cuestiones de hecho sometidas a la libre apreciación del Juez *a quo*, facultad de libre apreciación y discrecionalidad que debe atemperarse a elementos de juicio y base de proporcionalidad que establece el artículo 146 del Código Civil.

Los viajes de estudios de forma unánime vienen siendo considerados como gasto extraordinario por la práctica totalidad de los Juzgados, al tratarse de una actividad escolar, no sólo aconsejable, sino asimismo necesaria toda vez que es realizada por todo el curso y difícil explicación sería el que la menor no la hiciese por diferencias entre los cónyuges.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Auto de 6 de mayo de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Enrique de Motta García-España**

Respecto del viaje a la nieve del curso debe estarse a lo acertadamente resuelto por la Juzgadora de instancia habida cuenta que dichos viajes, de forma unánime vienen siendo considerados como gasto extraordinario por la práctica totalidad de los Juzgados, al tratarse de una actividad escolar, no sólo aconsejable, sino asi-

mismo necesaria toda vez que es realizada por todo el curso y difícil explicación sería el que la menos no la hiciese por diferencias entre los cónyuges, y como quiera que no se realiza en todos los centros ni todos los cursos, es imprevisible su realización, lo que le dota del carácter de extraordinaria.

PENSIÓN COMPENSATORIA

No se fija pensión compensatoria toda vez que ha de tomarse en consideración que producida la separación de hecho en octubre del año 2006, no se ha ejercitado acción en reclamación de pensión compensatoria hasta el 19 de septiembre de 2008, esto es, prácticamente 2 años después de la quiebra matrimonial, en los que ha subsistido la recurrente sin aportación económica del esposo, por sus propios medios.

AP Madrid, Sec. 24.^a, Sentencia de 19 de mayo de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a María del Rosario Hernández Hernández**

Frente a la sentencia de divorcio de los litigantes, de fecha 26 de marzo de 2009, se interpone

recurso de apelación por la representación procesal de la demandada, D.^a Otilia, con la pre-

tensión de que se reconozca a su favor pensión compensatoria por desequilibrio, al amparo del artículo 97 del Código Civil, que le ha sido denegada en la instancia.

A la vista de las actuaciones, examinadas estas con detalle, es factible anticipar la procedencia de desestimar el recurso, con íntegra confirmación de la resolución disidente, que es correcta, como conforme al ordenamiento jurídico, y cuyos razonamientos se comparten, suscriben y hacen propios en la presente, dándolos por reproducidos en aras a la brevedad, sin que ningún error se acredite en la alzada cometido, ya de valoración del material probatorio obrante en autos, ya de aplicación o interpretación de la norma en vigor por parte de la Juez *a quo*.

En efecto, en el supuesto de autos, no se constata, no lo acredita la apelante, en quien recae el *onus probandi* o carga de la prueba, a tenor de lo dispuesto en el artículo 217 de la LEC, desequilibrio que la ruptura de su matrimonio le haya podido generar, habida cuenta los recursos económicos de que dispone esta consorte, titular de un no despreciable patrimonio que le genera rentas, o es susceptible de generárselas, con el que subsistir autónomamente con dignidad, sin precisar contribución del ex consorte, con quien no la une ya vínculo alguno.

Ha de tomarse en consideración que producida la separación de hecho en octubre del año 2006, no se ha ejercitado acción en reclamación de pensión compensatoria sino a 19 de septiembre de 2008, esto es, prácticamente 2 años después de la quiebra matrimonial, en los que ha subsistido la recurrente sin aportación económica del esposo, por sus propios medios.

Consecuentemente con ello, D.^a Otilia, al momento de producirse la separación de hecho, punto cronológico del que ha de partirse para valorar el verdadero desequilibrio, vino a reconocer que no existía ninguna diferencia, no ha sido sino mucho después, casi dos años desde aquel hecho, cuando se retracta de inicial reconocimiento y postula pensión compensatoria con cargo al ex marido.

Llegado este punto, es conveniente puntualizar que no existen dos momentos de ruptura

del matrimonio sino tan sólo uno en el que se juzga el desequilibrio que pudiera existir.

El desequilibrio económico entre los cónyuges en el momento de la ruptura se consideró inexistente por la esposa, que a la sazón nada reclamó.

En esta materia, con reiteración se ha venido a manifestar por la doctrina que el artículo 100 del Código Civil establece que la pensión compensatoria sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge; es decir su modificación cuantitativa está legalmente condicionada ya que el carácter taxativo y excepcional de las causas de revisión de las pensiones, al margen de las actualizaciones previstas, lo evidencia el adverbio «sólo» y el adjetivo «sustanciales» empleados en el texto legal.

Es cierto que el citado precepto prevé la posibilidad de variar el *quantum* inicialmente establecido en los términos señalados, lo que podría hacer pensar en la posibilidad tanto de un incremento como de una aminoración de la pensión; sin embargo es difícilmente concebible, salvo supuestos excepcionales, la primera de las alternativas ya que como se ha dicho el desequilibrio que ha de valorarse y corregirse es el existente al tiempo del cese de la convivencia. En la mayoría de los supuestos el hipotético incremento ulterior de fortuna del obligado obedecerá además, en la mayor parte de los casos, a su propio esfuerzo individual, ya sin la cooperación del otro cónyuge ajeno a la bonanza económica sobrevenida y que podría situarle además en determinados casos en un nivel superior al disfrutado en el matrimonio, lo que, en definitiva rompería una de las bases en que se asienta la figura examinada a tenor del inciso inicial del artículo 97 Código Civil. Por ello la mayor parte de la doctrina sostiene que, como norma general, la modificación cuantitativa sólo puede ser a la baja y ello bien por el empeoramiento de la fortuna del deudor o por mejora de la del acreedor siempre que tales alternativas no supongan un reequilibrio susceptible de extinguir el derecho en los términos que contempla el inciso inicial del artículo 101 C. Civil.

Abundando en lo expuesto y como señala algún autor, cuando las alteraciones se produ-

cen con independencia de la situación existente ya en el matrimonio cuya disolución causa el desequilibrio (adquisición de una herencia, premio de lotería etc.) no existe derecho a pedir la modificación de la pensión; por estas mismas razones, no es posible pedir pensión cuando con posterioridad y no existiendo desequilibrio económico en el momento del divorcio o la separación, el deudor aumenta posteriormente su fortuna: la pensión tiene un carácter indemnizatorio fijado en un momento concreto, por ello no nace un derecho posterior si el supuesto no se produjo en el momento previsto por la Ley.

Por ello y como regla general, se debe afirmar que el momento que determina si existe o no desequilibrio económico y por lo tanto pensión es el de separación de hecho, y las circunstancias posteriores no darán lugar a aumento, disminución, o surgimiento de la pensión, ya que el artículo 100 Código Civil utiliza criterios objetivos y no se basa en las necesidades personales de los interesados.

Conforme a lo expuesto, si en ningún momento existió desequilibrio económico, o habiendo surgido, luego se enjugó o desapareció, cualquier diferencia ulterior que pudiera apreciarse entre los ex consortes, si es que la hubiere, sería ya por completo ajena al matrimonio, a la quiebra del mismo o al esposo, atribuible tan solo a otros factores por completo independientes, ya sea situación de prolongada enfermedad, de exceso en el nivel de endeudamiento asumido en función de los ingresos que se obtengan, de una desacertada gestión de recursos, de la voluntaria abstención de cotizar al sistema de Seguridad Social, etc., los que en ningún caso pueden dar lugar, según la doctrina mencionada, ni al inicio ni al resurgimiento de la pensión compensatoria, y lo mismo cabe decir de los incrementos o variaciones a la alza de la pensión, no factibles a posteriori, cuando en su día se estimó que el desequilibrio quedaba restablecido con un importe determinado de pensión.

Las razones expuestas de por sí impiden el éxito de la pretensión de la recurrente y determinan la desestimación del recurso; no obstante, a mayor abundamiento, concurren otras circunstancias que coadyuvan a descartar el desequilibrio.

Los ingresos de que dispone la ex esposa, y los que puede obtener, superan notablemente el importe de la cantidad que en concepto de pensión compensatoria reclama de D. Juan Antonio.

Obtiene 800 euros al mes de una vivienda alquilada, de la que es usufructuaria vitalicia, así como 100 euros más de la renta de una plaza de garaje cuya titularidad ostenta en un 50%, y es propietaria exclusiva de otra vivienda más que venía alquilando por 600 euros al mes, respecto de la que nada impide la vuelta a ofrecer en alquiler, reportando al menos esa misma, si no mayor, cantidad. Completa su economía con la percepción de prestación de desempleo en importe de 413,52 euros al mes, reconocida hasta mediados del año 2018, no necesita por ello contribución de 450 euros al mes con cargo a D. Juan Antonio.

Es cierto que padece, o padeció, dolencias diversas, por las que ha sido intervenida quirúrgicamente, no obstante ello, no ha solicitado reconocimiento de minusvalía, invalidez o discapacidad, ni constan las afecciones invalidantes.

Es perfecta conocedora del mercado laboral, puesto que a la vista de su hoja histórico laboral, le resultan cotizaciones al sistema de la Seguridad Social por más de 22 años. Su edad no es tan avanzada como para impedirle toda actividad, y dispone de preparación y titulación, como evidencian los diplomas a que se alude en la resolución disentida, se han prestado servicios por cuenta ajena antes y durante el matrimonio, y consta baja para el Ayuntamiento de Parla, Madrid, en febrero del año 2005.

No son tampoco mayores las necesidades de la recurrente, cuando tiene completamente cubierta sin coste adicional la propia de vivienda en la familiar, de cuya titularidad participa en un 70%, y cuyo uso viene atribuido a la única hija común, si bien mayor de edad, aún no independiente, que convive con la madre.

No se advierte intensa su dedicación pasada a la familia, como se acaba de decir, puesto que del matrimonio hubo tan solo una hija, y dadas las diversas intervenciones quirúrgicas a que se ha sometido la apelante, y el hecho de haber trabajado constante el matrimonio,

consideramos que la dedicación del esposo a aquella y a la familia, ha sido semejante a la de D.^a Otilia, cada uno en función de sus propias posibilidades.

Por la edad de Irene, que así se llama la común, nacida a 21 de julio de 1990, y que por tanto se considera con la suficiente madurez e independencia física, no es hoy exclusiva ni de considerable grado, la necesidad de dedicación de la madre a esta, y desaparecerá en un futuro cercano con la independización, de manera que goza la apelante de tiempo suficiente disponible para ella misma.

No podemos tampoco obviar que se ha seguido en este matrimonio el régimen económico de absoluta separación de bienes, de manera que cada consorte ha venido siendo titular de su propio patrimonio, sin hacer participe de lo adquirido al otro y gestionándolo o administrándolo como ha tenido por conveniente.

En todas las circunstancias vistas, no es acreedora esta apelante de pensión compensatoria con cargo al ex esposo, pues las diferencias económicas que puedan advertirse entre ellos, son por completo ajenas a la familia, al matrimonio, a la ruptura del mismo y a D. Juan Antonio, solo derivadas de los puestos de trabajo que cada uno desempeña o desempeñó, en función de la respectiva aptitud y cualificación profesional, así como del sector seleccionado para la prestación, y empeño en conservar el empleo o acceder a otro nuevo, recordando que, conforme reiterada doctrina jurisprudencial, este beneficio que regula el artículo 97 del Código Civil, no tiene por destino equiparar economías desiguales o dispares, que es en realidad lo pretendido por la apelante.

En este estado de cosas, no se advierte al tiempo de la separación de hecho desequilibrio para D.^a Otilia derivado de la quiebra de su matrimonio, de donde es correcta la decisión de la Juez de primer grado, lo que conduce a la desestimación del recurso, pues el mero hecho de que se haya mantenido una prolongada convivencia y que de aquel hubiera una hija, no determina, en los condicionamientos estudiados, reconocimiento de derecho a pensión compensatoria del ex marido, ni indefinida, ni temporal.

La pensión compensatoria en este caso, no obedecería a las previsiones que se contemplan en el artículo 97 del Código Civil, en cuanto el destino de este beneficio, no es otro que colocar al consorte desfavorecido con la quiebra del matrimonio, en igual situación frente al empleo, o medios o recursos con los que obtener el sustento, en que se encontraba antes de contraerlo, situación de que ya goza la apelante, recordando que, conforme reiterada doctrina jurisprudencial, la pensión compensatoria no es de automática concesión a la separación o al divorcio, ni, como ya se ha dicho, un mecanismo igualatorio de economías dispares, siendo su finalidad evitar, en la medida relativa que se infiere de las medidas cuantificadoras que tal precepto contempla, que la separación o la disolución por divorcio, del matrimonio, origine a uno de los consortes una situación de desequilibrio que se reputa injusto, en méritos a la concurrencia de dos índices condicionantes comparativos, uno temporal en su naturaleza, pues el que postula tal derecho ha de estar en posición de inferioridad económica respecto de la que disfrutaba antes en el matrimonio, y de carácter personal la otra, cuando además es imprescindible que la posición económica del beneficiario en potencia, sea de inferior nivel a la del otro consorte, debiendo influir ambos condicionamientos, y sin que pueda bastar uno solo para el nacimiento del derecho regulado en el respectivo precepto; condicionantes o presupuestos que no pueden presumirse, por cuanto los mismos han de quedar sometidos a la doctrina general del *onus probandi*, sin alteración ni privilegio alguno (artículo 217 de la LEC, anterior 1214 del CC).

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que la mayor parte de las separaciones y los divorcios tienen una incidencia negativa en la economía de ambos cónyuges y es imposible equilibrar aritméticamente la situación de uno y otro con la tenida en período de convivencia, por ello se afirma por la doctrina que el reequilibrio no tiene que suponer una igualdad entre los patrimonios de los dos, sino hallarse cada uno de ellos de forma autónoma en la posición económica que le corresponde según sus propias actitudes y capacidades para generar recursos económicos.

Si el actor introduce en el debate la procedencia o no de la pensión compensatoria, la demandada no necesita formular demanda reconvencional.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 18 de mayo de 2010

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

Contra el criterio decisorio plasmado en la Sentencia de instancia que, acogiendo en su integridad la pretensión al efecto deducida por la esposa, reconoce, en pro de la misma, el derecho al percibo de una pensión por desequilibrio en cuantía de 4.215 € al mes, se alza el demandante, interesando de la Sala que, con revocación de dicho pronunciamiento, se declare extinguida la obligación de dicho litigante de seguir abonando pensión en favor de la Sra. Matilde o, subsidiariamente, se reduzca su importe a 300 € al mes.

En apoyo de tal *petitum* revocatorio y en el trámite del artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la dirección Letrada del recurrente alega, en síntesis, lo siguiente:

a) Que no se puede constituir judicialmente la obligación de abonar una pensión compensatoria sin que se haya admitido reconvención judicial sobre tal pedimento.

b) Que habiéndose prorrogado la convivencia matrimonial tan sólo durante once años, no procede mantener la vigencia de una pensión que se ha venido abonando en los veintiocho años siguientes, máxime cuando no se pactó su carácter vitalicio. A ello se añade que, al momento de la separación, la esposa tan sólo contaba 34 años de edad, con una amplia expectativa laboral por delante, habiendo desempeñado diversos trabajos tras dicha ruptura convivencial. Y se finaliza exponiendo que doña Matilde no había trabajado en estado de soltera, por lo que su separación no le ocasionó un desequilibrio económico que implicase un empeoramiento cierto en su situación anterior al matrimonio.

c) Que la suma pactada en la escritura pública de separación englobaba tanto la pensión a la esposa como los alimentos de los cuatro hijos comunes, por lo que a la primera tan sólo le correspondería una quinta parte de dicha prestación que, actualizada a febrero de 2009, supon-

dría una cifra de 264 €, no obstante lo cual se ofrece, con carácter subsidiario a la propugnada extinción, abonar la cantidad de 300 € al mes.

Postura que encuentra la frontal oposición de la contraparte, en súplica de íntegra confirmación de la resolución impugnada.

El primero de los alegatos en que, conforme a lo antedicho, apoya su pretensión el recurrente parte de una lectura sesgada o, en su caso, de una interpretación errónea de las previsiones del artículo 770.2.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En efecto, tratándose de medidas complementarias que, por no afectar a la prole en situación de dependencia jurídica de sus progenitores, no pueden ser adoptadas de oficio, dicho precepto tan sólo exige, en orden a su examen y resolución de fondo, la articulación de demanda reconvencional cuando las mismas no hayan sido solicitadas en el escrito rector del procedimiento.

Y es lo cierto que en el caso que hoy examinamos la cuestión relativa a la viabilidad del derecho de pensión en pro de la esposa ya había sido abordada a través del escrito de demanda presentado por el hoy recurrente. Se refiere en el mismo que, desde la ruptura fáctica de la convivencia matrimonial, acaecida en el año 1981, y en virtud del convenio de tal situación recogido en escritura notarial de fecha 27 de abril de dicho año, aquél ha venido abonando mensualmente la suma allí pactada, con sucesivas actualizaciones anuales, la que, si bien entonces y en el transcurso de los años inmediatamente posteriores, tenía por finalidad la cobertura de las necesidades tanto de la esposa como de los hijos comunes, acabó, ante la independencia económica de estos últimos, por tener como única beneficiaria a doña Matilde, ascendiendo su cuantía, al tiempo de presentarse la demanda, a 4.215,36 €. Y se acaba interesando, a través del suplico del escrito rector de dicho procedimien-

to, que se declare extinguida dicha obligación o, en su caso, se reduzca su cuantía.

Obvio es que el referido planteamiento introduce en el debate litigioso el citado derecho, respecto del que ya no se hacía preciso, en orden a su examen y decisión de fondo, la formulación de demanda reconvenzional, con los requisitos formales exigidos por el artículo 406 LEC, bastando al efecto con que la demandada articulara, respecto de aquellas pretensiones, otras cualitativa o cuantitativamente diferentes, para que el ámbito del proceso, en los términos del artículo 412 LEC, quedara definitivamente configurado, esto es, sin necesidad de ampliar la fase alegatoria.

Y así se procedió, de modo irreprochable, por la Juzgadora *a quo*, al rechazar la admisión a trámite de la demanda reconvenzional formulada por la representación de la esposa, dado que la cuestión controvertida, si bien en el sentido antedicho, ya había sido planteada por el actor en su escrito de demanda, por lo que la antagónica posición al respecto manifestada de contrario no implicaba la ampliación de la contienda a medidas no contempladas por el actor, lo que excluía un formulismo procesal previsto para supuestos distintos del que ahora nos ocupa.

En consecuencia, y bajo el referido planteamiento de carácter formal, no puede acogerse la pretensión revocatoria formulada.

El mero transcurso del tiempo por sí solo no conlleva, sin más, su extinción, que únicamente operará cuando se acredite la desaparición del desequilibrio económico cuya prueba incumbirá precisamente a la parte que postula la extinción del derecho.

AP Pontevedra, Sec. 6.^a, Sentencia de 14 de mayo de 2010

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Magdalena Fernández Soto

En cuanto a la extinción de la pensión compensatoria que acogió la sentencia de instancia, esta Sala no puede compartir tal decisión. Aunque es cierto que la pensión compensatoria no es la de ser equivalente a una de carácter vitalicio, el mero transcurso del tiempo por sí solo no conlleva, sin más, su extinción, que únicamente operará cuando se acredite la desaparición del desequilibrio económico cuya prueba incumbirá precisamente a la parte que postula la extinción del derecho, conforme al artículo 217.2 LEC. Ocurre en el caso de autos que por parte del que solicita la extinción no se ha acreditado que hayan desaparecido las circunstancias determinantes el desequilibrio económico, circunstancias que, en todo caso, han de ser valoradas a partir del año 2000, fecha en que la parte aquí accionante promovió demanda de modificación de medidas.

Decimos lo anterior por cuanto los factores alegados en la demanda como determinantes de su extinción no han sido acreditados. Se dice que la esposa renunció por escrito al percibo de la pensión, sin embargo ello no se ajusta a la realidad por cuanto del documento obrante al

folio 43, no impugnado por el ahora apelado, se infiere claramente que a raíz de la liquidación de gananciales la esposa únicamente renunció a las mensualidades devengadas a favor del que aparecía como su acreedor y en aras de compensar lo debido, de hecho, posteriormente y como se acredita con la resolución aportada en esta instancia, una vez liquidada la sociedad procedió a instar la ejecución judicial por impago de las cantidades debidas en concepto de pensión compensatoria y que no habían sido compensadas.

Se alegó también en la demanda que el apelado tenía que hacer frente al pago de una hipoteca por la compra de un local sito en la calle Sagunto, pero ocurre que tal alegato, por lo demás huérfano de prueba alguna, aparece desvirtuado por la nota simple informativa del Registro de la Propiedad, ya que en la misma aparece el Sr. Nicanor como titular del referenciado inmueble sin figurar carga alguna.

El apelado trae a colación en su escrito de oposición al recurso circunstancias que no fueron alegadas oportunamente en la demanda, como son su edad y estado de salud, sobre la

cuestión, aun cuando acredita que su salud se ha deteriorado por perder visión en un ojo, nada acredita en orden a que ello le impida hacerse cargo del negocio y en cuanto a la supuesta incapacidad el mismo reconoce que todavía no ha sido resuelta por los organismos competentes. Alega también que si la esposa ha vivido sin su ayuda económica y ha hecho frente al pago de lo que le correspondía en la liquidación de ganancias es porque contaba con ingresos para vivir, cuidando personas mayores. Dada la índole del trabajo que refiere el apelado y considerando que la apelante no consta que cuente con algún tipo de preparación profesional específica, la edad que tiene, y que en la actualidad no consta dada de alta en ningún régimen de la Seguridad Social, entiende esta Sala que, por realizar un trabajo de esas características no puede considerarse que haya desaparecido el desequilibrio económico que la separación produjo y sobre todo si consideramos lo exiguo del importe de la pensión compensatoria que hace indefectiblemente necesario que la apelante tenga que completarla con trabajos del tipo que viene realizando.

Hace hincapié el apelado en el hecho de que su negocio no le proporciona la rentabilidad de antaño, consideración que no puede ser considerada desde el momento que ninguna prueba ha facilitado tendente a acreditar la supuesta disminución de ingresos en el negocio, hasta el punto que desconocemos cuáles eran en el año 2001 y cuáles son en la actualidad. Y, por último, en cuanto a que no existe desequilibrio únicamente decir que el mismo subiste y para ello basta considerar la edad de la Sra. Yolanda y que ha dedicado su vida al sostenimiento y cuidado de una familia, sin realizar actividad laboral remunerada y ya en edad madura, sin cualificación profesional suficiente y en la actualidad enferma, ve frustrado su proyecto vital, ante ello no hay duda que continua siendo acreedora de una pensión que le permita en parte hacer frente a sus necesidades vitales a cargo de quien se benefició de sus trabajos hasta que de conformidad a lo establecido en los artículos 100 y 101 del Código Civil, el derecho se extinga o modifique, por la desaparición de tal desequilibrio económico cuya prueba en este procedimiento no ha probado quien postuló la extinción.

Debe suprimirse el límite temporal fijado en la instancia a la pensión compensatoria dado que ambos cónyuges están jubilados, de tal manera que no hay posibilidad o no puede preverse de forma objetiva una mejoría de la situación económica de la esposa que permita fijar a la pensión compensatoria un límite temporal y la duración del matrimonio —38 años— y la dedicación prioritaria de la esposa al cuidado de la familia, impiden considerar que la percepción de una pensión compensatoria durante un determinado plazo permita cumplir la finalidad reequilibradora.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 11 de mayo de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Dolores Viñas Maestre**

Debe sin embargo suprimirse el límite temporal. Pese a que la Jurisprudencia sostiene un criterio favorable a la temporalización, —muestra de ello es la sentencia del TS de 28 de abril de 2005 y múltiples sentencias de esta Sala— tanto el Tribunal Superior de Justicia como el propio Tribunal Supremo, se han decantado por la denegación de la temporalidad, cuando no pueda preverse, de forma objetiva, una posibilidad de mejoría o de recuperación económica del cónyuge acreedor, o cuando la fijación de un plazo impida el cum-

plimiento de la finalidad reequilibradora que se le atribuye a la referida pensión. Así la sentencia del TSJC de fecha 5 de mayo de 2003 señala que la determinación *ex ante*, es decir en el momento de ordenar el pago de la pensión compensatoria, del plazo de duración de ésta, es potestativo y no un imperativo legal, recomendando la fijación de un límite temporal en los supuestos en que la persona beneficiaria de la pensión esté en una edad en que la incorporación al mundo laboral no sea difícil, tenga una preparación académica o

profesional cualificada o el matrimonio haya tenido una corta duración. Y la sentencia del TS de fecha 17 de octubre de 2008, tras recoger la doctrina jurisprudencial tendente a admitir la temporalidad de la pensión compensatoria, señala que «para que pueda ser admitida la pensión temporal es preciso que constituya un mecanismo adecuado para cumplir con certidumbre la función reequilibradora que constituye la finalidad —ratio— de la norma, pues no cabe desconocer que en numerosos supuestos, la única forma posible de compensar el desequilibrio económico que la separación o el divorcio produce en uno de los cónyuges es la pensión vitalicia» y que «la temporalidad no es imperativa, en la medida que su admisión exige que la fijación de un plazo concreto no determine que se resienta la función reequilibradora que le es consustancial. Y esta exigencia o condición para que pueda limitarse temporalmente su percepción obliga al órgano judicial, a la hora de optar por fijar un límite tem-

poral, a atender a las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas que permiten valorar la “idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico”».

En el caso de autos, ambos cónyuges están jubilados, de tal manera que no hay posibilidad o no puede preverse de forma objetiva una mejora de la situación económica de la esposa que permita fijar a la pensión compensatoria un límite temporal y la duración del matrimonio —38 años— y la dedicación prioritaria de la esposa al cuidado de la familia, impiden considerar que la percepción de una pensión compensatoria durante un determinado plazo permita cumplir la finalidad reequilibradora de la misma, razones por las cuales debe suprimirse el límite temporal de tres años establecido en la sentencia a la pensión compensatoria, no fijando plazo alguno, sin perjuicio de las variaciones que procedan, si se modifican las circunstancias o concurre alguna de las causas de extinción de la misma.

CUESTIONES PROCESALES

Ambos progenitores residen en España, como también residen en este país los hijos menores, quienes ya se encuentran en la compañía del padre, de modo que no se observan obstáculos procesales para dar lugar a la admisión de la demanda y nada obsta para el conocimiento de dicha demanda el hecho de que en su momento se dictara sentencia de divorcio en Ecuador, pues no se pretende otro fin que el cambio de las medidas en materia de responsabilidad parental.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 28 de mayo de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres**

La parte apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación, estimando de aplicación lo dispuesto del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y por cuanto que los hijos menores residen en España en compañía de su padre, interesa que se declare la competencia del juzgado de primera instancia número cinco de Alcobendas para conocer de la demanda interpuesta, sobre custodia, régimen de visitas y prestación alimenticia de los hijos menores.

El Ministerio Fiscal solicita la confirmación de la resolución apelada, por entender que es ne-

cesario interesar el exequátur de la sentencia de divorcio recaída en Ecuador.

Conviene recordar que la demanda que se interpone viene referida a medidas sobre responsabilidad parental, sobre custodia de los hijos menores, régimen de visitas en favor del progenitor no custodio y prestación alimenticia a cargo de este último.

El artículo 8 del Reglamento 2201/2003 establece que los órganos jurisdiccionales de un estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de menores que residan habitualmente en dicho estado

miembro en el momento en el que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional.

En este sentido, es lo cierto que según se desprende de los hechos expuestos en la demanda, ambos progenitores residen en España, como también reside en este país los hijos menores, quienes ya se encuentran en la compañía del padre, de modo que no se observan obstáculos procesales para dar lugar a la admisión de la demanda, que afecta a materia de responsabili-

dad parental, y nada obsta para el conocimiento de dicha demanda por parte del Juzgado de Primera Instancia número cinco de Alcobendas el hecho de que en su momento se dictara sentencia de divorcio en Ecuador, pues no se pretende otro fin que el cambio de las medidas en materia de responsabilidad parental, en los términos expuestos en la demanda planteada, de modo que para su admisión no se estima necesario exigir el exequátur de la sentencia de divorcio.

Cuando el demandado ha sido declarado en rebeldía no puede pedir nada por primera vez a través del recurso de apelación.

AP Madrid, Sec. 24.^a, Sentencia de 20 de mayo de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González**

Conocida la razón de ser de la presente alzada, en la extensión y términos antes dichos por la expresión de los motivos que llevaron a la representación legal del Sr. Argimiro a apelar la sentencia de instancia es llegado el momento de dar respuesta concreta a las anunciadas pretensiones a la luz de la legalidad vigente, doctrina jurisprudencial y circunstancias concurrentes. Así, del estudio de las actuaciones procede su desestimación y ello sin necesidad de extendernos en argumentaciones jurídicas y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 456 de la LEC al decir que «en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia»; y de conformidad con la doctrina jurisprudencial emanada de nuestro Tribunal Supremo que interpretando el principio de la congruencia, desde mayo de 1986

nos dice: «No pueden tenerse en cuenta a fin de decidir sobre ellas, las pretensiones formuladas *ex novo* en el momento del recurso de apelación, al ser trámite no procedente a tal propósito».

Partiendo de lo que antecede, de la legalidad vigente y doctrina jurisprudencial, citadas; del estudio de las actuaciones y tras valoración conjunta de la prueba obrante en autos; cabe decir en este momento que procede desestimar el presente recurso de apelación por cuanto lo pedido ahora por el recurrente en esta alzada no fueron pretensiones formuladas al Juez de la primera instancia; y ello al haber sido declarado el demandado al folio 85 de las actuaciones y en providencia de fecha 14 de julio de 2009, en situación de rebeldía procesal. Se insiste, no se puede pedir nada por primera vez, a través del recurso de apelación y al órgano *ad quem* lo no pedido en primera instancia antes al órgano *a quo*.

Si se solicita la extinción del uso de la vivienda familiar y se limita temporalmente a tres años la sentencia no incurre en incongruencia dado que se estima parcialmente la pretensión pero se difiere su efectividad de forma temporal.

AP Madrid, Sec. 24.^a, Sentencia de 20 de mayo de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a María del Rosario Hernández Hernández**

Con esta solución que adoptamos, no se incurre en incongruencia alguna, ultra o extrapetita, toda vez que, solicitada por el apelante la extinción

en el momento actual de la pensión de alimentos y del uso del domicilio familiar, no hace la Sala otra cosa que estimar ambas pretensiones

parcialmente, acordando diferir una y otra extinción al transcurso de 3 años computados desde la fecha de la presente resolución, vencidos los cuales, tanto la pensión de alimentos, como el uso del domicilio familiar, quedarán extinguidos automáticamente, sin necesidad de nueva declaración, y sin perjuicio de que, si con anterioridad a tal momento Samuel obtuviera la independencia, se pueda acudir nuevamente a otro proceso de modificación de medidas, y habida cuenta los conocidos aforismos doctrinales: «quien pide lo

más, pide también lo menos», en este caso, interesada la extinción de los dos beneficios, ha de considerarse solicitada también su limitación; así como *da mihi factum, dabo tibi ius*, que se contiene en el artículo 218 de la LEC, al facultar al Tribunal, sin apartarse de la *causa petendi*, acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolver conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido citadas o alegadas acertadamente por los litigantes.

La privación de la patria potestad no puede acordarse en un procedimiento de mutuo acuerdo, procediendo la devolución de los autos al juzgado de Instancia para que los cónyuges propongan una nueva redacción de la cláusula, que como mucho podría limitarse a atribuir el ejercicio de la patria potestad a la madre.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 20 de mayo de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Pascual Martín Villa**

Por la Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de los de Igualada se dictó Sentencia en fecha 13 de julio de 2009 mediante la que se aprobó la propuesta de un convenio regulador suscrito por doña Susana y don José Pedro el día 1 de abril de 2008, relativo a la guarda y custodia de la hija menor común, Sara, si bien no se aprobó el pacto primero, segundo parágrafo de dicho convenio, en el que el padre renuncia a la patria potestad. Por Auto de aclaración de fecha 20 de julio de 2009 fue rectificada la anterior resolución en los siguientes extremos: 3. Se hace saber a los litigantes que la sentencia no es firme y que frente a la misma pueden interponer recurso de apelación, que habrán de preparar ante este Juzgado dentro de los cinco días hábiles contados desde el siguiente en que se reciba la notificación de la presente resolución, en la forma que disponen los artículos 455 y ss. de la LEC.

Frente a la expresada sentencia y su auto aclaratorio se alzó doña Susana, interesando la revocación del pronunciamiento por el que no se aprueba la renuncia del padre a la patria potestad de la hija común, debiendo acordarse en esta alzada la privación a dicho progenitor de la patria potestad por los motivos que se aducen en el cuerpo del escrito de recurso.

La digna representante del Ministerio Fiscal se opuso al recurso interpuesto por la madre de

la menor e interesó la confirmación de la resolución recurrida, ya que, a su entender, la eventual concurrencia en la persona del Sr. José Pedro de una causa de privación de la patria potestad *ex* artículo 170 del Código Civil, deberá ser alegada y probada en el juicio declarativo correspondiente, tal y como se indica en la sentencia recurrida, sin que sea admisible renuncia, transacción, allanamiento o desistimiento alguno del Sr. José Pedro, pues se trata de una materia excluida de la libre disposición de las partes, tal y como establece el artículo 751.1 y 3 de la LEC.

Es posible leer en la STSJC de 18/0972008, aplicable por analogía al supuesto que nos ocupa, que «... hoy por hoy, sin perjuicio de las reformas que el legislador crea oportuno introducir en el futuro Libre Segon del Codi Civil de Catalunya —en el que, al parecer, se prevén los pactos en previsión de una ruptura matrimonial y, en general, se remarca igualmente el carácter vinculante de los acuerdos alcanzados por los cónyuges con posterioridad a la ruptura, aun fuera de la propuesta de convenio, estableciendo, no obstante, un término de revocación de tres meses desde su otorgamiento—, lo cierto es que tanto del artículo 76.3.a) CF, en relación con el artículo 77 CF, como del artículo 83.1 CF se desprende que, en las materias de inequívoca naturaleza patrimonial, los cónyuges tienen una

amplia autonomía negocial (artículo 1255 CC y artículo 11 CF)»; sin embargo, «... esta autonomía se ve limitada si del pacto se derivara perjuicio para los hijos menores o incapacitados, en cuyo caso su aprobación judicial deberá ser denegada y, en el supuesto de que los cónyuges se nieguen o se abstengan de modificar el convenio conforme a las observaciones realizadas al respecto por el juez, será éste quien resuelva lo procedente (artículo 78 CF y artículo 777 LEC).

Es en este sentido en el que cabe interpretar en el vigente Derecho de Familia catalán la necesidad de aprobación judicial del convenio regulador acordado por los cónyuges, preceptuada por el artículo 78 CF para que alcance los efectos previstos en el artículo 81 CF, de acuerdo con lo que dejamos claramente expuesto en la sentencia núm. 23/2004, de 19 de julio, y reiteramos en la sentencia núm. 26/2006, de 22 de junio».

En el pacto primero, párrafo 2.º, del convenio regulador suscrito por los padres de la menor en fecha 1 de abril de 2008 se señala expresamente lo siguiente: Asimismo, y atendiendo a que el padre de la menor no ha mantenido nunca ningún tipo de contacto con ella y manifiesta no tener voluntad de tenerlo a partir de este momento, acepta expresamente que la patria potestad de la niña la asuma únicamente y en su totalidad, la madre, doña Susana; en consecuencia, don José Pedro, renuncia a la patria potestad que pudiese ejercer sobre su hija Sara.

El expresado pacto no fue aprobado por el juzgado, por entender que se trataba de una materia indisponible para las partes, y, por tanto, no podía ser objeto de renuncia, allanamiento, transacción o desistimiento; aprobándose el resto del convenio, a excepción de dicho pacto, para la elucidación del cual se remitió a las partes —si ese fuese su interés— al procedimiento declarativo correspondiente.

Por la madre se interesa en su recurso que por economía procesal, habida cuenta de que el padre está incurso en causa de privación de la patria potestad, se admita su renuncia a la misma, acordándose ahora tal privación a fin de dejar resuelta la cuestión y no verse obligada a acudir a un nuevo procedimiento distinto del presente.

Dicha cuestión relativa a la privación al padre de la menor de la potestad no es posible efectuarla en este procedimiento, y ello se deduce de lo preceptuado en el artículo 136 del CF, con arreglo al que: «El pare i la mare poden ésser privats de la titularitat de la potestat només per sentència ferma, fonamentada en l' incompliment greu o reiterat de llurs deures, o per sentència dictada en causa penal o matrimonial».

Sentado lo anterior, obviamente, por tratarse de normas imperativas —con marcado carácter de orden público— de obligada observancia por los Tribunales, no es posible en el presente procedimiento privar al padre de la potestad, ni siquiera aunque pudiera presumirse que éste hubiera incurrido en un grave incumplimiento de los deberes inherentes a la misma; sin embargo, y pese a que en este procedimiento consensuado no se pueda privar al padre de la titularidad de la potestad, ello no empece para que pueda llegar a establecerse un pacto en torno al ejercicio de la misma; y en este sentido, para tratar de dar una solución al asunto, lo más adecuado será realizar una nueva propuesta de convenio, que exprese que bien el padre y la madre ejercitan conjuntamente la potestad sobre la hija menor, o que la ejerce la madre con el consentimiento del padre (artículo 137.1 CF); o bien, que la potestad será ejercida de forma exclusiva por la madre, ante la imposibilidad del progenitor paterno de ejercerla por motivos «íntimos, personales o análogos» que impidan ese ejercicio, *ex* artículo 137.3 *in fine* CF.

Se incurre en excesivo formalismo al no admitir a trámite la demanda por falta de presentación de documentos que acrediten la capacidad económica del actor.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 20 de mayo de 2010

Ponente: Ilma. Sra. D.ª María del Rosario Hernández Hernández

Esta Sala no comparte el criterio de la Juzgadora *a quo*.

Ciertamente, a la luz de la literalidad de los preceptos que acabamos de transcribir es exigible

la aportación de la certificación de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, y demás documentos en que el cónyuge funde su derecho, así como, al haberse interesado medidas de carácter patrimonial, los documentos de que disponga la reclamante que permitan evaluar la situación económica de los cónyuges y, en su caso, de los hijos, tales como declaraciones tributarias, nóminas, certificaciones bancarias, títulos de propiedad o certificaciones registrales.

Se afirma en el auto disentido que nada alega la actora en orden a meritada situación económica, y es lo cierto que en el escrito generador del proceso, en el hecho tercero del mismo, se expresa que esta trabaja como asistente de hogar, realizando trabajos esporádicos, que reside en vivienda de alquiler en compañía del hijo menor y de un hermano, abonando 300 euros mensuales en concepto de renta, y estas alegaciones son en sí mismas suficientes para acceder a la admisión a trámite de la presente demanda, en cuanto a la misma se acompaña la certificación del Registro Civil relativa a la inscripción de nacimiento del hijo, y es factible, dada la precariedad laboral de la actora, que carezca de documentos tales como nóminas o recibos de salario, contrato de trabajo, declaraciones tributarias o los acreditativos de titularidad de bienes, cuando ha aportado aquellos de los que dispone, y sin que ello obste al conocimiento de sus propias posibilidades económicas mínimamente, siendo incluso factible que finalmente en la

sentencia por la que concluya el procedimiento, se resuelva sobre medidas, sin proceder a fijar la cuantía de la pensión alimenticia o régimen de visitas, por desconocerse los parámetros que permitan condiciones de establecimiento.

Nada impide por lo demás en el curso del procedimiento perfilar el panorama patrimonial, como pueda ser a título de ejemplo, oficiando al servicio de Averiguación Patrimonial, como puede a lo largo del mismo D.^a Sonsoles aportar documentos relativos a ingresos y gastos tanto propios como del menor.

En consecuencia, un exceso de rigorismo formal, determina aquí indefensión para la demandante, que expresamente manifestó en su escrito de fecha de presentación 2 de julio de 2009, en segundo otrosí digo, su voluntad de cumplir con todos y cada uno de los requisitos exigidos para la validez de los actos procesales, añadiendo que, si por cualquier circunstancia se hubiera incurrido en algún defecto, se ofrecía, desde ese mismo momento a su subsanación de forma inmediata y previo requerimiento, todo ello a los efectos previstos en el antes citado artículo 231 de la LEC.

Ha de ser en consecuencia estimado el recurso, con revocación del auto disentido, a dejar sin efecto, para que, una vez se reciban las actuaciones, se proceda a la admisión a trámite de la demanda, con todo lo demás a que hubiere lugar en derecho.

EJECUCION DE SENTENCIA

Se deja sin efecto la ejecución despachada al no probarse que el incumplimiento del régimen de visitas se deba única y exclusivamente a un comportamiento directo y doloso de la madre ya que queda constancia que las visitas chocan abiertamente con los deseos del hijo de quince años de edad.

AP Madrid, Sec. 24.^a, Auto de 27 de mayo de 2010

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González

Conocida ya la razón de ser de la presente alzada, por la expresión del motivo que llevó a la recurrente a apelar la resolución de instancia;

para la resolución del presente recurso y para una mejor comprensión de lo que después se dirá; es conveniente al caso previamente re-

cordar con la doctrina más autorizada de los autores, al hablar de las clases de prueba que, por su objeto, debemos distinguir entre prueba principal y contraprueba. Prueba principal es la prueba de que se han dado los hechos mismos que son condición de la aplicación de la norma jurídica; por tanto, es la prueba de la parte cargada con la acreditación de la verdad de sus afirmaciones de hecho contenidas en la demanda. La contraprueba es la prueba del adversario en contra de tal afirmación. La importancia práctica de la distinción está en esto: la prueba principal, para lograrse, tiene que convencer plenamente al Juez de la existencia de los hechos sobre los que versa, sin tal convencimiento la norma no podrá ser aplicada. En cambio, la contraprueba se logra ya en cuanto imposibilite o destruya aquel convencimiento; esto es, que basta con que introduzca de nuevo la duda en el ánimo del Juzgador. De aquí que contraprueba no signifique siempre lo mismo que prueba de lo contrario.

Pues bien, partiendo de lo que antecede; del estudio de las actuaciones y tras valoración conjunta de la prueba obrante en autos; cabe decir en este momento que procede desestimar el presente recurso de apelación al no haberse probado por el demandante ejecutivo y ahora apelante, en ninguna de ambas instancias, la verdad de sus afirmaciones de hecho contenida en su demanda. No se ha probado que el incumplimiento del régimen de visitas se deba única y exclusivamente a un comportamiento directo y doloso de la Sra. Estíbaliz. Por otro lado se comparte totalmente lo argumentado por el órgano *a quo* y decidido para dejar sin efecto el auto de 2 de julio de 2009 pues las visitas establecidas y que se pretenden chocan abiertamente con los deseos del hijo acorde con su edad de 15 años; y que, insistimos, revelan que de darse incumplimiento del régimen de visitas la causa no es el comportamiento de la madre; al menos, como se dijo, ello no se ha probado y de la manera que debe exigirse a quien plantea un procedimiento.

Si en materia de imposición de costas procesales rige el principio objetivo del vencimiento, con mayor razón deberá efectuarse aplicación de este principio en el proceso de ejecución cuando el incumplimiento previo de la resolución judicial ha motivado la presentación de la demanda de ejecución por el ejecutante.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 25 de mayo de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Ana M.ª García Esquius**

El único motivo de discrepancia expresado por don Casimiro reside en el pronunciamiento sobre costas ya que la resolución impugnada opta por no efectuar imposición de las mismas a ninguna de las partes y ello en base a la especial naturaleza de la ejecución.

Alega el apelante que no es de aplicación al procedimiento de ejecución la doctrina jurisprudencial que viene entendiendo que en materia de derecho de familia no se efectúe, con carácter general, imposición de costas en función del vencimiento. Efectivamente, la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, de 7 de enero, en su artículo 561.2, apartado segundo, dispone que si se estimara la oposición a la ejecución, se dejará ésta sin efecto y se condenará al ejecutante a

pagar las costas de la oposición y este precepto no contiene excepciones. Si en materia de imposición de costas procesales rige el principio objetivo del vencimiento, con mayor razón deberá efectuarse aplicación de este principio en el proceso de ejecución cuando el incumplimiento previo de la resolución judicial ha motivado la presentación de la demanda de ejecución por el ejecutante. El auto que se impugna desestima, como no podía ser de otra manera, la oposición. Dada además la falta de consistencia de los argumentos esgrimidos para justificar el incumplimiento del régimen de visitas, la consecuencia no puede ser otra que la de la continuación de la ejecución y la consiguiente imposición de las costas a la ejecutada.

Habiéndose pactado en el convenio regulador que «el esposo dona a título gratuito a las hijas del matrimonio su mitad que le corresponde de los bienes gananciales, excepto el garaje y el vehículo, que serán adjudicados al esposo», procede dar cumplimiento al pacto siguiendo los trámites previstos en el artículo 708 de la LEC.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Auto de 20 de mayo de 2010

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Enrique de Motta García-España

Antes de entrar en el estudio del recurso debe manifestarse que al tratarse de una demanda ejecutiva la misma tiene por objeto cumplir lo en su día acordado en una sentencia, y dado que la sentencia que se pretende ejecutar aprobó el convenio suscrito por las partes, debe estarse a dicho convenio, toda vez que las sentencias judiciales deben ser cumplidas en sus propios términos, especialmente por las partes que firmaron el convenio que dicha sentencia aprueba.

En el caso de autos, según consta al folio 67 y siguientes de los autos, se dictó el 22 de abril de 1999 sentencia de separación aprobando las medidas convenidas entre las partes, entre las cuales cabe destacar la que aquí interesa, reflejada en el convenio en donde se recoge bajo el epígrafe ADJUDICACIÓN que «el esposo dona a título gratuito a las hijas del matrimonio su mitad que le corresponde de los bienes gananciales, excepto el garaje y el vehículo, que serán adjudicados al esposo», y ciertamente al folio 67 de los autos consta el citado documento de fecha 25 de marzo de 1999 donde las partes así lo expresan. Así las cosas es clara la pertenencia de la obligación que a ambas partes alcanza de cumplir aquello que convinieron y que fue aprobado judicialmente en la sentencia antes dicha.

Debe recordarse que el ejecutado puede oponerse a la ejecución alegando motivos de fondo o defectos formales.

Los motivos de fondo vienen recogidos en el artículo 556 de la LEC:

- Pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia que se habrá de justificar documentalente. Se plantean problemas cuando se paga en mano sin recibo al cónyuge, o se entrega directamente a los hijos o se hace en una cuenta que el

progenitor obligado al pago abre a nombre de los hijos.

- Caducidad de la acción. Conocida es la discusión sobre si el plazo de caducidad es de 5 o de 15 años, si bien en la actualidad se trata ya de una cuestión pacífica, el que el plazo es el de 5 años.
- Actos y transacciones que se hubieren convenido para evitar la ejecución siempre que consten en documento público. Sabido es que los pactos que versen sobre la pensión alimenticia de los hijos son radicalmente nulos.

Los motivos de forma están recogidos en el artículo 559 de la LEC:

- Carecer el ejecutado del carácter o representación con que se le demanda.
- Falta de capacidad o de representación del ejecutante o no acreditar el carácter o representación con que demanda.
- Nulidad radical del despacho de la ejecución por no contener la sentencia o laudo arbitral pronunciamientos de condena, no cumplir el documento presentado los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución, o por infracción, al despacharse la ejecución, de lo dispuesto en el artículo 520 de la LEC.

En cuanto a si se trata o no de una condena de hacer personalísimo o no personalísimo debe decirse que la ejecución de títulos que imponen una declaración de voluntad se rigen no por el artículo 709, ni tampoco por el artículo 706, sino por el artículo 708 de la LEC donde se regula sistemáticamente con la ejecución de las prestaciones de hacer, pero con especialidades respecto de la ejecución por prestaciones de

hacer personalísimo, en las que debería ser, en principio, subsumida.

Considerada la emisión de una declaración de voluntad como una forma de prestación de hacer, sin duda tiene, además, la característica de ser un hacer personalísimo. Solamente la voluntad expresada por el ejecutado puede satisfacer la utilidad perseguida por el ejecutante, y ello en un doble sentido: natural y jurídico. Natural porque solo el ejecutado puede exteriorizar su propia voluntad y jurídico porque es el ejercicio de las facultades o de la posición jurídica de la que el ejecutado esté investido lo que produce, a través de la declaración de su voluntad, los efectos jurídicos que satisfacen el derecho del ejecutante.

Ahora bien, así como la infungibilidad natural o material de la expresión de voluntad del ejecutado no puede ser superada en modo alguno, no ocurre lo mismo con la infungibilidad

jurídica, pues el ordenamiento jurídico puede establecer que los efectos jurídicos que el ejecutante aspira a conseguir mediante la declaración de voluntad del ejecutado, se produzcan, si hay suficiente fundamento, sin necesidad de que esa voluntad sea declarada en cumplimiento de lo que impone el título ejecutivo, disponiendo que la declaración omitida sea suplida por ciertas resoluciones del Tribunal, y por ello el citado artículo 708 de la LEC establece los supuestos en los que si el condenado se niega a admitir la declaración de voluntad que el título le impone, su conducta pueda ser sustituida por el Juez para producir el mismo efecto jurídico, y también fija el límite de esa potestad del Juez así como el procedimiento a seguir, y esto es lo que no se ha hecho en el caso de autos, por lo que deben remitirse las actuaciones al Juzgado a fin de que proceda el Sr. Juez conforme señala el citado precepto, dictando a continuación la resolución que estime pertinente.

Visto lo acaecido en el presente supuesto, mantener a todo trance el régimen de visitas sólo puede acarrear un mayor desencuentro e, incluso, la pérdida total de relaciones, por lo que acuerda la Sala el sometimiento de la familia a terapia familiar sistemática a fin de que los profesionales medien en el conflicto familiar, reanudándose a continuación las visitas de forma progresiva según los informes que emitan los citados profesionales.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 20 de mayo de 2010

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Enrique de Motta García-España

No obstante las alegaciones contenidas en el recurso de apelación es lo cierto que debe decirse que hay que partir de la premisa ineludible de la necesidad de las visitas al ser aspecto esencial a la relación paterno-filial y que como tal consagra el artículo 94 del Código Civil, al decir que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía y si bien el mismo precepto prevé la posibilidad de su limitación o suspensión, ello lo será si se dieren graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos en la resolución judicial, debiendo entenderse la previsión de que se den graves circunstancias que así lo aconsejen, en el sentido de que afecten negativamente al menor, las cuales se

habrán de ponderar no tanto por sí mismas como en función de la relación padre-hijo, y cuyo acogimiento habrá de ser siempre moderado y restrictivo, a la par que contemplador de todas las circunstancias de tal compleja función de visitas, máxime cuando en última instancia quien más va a sufrir las consecuencias de esa medida va a ser el niño, que se verá privado de unas relaciones con su progenitor, que el artículo citado regula pensando precisamente en él, en cuanto es el más necesitado de ellas. Teniendo, pues, en cuenta todas esas circunstancias, en el caso de autos, debe primar el interés de los hijos sobre el del padre, y por ello, bien sea por lo alegado por la demandada, bien por lo reconocido por el propio actor, lo cierto es que las relaciones paterno filiales han llegado a un punto en el que resulta imposible el

mantenimiento del régimen de visitas en su día acordado, siendo elocuentes los sucesos acaecidos entre las partes, lo que determinó que la Sala acordase que el Gabinete Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia emitiese el correspondiente dictamen acerca de lo más conveniente para el régimen de visitas, y a la vista del mismo ciertamente no puede adoptarse otra medida que la que aconseja el citado Gabinete, toda vez

que mantener a todo trance el mismo régimen de visitas sólo puede acarrear un mayor desencuentro e, incluso, la pérdida total de relaciones, por lo que acuerda la Sala el sometimiento de la familia a terapia familiar sistemática a fin de que los profesionales medien en el conflicto familiar, reanudándose a continuación las visitas de forma progresiva según los informes que emitan los citados profesionales.

Interrumpidas las visitas por un período prolongado no pueden reanudarse de forma repentina a voluntad del padre.

AP Madrid, Sec. 24.^a, Auto de 20 de mayo de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a María del Rosario Hernández Hernández**

El ejecutante interpone recurso de apelación frente al auto de fecha 21 de julio de 2009, en cuya virtud se estima íntegramente la oposición a la ejecución despachada a 12 de marzo de 2009, dejando esta sin efecto e imponiendo a aquel las costas del incidente.

Acontece en el supuesto de autos, que tras un período prolongado de interrupción del desarrollo del régimen de visitas y contactos paterno filiales, pretendió reanudarlos el recurrente que fijó como fin de semana a llevarlo a cabo el del 17 a 19 de octubre de 2008, ello por corresponderle el derecho de opción, al tratarse de año par, en méritos al título de ejecución, sentencia de divorcio de los litigantes de 30 de julio de 1999.

Como quiera que precisamente aquel venía a coincidir con celebración familiar, la ejecutada le envió burofax poniéndolo de manifiesto, y participando que no habría ningún inconveniente en que llevara a cabo la recogida de la hija común Alicia, el fin de semana siguiente, el día 24, viernes, antes de la salida del colegio, reintegrándola al domicilio materno el domingo 26, continuando los fines de semana alternos de forma sucesiva.

Con una frecuencia de cada 15 días, desde el 17 de octubre de 2008 y hasta el 22 de diciembre del mismo año, el ejecutante interpuso sucesivas denuncias, 6 en concreto, una por cada fin de semana alterno, contra la progenitora femenina, por incumplimiento del sistema de

contactos judicialmente establecido, alegando no contestase a sus insistentes llamadas efectuadas a la puerta del domicilio de la hija.

Todas cuantas dieron lugar a procesos penales, concluyeron con sentencia absolutoria, al no quedar constatada la concurrencia de los requisitos necesarios para la comisión del concreto ilícito penal tipificado en el artículo 622 del Código Penal.

Con motivo de no haberse reanudado el régimen de comunicaciones con la hija en los fines de semana seleccionados por el padre, demandó esta ejecución de título judicial, que ha dado lugar a las presentes actuaciones, en las que la madre niega haber hecho caso omiso a las llamadas a que hace alusión el demandante, afirmando haber sido este quien no se ha presentado a recoger a Alicia.

No es otra cosa distinta a la expuesta lo que se infiere de las actuaciones. A la vista de ello, tal y como afirma la Juez *a quo*, no queda establecido por parte de la madre ningún incumplimiento de la sentencia de divorcio, más allá de las meras manifestaciones interesadas de parte, las que en efecto, quedan desacreditadas a la luz de la documentación aportada por D.^a Raquel, acompañando a su escrito de oposición a la ejecución.

En estas circunstancias, falta en esta el presupuesto básico de toda ejecución, no otro que el voluntario renuente incumplimiento de la obligación impuesta en sentencia firme.

A los fines de la viabilidad de la correspondiente acción ejecutiva, constituye requisito indispensable que se mantengan los condicionantes exigidos, pues en otro caso, y de aplicarse automáticamente el pronunciamiento al respecto contenido en la sentencia que puso fin al procedimiento matrimonial, prescindiendo de las circunstancias que ulteriormente hayan podido concurrir, se desbordarían los límites propios del título que debe servir de base a la ejecución, por lo que la misma, en tal supuesto, debe quedar excluida, en aplicación de lo prevenido en el artículo 559.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Es lo cierto que, en el caso que hoy analizamos, al tratarse de año par el 2008, la facultad de optar o elegir, en coyuntura de desacuerdo, en orden al sistema de visitas, correspondía al padre, pero no lo es menos que no es dable inflexibilidad que derive de quedarse en la literalidad, sin contemplar ni atender a otras circunstancias, como es que, interrumpidas las visitas por período prolongado, repentinamente y sin una prudente antelación, deban reanudarse a voluntad del padre, sin la más mínima consideración a otros planes que hubieran surgido o se hubieran trazado para Alicia, y que desde luego resultaban para ella gratificantes, en cuanto compartía con los hermanos el logro de uno de ellos, cuando aplazar o diferir el contacto no suponía inconveniente para D. Ricardo, o al menos ninguno se aduce en el escrito de recurso, como tampoco se indica en el de demanda que fuera perentorio iniciar los contactos precisamente el día 17 de octubre, por no poderse llevar a cabo en otros plazos, y es la única que aquí se advierte, la de represarlar a la contraparte, como bien se indica en la resolución disidentida.

Parece conveniente recordar al respecto, que, como declara el Tribunal Supremo ya desde viejas sentencias como la de 28 de junio de 1927, las resoluciones judiciales dirigidas a llevar a efecto una sentencia firme deben ajustarse exactamente a las declaraciones que ésta contenga, cumpliéndolas puntualmente en toda su integridad, sin ampliar ni reducir sus límites, ni hacer declaraciones contrarias o no comprendidas en ella, lo que es también interpretable *a contrario sensu*, cuando no concurren las circunstancias consideradas para establecer medidas en la sen-

tencia que se ejecuta, en los términos en que lo fueron, pues en tal caso han de considerarse ejecutadas. En el supuesto concreto que se enjuicia, la coyuntura que se represento al dictado de la sentencia, no era desde luego impedir a Alicia asistir a una celebración familiar, por coincidir la misma con el tiempo de la comunicación con el padre, y mucho menos cuando no veía a este desde junio de 2007, esto es, hacía ya casi año y medio, arco cronológico en el que D. Ricardo se abstuvo de realizar acto alguno efectivo de contactar con su hija, lo que contrasta con el dinamismo posterior demostrado a partir de la segunda mitad de octubre de 2008.

Por todas las razones expuestas, ha de ser confirmado el auto recurrido, en cuanto es absolutamente correcto el criterio decisorio de la Juez de primer grado, se comparte íntegramente por la Sala en el presente, donde se carece de todo motivo para sustituir aquel, objetivo e imparcial, por el subjetivo e interesado del recurrente, que aquí no demuestra error de valoración del material probatorio obrante en autos, ni de aplicación o interpretación de la norma en vigor, y sin que quepa hablar de incongruencia ni ultra ni extrapetita, cuando en la instancia se ha dado solución a todas las cuestiones planteadas por las partes.

Para concluir, el auto apelado, en cuanto estima íntegramente la oposición a la ejecución despachada, condena al pago de las costas del incidente a la parte ejecutante.

Pretende también el recurrente se revoque este pronunciamiento, y lo funda en que ningún argumento lo justifica.

Tal pretensión ha de ser desestimada a tenor literal de lo dispuesto en el artículo 561.2.2.ª, de la LEC, en cuya virtud, si se estimara la oposición a la ejecución, se dejará esta sin efecto y se mandará alzar los embargos y las medidas de la afección que se hubieren adoptado, reintegrándose al ejecutado a la situación anterior al despacho de la ejecución, conforme a lo dispuesto en los artículos 533 y 534. También se condenará al ejecutante a pagar las costas de la ejecución.

En estos términos, ninguna razón sería quiebra el principio general y abre la vía a una discrecionalidad razonada, lo que nos conduce

a mantener el pronunciamiento condenatorio al pago de las costas del incidente de oposición efectuado en la instancia.

Procede en consecuencia la desestimación íntegra del recurso, no obstante sin condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas de

la alzada, dada la naturaleza de la materia que nos ocupa, las concretas circunstancias concurrentes, la jurisprudencia recaída en casos análogos y la posibilidad abierta a ello, aún ambigua, por el juego de lo dispuesto en los artículos 398 y 394, ambos de la LEC.

Se acuerda el levantamiento parcial del embargo realizado al padre sobre la totalidad de sus ingresos por impago de pensiones alimenticias a fin de proporcionar al ejecutado una mínima cantidad monetaria para su subsistencia personal.

AP Baleares, Sec. 4.ª, Auto de 19 de mayo de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Aguiló Monjo**

Interpuso D.ª Montserrat demanda de ejecución de la sentencia de 5 de marzo de 2004 en la que se fijaba una pensión por alimentos a cargo del progenitor demandado y a favor de los dos hijos comunes, reclamando como cantidad adeudada por tal concepto, en calidad de principal, inicialmente la suma de 2.400 €, más las cantidades que se siguieran devengando, ampliándose sucesivamente las sumas consignadas en el despacho de ejecución a medida del transcurso del tiempo y de los devengos ocurridos o minorándolas en razón de las cantidades que se consideraban retenidas a cuenta de la deuda reclamada.

La representación del ejecutado Sr. Pedro Francisco solicitó en diversas ocasiones que, dado que sus únicos ingresos procedían de una exigua pensión no contributiva del IBAS, se modificara la medida de embargo practicada en el procedimiento sobre la totalidad de la misma, alzándolo parcialmente «a los efectos de que (el ejecutado) pueda disponer de alguna cantidad monetaria para atender a sus propias necesidades personales». Dicha petición fue desestimada por providencia de 23 de junio de 2008, la cual fue recurrida en reposición, motivando el auto de 2 de octubre de 2008 que, después de incidencias procesales (de las que se da cuenta detallada en el auto de esta Sala —folio 176—), ha alcanzado el grado de apelación, lo que origina esta alzada y resolución.

Dispone el artículo 607 de la Ley de Enjuiciamiento civil: «Embargo de sueldos y pensio-

nes.—1. Es inembargable el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional». A continuación se señalan unas escalas proporcionales de embargabilidad sobre el exceso de la cuantía anterior.

Señala, a su vez, el artículo 608 de la misma ley: «Ejecución por condena a prestación alimenticia.—Lo dispuesto en el artículo anterior no será de aplicación cuando se proceda por ejecución de sentencia que condene al pago de alimentos, en todos los casos en que la obligación de satisfacerlos nazca directamente de la Ley, incluyendo los pronunciamientos de las sentencias dictadas en procesos de nulidad, separación o divorcio sobre alimentos debidos al cónyuge o a los hijos. En estos casos, así como en los de las medidas cautelares correspondientes, el tribunal fijará la cantidad que puede ser embargada».

De la anterior normativa se desprende con claridad que no existe límite normativo alguno de inembargabilidad sobre salario, sueldo, pensión o retribución equivalente cuando se trata, como ahora sucede, de la ejecución de una sentencia dictada en procesos matrimoniales que condena al pago de una obligación de alimentos, bien sea al cónyuge o a los hijos y aunque los ingresos del deudor no excedan del salario mínimo interprofesional. Y sin embargo, también en este caso, el inciso final del artículo 608 LEC citado obliga al tribunal a fijar la cantidad que puede ser embargada que, quizás pueda coinci-

dir con la total ingresada por los aludidos conceptos, pero que no descarta o impone que ello deba ser siempre necesariamente así.

En el recurso de apelación que se analiza se alude a la proporcionalidad entre el caudal del alimentante y las necesidades de los alimentistas, debate que está fuera de lugar en la actual controversia cuando se trata de la ejecución de una resolución judicial definitiva y que fija, en firme, la cifra objeto de condena. Del mismo modo, carece de interés decisorio la invocación a los artículos 562 y 563 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo contenido es ajeno a lo que ahora se resuelve.

Queda en pie únicamente, por tanto, si resulta o no procedente el levantamiento parcial del embargo total sobre la pensión no contributiva que percibe el Sr. Pedro Francisco, solicitado en el recurso, con la finalidad de que el ejecutado pueda disponer de algunas cantidades monetarias para atender a sus propias necesidades.

Como se decía la petición que se analiza tiene su apoyo legal en el inciso final del artículo 608 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que impone al tribunal la fijación de la cantidad a embargar, incluso en las condiciones extremas que la norma contempla. No se discute que el embargo de la pensión suponga su retención total al 100%, ni tampoco que su finalidad ejecutiva sea la de procurar la atención de los hijos, lo que es, sin duda, un interés prioritario y el más necesitado de protección, en cualquier caso.

Tampoco se duda de que el Sr. Pedro Francisco carece de cualquier otro ingreso distinto al que se examina, aunque también es cierto que las circunstancias personales, pasadas o actuales, del ejecutado no pueden ser utilizadas para minorar su obligación primordial alimenticia.

Lo que sí se entiende relevante es que la medida acordada deja sin ingreso acreditado alguno a D. Pedro Francisco y, asimismo, lo es si en esta tesitura este tribunal debe acordar el levantamiento parcial del embargo, como se pide, a fin de proporcionar al ejecutado una mínima cantidad monetaria para su subsistencia personal, obviando su conducta pretérita no caracterizada por el afán de procurar el beneficio de sus hijos.

Nos hallamos, por tanto, seguramente ante una situación de enfrentamiento o colisión actual entre dos derechos fundamentales y que sin embargo tiene solución mediante la aplicación de una ley ordinaria, que es la que permite fijar la cantidad a embargar, aún en tales casos, defiriendo la cuestión al tribunal sentenciador que, sin duda, debe actuar acudiendo al prudente arbitrio que le otorga el reiterado artículo 608 LEC en su párrafo final.

Conjugando todos los datos obrantes en autos y atendiendo a los razonamientos que preceden, la Sala considera ajustado a derecho y a las normas de la prudencia judicial, levantar en el 30% el embargo de la pensión, estimándose con ello el recurso de apelación estudiado.

Como en la escritura no existe óbice intrínseco alguno que pueda oponerse eficazmente a que sea despachada la ejecución interesada, habida cuenta de que se trata de la primera copia de una escritura y de ella resulta la existencia de una deuda a cargo del ejecutado líquida, vencida y exigible, sin necesidad de otros razonamientos se está en la tesitura de revocar el Auto recurrido, debiendo dictarse por la Sra. Magistrada-Juez del primer grado el correspondiente Auto despachando la ejecución.

AP Barcelona, Sec. 12.^a, Auto de 18 de mayo de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Pascual Martín Villa**

Por la Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Badalona se dictó Auto mediante el que fue inadmitida a trámite la demanda ejecutiva presentada por doña Hortensia.

Frente al contenido de dicha resolución se alzó doña Hortensia, quien interesó su revocación y que fuese dictada otra por la que se acordase el despacho de la ejecución interesada.

Efectivamente, tal y como se afirma por la recurrente, el Juzgado, de una manera un tanto rigorista, ha denegado el despacho de la presente ejecución, pese a que aplica certeramente al caso lo dispuesto en el artículo 517.2 aptdo. 4.º de la LEC, al tratarse de una primera copia de una escritura pública de compromiso de manutención, otorgada por don Javier, mediante la que reconocía su obligación de satisfacer la cantidad mensual de 250 euros a la madre ejecutante en concepto de alimentos para la manutención del hijo menor de la pareja.

Se razona al efecto por el Juzgado que nos hallamos ante una materia comprendida dentro de los procedimientos especiales de Derecho de Familia, y en este sentido hubiese sido preciso para que el título estuviese investido de fuerza ejecutiva no sólo la primera copia de la escritura pública que se acompañó por la ejecutante a su demanda de ejecución, sino también el informe del Ministerio Fiscal y la ulterior homologación o aprobación judicial del acuerdo sobre los alimentos del hijo menor de edad al que ha llegado la pareja.

Aunque en principio ello es así, y por afectar a un menor sea necesario someter estos pactos al control judicial, con la audiencia preceptiva del Ministerio Fiscal, en el caso que nos ocupa y,

precisamente desde la óptica del interés superior del menor —quien, en los términos establecidos por el artículo 134 del CF, ha de ser salvaguardado por la autoridad judicial en no importa qué tipo de procedimientos—, con la inadmisión de la demanda de ejecución lo único que se está produciendo es una denegación de alimentos a un menor, que en el momento actual puede posiblemente verse afectado por una situación de necesidad; siendo ello —como ya se ha dicho— lo primero que es preciso precaver, ya que, en otro caso, las posibles consecuencias negativas de esta denegación superarían con creces a las positivas que se han pretendido imponer.

Por lo que, como en la mencionada escritura no existe óbice intrínseco alguno que pueda oponerse eficazmente a que sea despachada la ejecución interesada, habida cuenta de que se trata de la primera copia de una escritura y de ella resulta la existencia de una deuda a cargo del ejecutado líquida, vencida y exigible, sin necesidad de otros razonamientos se está en la tesitura de tener que revocar el Auto recurrido; debiendo dictarse por la Sra. Magistrada-Juez del primer grado el correspondiente Auto despachando la ejecución solicitada, que seguirá adelante por los trámites legalmente establecidos.

Procede seguir adelante la ejecución para dar cumplimiento a la cláusula octava del convenio en la que se le adjudicó la vivienda a la esposa con la obligación de asumir la carga hipotecaria que pesaba sobre dicho inmueble, lo que implicaba, obviamente, la formal subrogación en las deudas y obligaciones de la hipoteca con el Banco de Bilbao, conllevando ello la necesidad de realizar formalmente la subrogación con la entidad bancaria, en lo que se refiere a la titularidad de las obligaciones desde ese momento asumidas única y exclusivamente por aquélla.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Auto de 7 de mayo de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres**

La parte apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de instancia, y con revocación de la misma, solicita que se continúe el proceso de ejecución a fin de requerir a la ejecutada para que cumpla con la obligación de hacer establecida en el convenio aprobado por sentencia, en

el que se procede a la liquidación de la sociedad legal de gananciales, acordándose la adjudicación de la vivienda a aquélla así como el deber de afrontar las cargas sobre la hipoteca, lo que implica el deber de subrogarse en todos los derechos y obligaciones del préstamo hipotecario con la entidad bancaria, por lo que debe acudir

a la sucursal correspondiente de Alcorcón para materializar efectivamente dicha subrogación.

Conviene precisar que las sentencias, y las resoluciones en general, deben ejecutarse en sus propios términos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de modo que se hace preciso cuando así se disponga en la sentencia, que en este supuesto se ha limitado a aprobar un convenio asumido entre las partes, cumplir con las obligaciones de hacer que implica la aceptación de las obligaciones asumidas en dicho convenio judicialmente aprobado, y todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 706 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En este sentido, conviene recordar que se dictó sentencia de separación de fecha 2 de julio de 2005, que aprobó el convenio de fecha 5 de abril del mismo año, acordándose la liquidación de la sociedad legal de gananciales, según la cláusula octava de dicho convenio, de tal manera que fue adjudicada la vivienda a la esposa, con la obligación de asumir la misma la carga hipotecaria que pesaba sobre dicho inmueble, lo que implicaba, obviamente, la formal subrogación en las deudas y obligaciones de la hipoteca con el Banco de Bilbao, conllevando ello la necesidad de realizar formalmente la subrogación con la entidad bancaria, en lo que se refiere a la titularidad de las obligaciones desde ese momento asumidas única y exclusivamente por aquella.

Por ello, la demanda ejecutiva inicial no solamente se limitaba a reclamar el importe de 1.998,76 €, en relación a las cuotas del préstamo hipotecario, lo que implica la necesidad de

la ejecutada de acudir a la sucursal bancaria correspondiente, de Alcorcón, para ultimar dicha subrogación en tales deudas y obligaciones frente a la entidad bancaria, y para desconectar definitivamente, en materia de obligaciones frente a la entidad bancaria, al ejecutante.

Así se acordó por auto de fecha 31 de julio de 2008, en el sentido de requerir a la ejecutada a los fines antes indicados, lo que implicaba realizar de inmediato todas las gestiones necesarias para ultimar dicha subrogación. Por todo ello, el abono de las cantidades en su día impagada por la ejecutada no puede poner fin al proceso de ejecución, en los términos que indebidamente se ha acordado en el auto hoy apelado de 9 de julio de 2009, sino que, antes bien, debe continuar el proceso de ejecución a los fines de practicar el requerimiento que venía acordado en el auto de 31 de julio de 2008, acto procesal que debe ser personal con la ejecutada, a quien debe concederse un plazo prudencial para que cumpla con dicho requerimiento, con los apercibimientos oportunos, pues, por otra parte, ni tan siquiera consta la negativa de la parte ejecutada a cumplir con dicha obligación personal, no obstante el pago de lo adeudado, por lo que en este sentido el recurso debe estimarse.

Dada la naturaleza especial y el objeto que se ventila en el procedimiento, y el sentido en el que se ha resuelto en el auto apelado, no constando la negativa de la ejecutada al cumplimiento del auto 31 de julio del 2008, y conforme al artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se hace declaración sobre condena en las costas del recurso.

Aunque la vivienda familiar pertenece a ambos cónyuges, al no haberse atribuido el uso a ninguno de ellos, a instancia del ex esposo se despacha ejecución y se acuerda el lanzamiento de la ex esposa que venía ocupándola en exclusiva.

AP Málaga, Sec. 6.ª, Auto de 22 de abril de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Soledad Jurado Rodríguez**

Constituyen los siguientes los antecedentes de la cuestión sometida a esta Sala: 1) El Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Marbella dictó sentencia en procedimiento de divorcio n.º

1145/2005 el 25 de septiembre de 2006, en cuya parte dispositiva se acordaba, entre otros: «El uso y disfrute de la vivienda familiar, se atribuye a la esposa por dos años y si en este plazo

no se han liquidado los gananciales, se concede su uso alternativo a las partes, como solicita el esposo, seis meses cada uno, empezando por el Sr. José Carlos». 2) Recurrida en apelación, se dictó sentencia por esta Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Málaga n.º 468/2007, de 13 de septiembre, en cuyo fallo se hacía, entre otros, el siguiente pronunciamiento: «la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar no quede a favor de ninguno de los esposos, ni temporal, ni definitivamente», lo que se razonaba en el fundamento de derecho segundo en los siguientes términos: «presentándose como incoherente atribuir una vivienda de las características de las que aparecen en los autos... a uno de los cónyuges por entender que su interés es el más necesitado de protección, ni tan siquiera, de forma temporal, excluyéndose al mismo tiempo también la posibilidad contenida en la sentencia de primer grado de conceder su uso en forma alternativa a uno y otro cónyuge por intervalos de seis meses hasta su venta definitiva, dadas las relaciones tensas existentes entre los esposos, siendo buena muestra de ello el, al parecer, comportamiento obstruccionista mostrado por su actual ocupante a que terceros interesados en la adquisición del inmueble puedan acceder a su interior para ser enseñado por agente inmobiliario, lo que determina que lo procedente, en justicia, sea acordar el no uso por ninguno de los interesados a fin de que cuanto antes procedan a liquidar la sociedad de gananciales y así, dar término a la carga hipotecaria que recae sobre el marido teniendo que abonar la cantidad mensual de mil ochocientos euros (1.800 €) y la disponibilidad económica más que holgada de uno y otro consorte para adquirir una vivienda digna». 3) D. José Carlos presentó el 13 de noviembre de 2007 demanda ejecutiva de dicho pronunciamiento solicitando en el *petitum* que se requiera a D.^a María para que en el plazo de diez días abandone el domicilio familiar, bajo apercibimiento de que, en caso de no verificarlo, se procederá a su lanzamiento, 4) el auto objeto del presente recurso desestima dicha pretensión ejecutiva acordando no haber lugar a la ejecución iniciada, que se deja sin efecto, decisión que fundamenta en que el pronunciamiento judicial que pretende ejecutarse es declarativo y expresado en sentido negativo, con lo cual no entraña

ninguna condena a la ejecutada a desalojar la vivienda y mucho menos entregar su posesión al ejecutante, resolución frente a la cual interpone recurso de apelación al ejecutante.

Establece el artículo 776 LEC que los pronunciamientos sobre medidas en los procesos matrimoniales se ejecutarán con arreglo a lo dispuesto en el Libro II de la Ley, y dentro de éste, de conformidad con el artículo 517.2.1.º constituye título ejecutivo la sentencia que dicta la medida concreta cuya ejecución se pretende. La regulación contenida en el Capítulo I del Título I de dicho Libro III (artículos 517 a 522), en relación a la sentencia como título ejecutivo, descansa en la tradicional clasificación doctrinal de las sentencias, según la acción que resuelvan, en de condena, meramente declarativas y constitutivas, y según doctrina y Jurisprudencia: a) las sentencias de condena imponen al condenado la realización de una determinada prestación y al tiempo crea un título para la efectividad de la condena por vía jurisdiccional ejecutiva, b) las sentencias constitutivas crean, modifican, constituyen, cancelan, dejan sin efecto o extinguen un derecho o producen tales efectos en una situación jurídica o estado preexistente, siendo una característica más de ese tipo de sentencias la de que son suficientes para la finalidad a que tienden, no siendo necesaria la ejecución, lo que no excluye la procedencia de realizar actos consecuenciales que no tiene carácter ejecutivo puso sino más bien de acreditamiento, de constancia y de publicidad del cambio ocurrido, doctrina ésta recogida por el Tribunal Supremo (entre otras Sentencia de 16 de junio de 1998 dictada bajo la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881) al decir que las sentencias constitutivas, al gozar de la autoridad de cosa juzgada, son susceptibles de ejecución en sus propios términos, conforme al mandato constitucional de los artículos 117.3 y 118, y 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 919 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, c) las sentencias declarativas se limitan a la mera declaración que constata una situación jurídica preexistente a la decisión, dotándola de certeza jurídica por consecuencia de la resolución judicial, y al no tener ningún efecto fuera de ella misma no es susceptible de ejecución forzosa, entre otras cosas, al faltar un obligado a realizar o reconocer cualquier nueva situación. Esta

distinción resulta fundamental al establecer el artículo 517.2.1.º que sólo tendrán aparejada ejecución la sentencia de condena firme, principio éste que se reitera en el artículo 521.1 al decir que no se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas ni de las constitutivas.

Analizado el procedimiento, ha de indicarse que el ejecutante no interesa que se le entregue el uso y disfrute de la vivienda sino que se limita a pedir la ejecución con el requerimiento de desalojo de la vivienda, conducta esta última a la que obliga la sentencia pues con el pronunciamiento «la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar no quede a favor de ninguno de los esposos, ni temporal, ni definitivamente» se está poniendo fin a la situación creada por la sentencia dictada en la primera instancia —que atribuía el uso y disfrute de la vivienda a D. José Carlos—,

en consecuencia ésta viene ocupando dicho inmueble (no como copropietaria) sino en virtud de pronunciamiento judicial que fue revocado por el que pretende ejecutarse, que equivale a acordar que ha terminado la atribución del uso de la vivienda y que, en consecuencia, viene obligada a desalojarla, procediendo por ello a la estimación del recurso y la revocación del auto recurrido al ser los actos de ejecución que se solicitan conformes con la naturaleza y contenido del título (artículo 551.1), pues el pronunciamiento que se ejecuta ni es declarativo ni constitutivo sino que, conforme a la doctrina expuesta, impone a las partes una determinada prestación cual es el no uso de la vivienda, lo que conlleva claramente la condena a ese desalojo. El plazo para éste será de un mes, aplicando por analogía los plazos establecidos en los artículos 440.3 y 704.1 LEC.

Teniendo nacionalidad americana el ejecutado y su domicilio en aquel país se acuerda el archivo de la demanda de ejecución instada por la ex esposa al carecer el juzgado de competencia para adoptar medidas de carácter ejecutivo fuera del territorio español.

AP Málaga, Sec. 6.ª, Auto de 9 de marzo de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Inmaculada Suárez-Bárcena Florencio**

Frente al Auto dictado en la anterior instancia que acuerda el archivo de los presentes autos de ejecución de título judicial, seguidos a instancias de D.ª María, que interesaba el despacho de ejecución frente al que fue su esposo D. José, del que se encuentra divorciada en virtud de Sentencia de fecha 18 de abril de 2005, por la cantidad de 7.067,80 euros de principal, correspondientes a pensiones alimenticias atrasadas, actualizaciones de las mismas y otros gastos generados por el menor hijo de ejecutante y ejecutado, más la suma de 2.120 euros que calcula para intereses y costas, por carecer el juzgado de competencia para adoptar medidas de carácter ejecutivo fuera del territorio nacional, al ser el ejecutado nacional de Estados Unidos y residir en aquel país, se alza en apelación la parte ejecutante, alegando que la juzgadora a quo incide en error de derecho, por cuanto que no se está solicitando ninguna medida ejecutiva concreta frente al ejecutado residente en Estados Unidos, ni la efectividad

de ninguna resolución española en el extranjero, sino, simplemente, que le sea notificada la presente ejecución al demandado conforme al convenio de notificación y traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, hecho en La Haya en 15 de noviembre de 1965 aportado por dicha parte a requerimiento del juzgado. Olvida el recurrente al plantear el recurso de apelación frente al Auto dictado en la anterior instancia que nos encontramos ante un procedimiento de ejecución de una Sentencia judicial dictada en España y, concretamente, ante una ejecución dineraria por pensiones alimenticias y gastos generados por el menor, nacido de la unión nupcial de los litigantes, en cuyo supuesto el artículo 580 de la LEC excluye la necesidad de requerir de pago al deudor, y por ende comunicarle la ejecución, pudiendo entrarse directamente en el embargo de bienes del ejecutado, es decir, en una medida ejecutiva concreta, tal y como se dispuso en

el Auto de fecha 3 de septiembre de 2008, no combatido por la ejecutante, resultando pues una actuación procesal inútil, por superflua, la comunicación pretendida por la parte recurrente, en el recurso de apelación, siendo así que, ciertamente, los Tribunales Españoles carecen de competencia y jurisdicción para llevar a cabo medidas concretas de ejecución, cuales serían embargos y en general cualquier medida de aseguramiento en Estados Unidos, país del que es nacional y en el que reside el ejecutado, y ello por las propias razones expuestas por la juzgadora *a quo* en el auto apelado, no habiéndose designado por la ejecutante ningún bien del ejecutado que, por estar situado en España, permitiera hacer traba

sobre el mismo, a los fines de la ejecución, por lo que, siendo finalidad de la ejecución el cobro por parte de la ejecutante de las cantidades que se dicen adeudadas por el ejecutado, previstas en la Sentencia que se ejecuta, finalidad que no puede ser cumplida en el caso enjuiciado al ser el ejecutado nacional de Estados Unidos y residente en aquel país, carece de objeto, por tanto, continuar con una ejecución cuyos términos habrán de materializarse en Estados Unidos de América, sin perjuicio ello del derecho de la ejecutante a solicitar en aquel país el reconocimiento y ejecución, tanto de la Sentencia de divorcio como del Auto despachando ejecución, conforme a los tratados internacionales aplicables.

Si bien es cierto, que en virtud del auto dictado en su día, se fijó «a cargo del esposo D. Joaquín en concepto de contribución a las cargas del matrimonio la obligación de pago del 20% de sus ingresos mensuales», también lo es, que no podemos confundir dichos ingresos con los obtenidos de la explotación ganadera familiar de la que ambas partes hoy litigantes son copropietarios.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Auto de 25 de febrero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Andrés Palacios Martínez**

Tras el examen y valoración de lo actuado en primera instancia, así como lo alegado por las representaciones procesales de las partes en sus respectivos escritos de interposición y oposición al recurso, no puede esta Sala sino compartir el criterio de la Juzgadora de instancia acordando la no procedencia de continuar con la ejecución despachada; toda vez que si bien es cierto, que en virtud del auto dictado en su día por el Juzgado de Primera Instancia de Cazalla de la Sierra se fijó «a cargo del esposo D. Joaquín en concepto de contribución a las cargas del matrimonio la obligación de pago del 20% de sus ingresos mensuales» actualizables conforme al IPC; también lo es, que no podemos confundir dichos ingresos con los obtenidos de la explotación ganadera familiar de la que ambas partes hoy litigantes son copropietarios. De ahí, que promovida demanda ejecutiva por la Sra. María Antonieta en relación al período comprendido entre 4 de mayo de 2005 y 11 de marzo de 2006; lo cierto es, que en aquellas fechas la

empresa familiar soportó más gastos que ingresos (no olvidemos, que en los primeros meses del año es cuando se procede a la venta de los animales criados en la explotación sufragándose con los ingresos obtenidos los gastos durante el resto del año); sin que pueda aceptarse por esta Sala la interpretación de la ahora apelante de participar de los ingresos obtenidos durante unos meses y no de los gastos necesarios para la obtención de los mismos con el percibo de una suma desproporcionada ascendente a 5.414,07 euros mensuales durante el período de referencia y más aún teniendo en cuenta el abono por el ahora ejecutado de 800 euros mensuales a la Sra. María Antonieta durante el período de referencia. De ahí, que esta Sala asuma la valoración apreciativa llevada a cabo por la Juez *a quo* en la resolución recurrida, por lo que es procedente la desestimación de la pretensión revocatoria articulada a través del recurso interpuesto y la confirmación del auto de referencia en toda su integridad.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Crédito de la sociedad de gananciales contra el esposo por el pago de las pensiones alimenticias de una hija extramatrimonial.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 26 de mayo de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Ángel Chamorro Valdés**

En apoyo de su tercera pretensión revocatoria la parte apelante esgrime el escrito presentado por la representación del Sr. Íñigo el 26 de junio de 2007 donde se afirma que los pagos por alimentos a la hija extramatrimonial efectuados por el demandado han sido los siguientes: 2900 en mano y en efectivo, 11.227 por embargos y 9.208,88 euros por transferencia a la cuenta designada por

la Sra. Antonieta, y también el ingreso de 6.000 euros efectuado por el demandado, pero dichos ingresos no comprenden todo el ámbito temporal en el que el demandado ha abonado cantidades por la pensión alimenticia aludida y por lo tanto la partida 1.ª de los créditos del activo es conforme con el artículo 1397.3.º del CC y el recurso de apelación en este punto no puede prosperar.

Para el cálculo del porcentaje de la vivienda que pertenece a la sociedad de gananciales sólo puede computarse el importe del capital abonado constante dicha sociedad excluyendo los intereses.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 21 de mayo de 2010

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

El debate litigioso en esta alzada ha quedado constreñido a la determinación del porcentaje de titularidad que corresponde a la sociedad de gananciales en su día constituida por los esposos sobre el inmueble que constituyó la sede de la vida familiar, ubicado en la urbanización El Soto de la Moraleja de Alcobendas, pues el Sr. Héctor, discrepando del criterio decisorio recogido en la Sentencia de instancia, interesa de la Sala que declare que la cuota ganancial sobre dicho bien es del 23,2%, en tanto que el 76,8% restante pertenece privativamente a dicho litigante. Con carácter subsidiario, se propugna la asignación a la disuelta sociedad económico-matrimonial de un porcentaje del 50,48% de la vivienda y al Sr. Héctor, con carácter privativo, el 49,52% restante.

Postura que encuentra la frontal oposición de la contraparte, en súplica de íntegra confirmación de la resolución impugnada.

La problemática así suscitada debe ser analizada a la luz de las previsiones contenidas en los artículos 1354 y 1357 del Código Civil, conforme a los cuales la vivienda y ajuar familiares comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de contraer matrimonio, y cuyo precio haya sido abonado, en todo o en parte, durante la vigencia de la sociedad de gananciales y con dinero común, corresponderán pro indiviso a la misma y, con carácter privativo, al cónyuge o cónyuges, en proporción al valor de las respectivas aportaciones.

El Tribunal Supremo mantiene que la compra de una vivienda, en estado de soltería, en la que se constituye el domicilio familiar tras la celebración del matrimonio, determina el carácter mixto sancionado por dichos preceptos cuando, para pagar el precio de la adquisición, se constituye un crédito hipotecario, cuyas cuotas de amortización son abonadas, en todo o en parte,

durante la vigencia de dicho régimen (STS 31 de octubre de 1989).

En definitiva, y a tenor de dicho criterio jurisprudencial, quedan equiparados, a los efectos contemplados en los preceptos analizados, las amortizaciones de la hipoteca y los pagos de una compraventa a plazos, bien entendido que, respecto de las primeras, sólo puede computarse el capital, que no los intereses bancarios que se incluyen en cualquiera de las cuotas de un préstamo hipotecario.

En el supuesto que, por vía del presente recurso, se somete a nuestra consideración y en relación con la cuestión controvertida, ha quedado acreditado que, en fecha 10 de junio de 1985, don Héctor, en estado de soltero, suscribió un contrato con la entidad «Comunidades Tiuna Dos SA» por el que sustituyó a dicha entidad en el 3,24% del derecho de opción de compra que a la misma correspondía en el solar sobre el que se proyectaba construir, junto con otros, la antedicha vivienda. En dicho documento se contemplaban unos desembolsos previstos a tal fin por un global de 13.565.857 pesetas, de las que 3.232.333 se entregaron en el momento de la suscripción, como pago a cuenta de las obligaciones asumidas por los contratantes. Dicha aportación inicial se completaba, hasta llegar a dicha suma total, con los siguientes pagos parciales:

- 1.260.000 pesetas, a abonar mediante dieciocho letras de 70.000 pesetas cada una, con vencimientos entre el 15 de junio de 1985 y el 15 de noviembre de 1986.
- Dos pagos de 786.777 pesetas cada uno, a efectuar los días 31 de marzo de 1986 y la misma fecha de 1987.
- Finalmente un crédito hipotecario, en cuantía prevista de 7.500.000 pesetas.

En fecha 13 de enero de 1987, se otorga escritura notarial de préstamo hipotecario, pero no por la cantidad prevista en el referido documento privado, sino por un capital de 3.500.000 pesetas, a devolver en el plazo de diez años, con amortizaciones mensuales, incluido los correspondientes intereses, de 54.343 pesetas cada una, y ello a partir del mes de febrero de dicho año.

Tal aminoración cuantitativa del préstamo hipotecario, en relación con las previsiones al efecto contenidas en el antedicho documento privado, no nos pueden hacer concluir, a falta de otras pruebas y por la vía del artículo 386 LEC, que se produjera una sustancial e injustificada rebaja del precio de adquisición del solar y edificación del inmueble, sino, por el contrario y en pura lógica, la existencia de unos abonos, en el ínterin, de otras sumas que, por alegadas razones fiscales, no quisieron reflejarse documentalmente. En consecuencia, del precio total reflejado en el documento privado de adquisición de la vivienda sólo quedaba por abonar la suma de 3.500.000 pesetas cuando se constituye dicha carga hipotecaria.

Los hoy litigantes contraen matrimonio en fecha 23 de enero de 1988, a partir de cuyo momento, y como reconoce don Héctor en la declaración prestada ante el Órgano *a quo*, las cuotas mensuales del referido préstamo se abonaban con dinero ganancial, por lo que, computadas, como se ha razonado, tan sólo la parte correspondiente al capital, que no a los intereses, y debiendo fijarse el primero, a falta de prueba sobre la distribución porcentual en cada recibo de aquéllos, en la suma de 29.166,66 pesetas, resulta que la parte del precio de adquisición abonado durante la vigencia de la sociedad ganancial, y con cargo a la misma, arroja una suma de 3.149.999 pesetas (108 cuotas de 29.166,66 pesetas), esto es el 23,22% de aquél.

Tales datos no quedan desvirtuados por los confusos alegatos vertidos por la dirección Letrada de la Sra. Inmaculada, en el trámite del artículo 461 LEC, sobre el abono por dicha litigante, con cargo a la nómina que ingresaba en la cuenta abierta en la entidad Bankinter, de las cuotas del préstamo hipotecario, pues el extracto bancario incorporado a las actuaciones tan sólo se remonta al año 1990, esto es, estando ya vigente la sociedad de gananciales, lo que condiciona el carácter comunitario, que no privativo, de dichas aportaciones, a tenor de lo prevenido en el artículo 1347.1.º del Código Civil.

Tampoco ofrece virtualidad alguna, en orden a la propugnada, por dicha parte, confirmación de la resolución apelada, el alegato sobre las obras de ampliación y mejora que en el ci-

tado inmueble hayan podido realizarse durante el matrimonio, ya que la inversión monetaria al efecto realizada con dinero común tan sólo podría generar, dada la naturaleza mixta de dicho bien, un crédito de la sociedad ganancial contra el esposo, en relación con el porcentaje de participación en la titularidad que al mismo corresponde con carácter privativo, a tenor de las previsiones del artículo 1397.3.º CC, lo que, sin embargo, no ha sido así postulado en el caso por

la actora, y excluye, por imperativo del artículo 218 LEC, cualquier pronunciamiento judicial al respecto.

Por todo lo expuesto, procede acoger la pretensión revocatoria que articula la parte apelante con carácter principal, en el sentido de declarar que la titularidad del citado inmueble corresponde a la sociedad de gananciales tan sólo en un 23,22%, en tanto que al Sr. Héctor le pertenece, con carácter privativo, el 76,78% restante.

No pueden retrotraerse los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales a la fecha de presentación de la demanda ya que aunque se trata de una posibilidad que se contempla en la Ley de Régimen Económico Matrimonial Aragonesa, no hubo petición expresa por la parte actora.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Pascual Martín Villa**

Recorre don Miguel Ángel la no aplicación en la sentencia del primer grado de la retroacción de los efectos de la disolución del consorcio al momento de la admisión a trámite de la demanda de divorcio, como —a su entender— hubiese sido lo procedente, en base a lo preceptuado en el apartado 2 del artículo 65 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de la Comunidad de Aragón (Régimen Económico Matrimonial y Viudedad), que lleva por título «Momento de eficacia de la disolución», a cuyo tenor: «En los casos de nulidad, separación o divorcio y en los de disolución de la comunidad conyugal por decisión judicial, el Juez podrá retrotraer los efectos de la disolución hasta el momento de admisión a trámite de la demanda, pero quedarán a salvo los derechos adquiridos por terceros»; lo que repercute en la inclusión del apartado 13 del activo, relativo a la indemnización de 35.000 euros percibida por él con ocasión de su despido de la empresa Pfizer, SA.

No le asiste la razón al recurrente.

Así, en la sentencia de 8 de julio de 2005 de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Aragón puede leerse que «El Preámbulo de la Ley 2/2003 advierte de las innovaciones respecto del Derecho anterior en lo referente a las normas sobre disolución, liquidación y división del consorcio y se refiere a “la posibilidad” de que el Juez retrotraiga

los efectos de la disolución hasta el momento de admisión a trámite de la demanda, pero quedarán a salvo los derechos adquiridos por terceros».

En el mismo sentido, se observa en la SAP de Teruel 19 de noviembre de 2007 que la Ley aragonesa contempla «la posibilidad» de que el juez pueda retrotraer los efectos de la disolución hasta el momento de la admisión a trámite de la demanda. «Pero la propia expresión utilizada por el legislador —“podrá”— conlleva que su aplicación no es automática, sino que la misma deberá ser requerida por alguna de las partes, al ser la civil una jurisdicción eminentemente rogada; solicitud que no consta se realizara en la instancia...; la falta de petición ante el Juzgado fue la causa por la que la sentencia de instancia no se pronuncia sobre este punto, no pudiendo ser acordada en este momento procesal por ser una solicitud extemporánea».

En el caso que nos ocupa, en el hecho 2.º de la solicitud del recurrente de formación de inventario a fin de liquidar el régimen económico matrimonial se señalaba lo siguiente: «Que en la demanda de divorcio presentada, que se acompaña como doc. núm. 2 de los acompañados (sic), se solicita la disolución del régimen económico matrimonial, por lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 808.1 y siguientes de

la LEC se solicita la formación de inventario, con arreglo al artículo 1397 del Código Civil y 55 de la Compilación» (sic).

Es decir, brilla por su ausencia la petición relativa a la retroacción de los efectos de la disolución de la sociedad consorcial al momento de admisión a trámite de la demanda, que el ahora apelante afirma en el párrafo 4.º de la alegación primera de su escrito de recurso, haber efectuado.

Es más, en el artículo 55 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, que se invoca por el recurrente, que llevaba por título «Inventario» —aun obviando que dicho precepto no está vigente, por haber sido derogado—, no se contenía referencia alguna a la retroacción que ahora pretende haberse solicitado, siendo el tenor de tal precepto el siguiente: «1. Cualquiera de los partícipes en una comunidad disuelta podrá pedir ante el Juez de Primera Instancia que se haga inventario del patrimonio consorcial (apartado redactado conforme a la Ley 3/1985, de 21 de mayo). 2. Se incluirán en el inventario todos aquellos bienes que se hallen en poder del cónyuge sobreviviente al tiempo de formalizarlo y que, real o presuntivamente, sean comunes, así como aquellos de igual naturaleza que se pruebe existían al cesar la comunidad matrimonial; todo ello a salvo lo dispuesto en los artículos 53, número 4, y 59. 3. El inventario se practicará con citación de todos los interesados y en la forma que los concurrentes convengan o, en su defecto, en la prevenida por la Ley de Enjuiciamiento Civil para el juicio de testamentaría».

Por último, es preciso señalar que el recurrente ni siquiera en la petitoria de su escrito

de solicitud de inventario, en donde se interesa por él que se proceda al inventario de los bienes constitutivos de la sociedad consorcial, cuya disolución —añade— se ha solicitado en el procedimiento de divorcio (sic), se hizo mención alguna a la circunstancia de la retroacción de los efectos de la disolución que, sólo con posterioridad, ha sido introducida.

Así las cosas, pese a que la solicitud de formación de inventario hubiera tenido lugar paralelamente a la de la demanda de divorcio, era en este último procedimiento de divorcio, y no en el que nos encontramos, en el que debió de haberse formulado por el ahora recurrente la solicitud de retroacción de los efectos de la disolución del consorcio hasta el momento de la admisión a trámite de la demanda (artículo 65.2 de la Ley 2/2003); por lo que ahora resulta inadmisible lo pretendido por el recurrente, al no ser legalmente en esta solicitud de inventario, sino en el procedimiento de divorcio, en el que el Juez podría haber retrotraído en todo caso los mencionados efectos.

La conclusión a la que debe llegarse, por tanto, es contraria a las pretensiones del recurrente, y así se recogió por la Sra. Magistrada-Juez del primer grado en su resolución; esto es, la eficacia de la disolución del consorcio se ha producido el día 4 de febrero de 2008, fecha de la sentencia de divorcio.

Por ello, sin necesidad de mayores razonamientos, el recurso de don Miguel Ángel debe decaer, y en consecuencia debe mantenerse en el Activo del inventario la indemnización por él percibida con ocasión de su despido de la mercantil Pfizer, SA.

Los Juzgados de Violencia en ningún caso son competentes para conocer de los procedimientos de liquidación de la sociedad conyugal, al no haberle sido expresamente atribuido por el artículo 87 ter 2 de la LOPJ, y ello con independencia de haber conocido previamente del procedimiento matrimonial del que dimana dicha liquidación.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Auto de 17 de mayo de 2010

Ponente: Ilma. Sra. D.ª María Nuria Zamora Pérez

Se suscita conflicto negativo de competencia objetiva entre el Juzgado de Primera Instancia

número nueve de esta ciudad, especializado en materia de familia y el de Violencia sobre la Mu-

jer, conflicto que debe resolverse en el sentido de declarar la competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia número nueve.

Borja presenta demanda solicitando la liquidación del régimen económico matrimonial, sociedad de gananciales, vigente constante matrimonio con doña Flora, de quien actualmente está divorciado.

Turnada la demanda al juzgado de Primera Instancia, especializado en materia de familia, en fecha 13 de noviembre de 2009, dicta Auto declarándose competente y acordando citar a la demandada a fin de proceder a la formación de inventario, en los términos regulados en el párrafo segundo del apartado primero del artículo 809 de la LEC.

Notificada la resolución a la demandada articula declinatoria del artículo 63.1 de la LEC, por considerar que la competencia objetiva correspondía al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, a tenor de lo regulado en el artículo 87 ter 2, en relación con el artículo 807 de la LEC, al ser quien había dictado la sentencia de divorcio. Declinatoria estimada en Auto de 18 de febrero de 2010, acordando remitir los autos al Juzgado objetivamente competente.

Enviados los autos al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, éste, previa Audiencia del Ministerio Fiscal, también se declaró objetivamente incompetente, elevando las actuaciones a la

Audiencia Provincial, para resolver la cuestión negativa de competencia, planteada.

El tema suscitado fue objeto de acuerdo unánime de esta Audiencia Provincial, aprobado el 23 de abril de 2009, en el sentido de interpretar restrictivamente las normas que atribuyen competencia objetiva al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, y así dicho juzgado será competente para la tramitación y resolución de los asuntos que expresamente le son asignados en el artículo 87 ter de la LOPJ, complementado con lo regulado en el artículo 49 bis de la LEC. Así se recogió en el apartado 2 de dichos acuerdos cuando se dice: «Por unanimidad se resolvió que los Juzgados de Violencia en ningún caso son competentes para conocer de los procedimientos de liquidación de la sociedad conyugal, al no haberle sido expresamente atribuido por el artículo 87 ter 2 de la LOPJ, y ello con independencia de haber conocido previamente del procedimiento matrimonial del que dimana dicha liquidación». La observancia de dicho acuerdo, unido a que este proceso de liquidación de sociedad de gananciales no es encuadrable en el apartado d) del artículo 87 ter 2 de la LOPJ, referido a «los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar», referido más bien a aquellas medidas de contenido personal o patrimonial a adoptar de inmediato ante una separación o divorcio, nos lleva a afirmar la competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia especializado en materia de familia.

No puede incluirse en el pasivo la deuda de la tarjeta de crédito dado que no existe prueba alguna de que las operaciones realizadas con cargo a dicha tarjeta por el ex esposo lo hayan sido en beneficio e interés de la sociedad legal de gananciales, constando que actualmente dicha tarjeta ya se encuentra cancelada.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 14 de mayo de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres**

La parte apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia, y con revocación de la misma, solicita que se incluya en el pasivo de la sociedad de gananciales, y como crédito del esposo, el importe de 1.544 €, en razón de cuotas pagadas por aquél por el uso de la maxi-

tarjeta de Caja Madrid, n.º NUM005, afirmando que con dicha tarjeta se abonó el pago de una lavadora, ITV, ruedas del coche, viajes, y estando asociada dicha tarjeta a la cuenta corriente común de Caja Madrid NUM006, y por razón de compras desde 2006, con cuotas mensuales de 171 €.

En modo alguno es posible acoger la pretensión planteada por el recurrente, por cuanto que no consta prueba suficiente sobre la titularidad de la apelada de dicha tarjeta, aportándose solamente una fotocopia, correspondiente a una pantalla de ordenador, donde precisamente aparecen operaciones realizadas única y exclusivamente por aquél, documento que ha sido expresamente impugnado, sin que por otra parte exista detalle ni referencia concreta a las compras que se dicen realizadas, ni tampoco documental, facturas, justificantes de compras, sobre la realidad de las mismas y los gastos efectuados, como tampoco se tiene certeza de la fecha de tales operaciones y de los gastos diversos que se indican, en los apartados antes anunciados, y sin olvidar que se produce la separación de hecho en el mes de octubre de 2006, siendo así que en la instancia, en el momento procesal oportuno, se mantenía que tal crédito ascendía al importe de 1.917,34 €, mientras que en la alzada se ha optado por mantener la reclamación en la cuantía antes indicada.

Por lo demás, tampoco cabe deducir conclusiones en los términos pretendidos por el recurrente, una vez que se han analizados los extractos y movimientos de la cuenta corriente común n.º NUM006.

En suma, no existe prueba alguna de que las operaciones realizadas con cargo a dicha tarjeta lo hayan sido en beneficio e interés de la sociedad legal de gananciales, constando que actualmente dicha tarjeta ya se encuentra cancelada.

No puede olvidarse que la apelada era titular de su propia tarjeta desde la fecha de separación de hecho, tarjeta número NUM007, de manera que no existiendo prueba de que constante el matrimonio se realizaran las concretas compras y gastos a los que se refiere el recurrente, ni tampoco que a la fecha de la separación de hecho existiera deuda vigente con cargo a dicha tarjeta, y por dichas operaciones, es lo procedente desestimar el motivo del recurso interpuesto por el apelante.

Se revoca la sentencia de instancia que acordó la venta de la vivienda ganancial y el reparto del precio entre ambos cónyuges dado que deben seguirse los trámites previstos en la LEC debiendo tenerse en cuenta lo indicado en el artículo 1405 del CC en relación con las deudas entre cónyuges.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 13 de mayo de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Ángel Chamorro Valdés**

La dirección letrada de doña Rosa se alzó contra la sentencia de instancia reclamando la revocación y que se dicte otra por la que, decretando no haber lugar a la reclamación de la demanda, se establezca en cuanto al único bien que constituye el activo del inventario formado, consistente en el local de Buenos Aires (Argentina), que el mismo se ponga a la venta mediante agentes inmobiliarios de aquella ciudad, y se reparta por partes iguales el precio resultante de la venta, según la alternativa que el mismo actor plantea en su propuesta de liquidación. Mientras que la dirección letrada de don Melchor pidió la desestimación del presente recurso, se condene a la demandada al pago de las costas generadas en la presente instancia y se acuerde seguir adelante el procedimiento con el nombramiento de peritos

y contadores para el reparto de los bienes con inclusión de las deudas reclamadas.

Para el análisis de la incongruencia esgrimida por la parte apelante hay que tener en cuenta que el juicio sobre la congruencia de la resolución judicial ineludiblemente presupone la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso, delimitado por sus elementos subjetivos (partes) y objetivos (*petitum* y *causa de pedir*), (Sentencias 161/1993, de 17 de mayo y 369/1993, de 13 de diciembre, del Tribunal Constitucional). Así la adecuación o correspondencia que la congruencia impone debe extenderse tanto al resultado o efecto jurídico que el litigante pretende obtener con el pronunciamiento judicial postulado (*petitum*) como a los hechos que sustentan la pretensión y surten su fundamento (*causa petendi*). Pe-

tición y causa, ambos conjuntamente, delimitan pues el alcance objetivo de la resolución judicial (Sentencias 122/1994, de 22 de abril, del Tribunal Constitucional y 28 de junio 1978 del Tribunal Supremo). Así pues el deber de congruencia no solo impide que el órgano judicial pueda conceder cosa cualitativamente diversa de la pedida y propia de una distinta acción (Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1991, 15 de febrero de 1991, 23 de junio de 1992 y 29 de octubre de 1992) sino que también se opone a que lo pedido pueda ser judicialmente concedido por una causa y razón de pedir distinta de la alegada (Sentencias de 20/1982, de 5 de mayo, y 67/1993, de 1 de marzo, del Tribunal Constitucional y Sentencias de 20 de julio de 1990 y 30 de diciembre de 1993 del Tribunal Supremo).

Sentado lo anterior y comparando el suplico de la demanda en la que se pide «que admita el presente escrito con la propuesta de liquidación y documentos que se acompañan, señalando día y hora para que ambas partes comparezcan ante el Secretario Judicial a fin de intentar un acuerdo y, en su defecto nombrar contador y peritos, en su caso, para realizar las operaciones divisorias» con el fallo de la sentencia que nos ocupa fácilmente se llega a la conclusión que ésta es incongruente lo que bastaría para su revocación. El proceso donde se ha dictado la sentencia recurrida es el de liquidación previsto en el artículo 810 de la LEC que tiene como finalidad adjudicar el haber ganancial, ello resulta no solo de la demanda sino que el auto de 26 de junio de 2008 lo deja bien claro. Dicho proceso ha de partir de manera ineludible de la composición de la sociedad de gananciales fijada en la sentencia de 7 de diciembre de 2007 que determina que el activo de la sociedad de gananciales lo compone el local de comercio sito en la avenida

de Regimiento de Patricios 810-812 de la ciudad de Buenos Aires (Argentina) y que no existe pasivo. Dicha sentencia no fue recurrida por las partes y por lo tanto la liquidación tiene como objeto el inmueble citado. La sentencia recurrida al incluir en la liquidación deudas personales entre los litigantes es contraria a la sentencia de 7 de diciembre de 2007.

Por otra parte las deudas de un cónyuge con el otro a las que se refiere el n.º 3 de la propuesta de liquidación presentada por la demandante y actualmente apelada no se incluyen en ninguna de las partidas del artículo 1398 del CC y les resulta aplicable el artículo 1405 del CC que establece que si uno de los cónyuges resultare en el momento de la liquidación acreedor personal del otro, podrá exigir que se le satisfaga su crédito adjudicándole bienes comunes, salvo que el deudor pague voluntariamente. Se trata de lo que un sector doctrinal califica de una anómala interferencia en la liquidación societaria, porque la relación crédito-deuda entre los cónyuges es extrínseca y ajena a los avatares de la masa ganancial, al concederse un derecho subjetivo que no se integra, de ejercitarse, en las operaciones particionales, pero que actúa, una vez concluidas las mismas y antes de las definitivas adjudicaciones de bienes que los convertirán ya en privativos, como complemento accesorio, que no necesario de aquellas, a fin de que un cónyuge pueda resarcirse con bienes comunes de lo que el otro le adeude a título personal. Debiendo señalarse que la determinación de estas deudas personales es ajena al proceso de liquidación del artículo 810 de la LEC.

En base a lo expuesto procede revocar la sentencia que nos ocupa y acordar que continúen los trámites de la liquidación de sociedad de gananciales.

Para calcular el porcentaje del *pro indiviso* deberán tenerse en cuenta únicamente los pagos del préstamo hipotecario abonados constante la sociedad de gananciales, no pudiendo en ningún caso incluirse los pagos posteriores a la disolución de la sociedad.

AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Sentencia de 29 de abril de 2010

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Romero Costas

Establecido lo anterior, la determinación del porcentaje que plantea la ex esposa recurrente,

correspondiente a las cuotas pagadas constante matrimonio y al carácter ganancial de las cuotas

hipotecarias restantes tras la ruptura o divorcio habido, no puede acogerse. Efectivamente, como bien refiere la contraparte en su oposición, y se deriva de las preceptos y Jurisprudencia relacionada supra, el porcentaje de titularidad ganancial se ha de concretar a las cuotas devengadas y pagos o abonos destinados a la amortización del préstamo hipotecario realizados sólo constante matrimonio con dinero ganancial, no cabiendo otra interpretación, pues lo que se pretende contraría aquellos preceptos y busca ampliar el porcentaje ganancial atribuyendo este carácter a pagos futuros o ulteriores que ya no son gananciales (artículo 1392 CC) por producirse una vez disuelto el matrimonio y sin que resulte viable atender a pagos posteriores distintos de los efectivamente concurrentes o cuotas devengadas constante matrimonio. En este sentido, los únicos pagos reconocidos indiscutidos gananciales y destinadas al abono del préstamo hipotecario lo son los habidos entre el matrimonio (2-VII-05) y el divorcio (Sentencia 29 de enero de 2008) que ascienden a un total de 5587.97 €, suma que representa en relación al precio total real admiti-

do (82.740 €) un porcentaje de 6,75%, que será la proporción de la vivienda familiar estimable como ganancial, e incluye en el Activo de la Sociedad de Gananciales, extremo en el que ha de ser corregido lo decidido en la instancia y, consecuentemente, quedando sin efecto con ello la inclusión en el Activo del derecho de crédito correspondiente a las cuotas del préstamo hipotecario pagadas constante matrimonio frente al demandado decididas en la instancia.

Establecido lo anterior, lo que no puede tampoco considerarse es la inclusión en el Pasivo Ganancial de deuda de obligación de pago alguna en relación a las cuotas del préstamo hipotecario suscrito por el ex esposo para la adquisición de la vivienda devengadas y devengables tras la disolución (divorcio) habida, pues las mismas se corresponden con el porcentaje privativo en el inmueble de aquél, único obligado a su abono. De todo ello se deriva la estimación en parte del recurso de apelación deducido por la representación de la Sra. Rafaela, no procediendo por tanto la imposición de las costas derivadas de esta alzada (artículo 398 LEC/00).

De la documentación aportada se evidencia que la controversia cruzada no puede resolverse con base en un posible enriquecimiento injusto pues poniéndose de manifiesto unas intrincadas relaciones económicas que propiciaron la formación de una masa común, aun en régimen de separación de bienes, las pretensiones de ambas partes deben ser decididas en una ordenada liquidación por el procedimiento *ad hoc* diseñado en los artículos 806 y ss. de la LEC para que en su seno puedan dilucidarse acabadamente las controversias existentes entre los litigantes.

AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 14 de abril de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Aguiló Monjo**

D. Álvaro interpuso demanda de reclamación de la cantidad, por principal, de 151.242,68 €, contra su esposa, D.ª Purificación de la que se encuentra separado legalmente por sentencia firme de 10 de noviembre de 2006, basada en su fundamentación jurídica en el instituto jurisprudencial del enriquecimiento injusto. Dicha parte accionada, contestó y negó la demanda y, a su vez formuló reconvencción en reclamación de la suma 112.737,42 €, exponiendo como fundamentos de derecho de fondo los mismos recogidos en la demanda inicial que se hacían propios, así como la

normativa del Código Civil que disciplina el pago de obligaciones (artículos 1157 y siguientes).

La sentencia de instancia, cual se avanzaba, decidió desestimar la demanda principal y la reconvencción, lo que ocasionó que ambas partes interpusieran sendos recursos de apelación, todo lo cual motiva la presente alzada y resolución.

Considera este tribunal que deban realizarse algunas recapitulaciones fácticas antes de entrar en lo que propiamente se conoce como «fondo del asunto».

Así, el Sr. Álvaro sostiene, sintéticamente expuesto, en su demanda inicial que la Sra. Purificación mediante escritura de compraventa de 4 de diciembre de 1997 se intituló a su favor el apartamento sito en la calle DIRECCION000, Edificio DIRECCION001 n.º NUM000 de Santa Eulalia del Río (Ibiza), aunque en realidad el inmueble había sido comprado no por la demanda, sino por el actor, si bien concede, subsidiariamente, que ésta pudo invertir del total precio de adquisición (8.300.000 pesetas) 7.500.000 pesetas y el actor 800.000. Se añade por el demandante que mediante su exclusiva aportación pecuniaria y personal en la ampliación del referido apartamento, éste experimentó un notable incremento de precio, hasta quintuplicar su valor a 16 de marzo de 2007, fecha en que la demandada lo vendió a tercero por 250.000 €, de modo que, aplicando una regla proporcional sobre el valor metro cuadrado y mejoras entre ambas fechas, entiende que la demandada se ha enriquecido injustamente, sin causa y a su costa en el importe de 151.242,68 € que ahora reclama.

Por su parte la demandada, tras afirmar que el inmueble de Ibiza era de su exclusiva propiedad, negando las aportaciones de adverso, mantiene que quien se enriqueció durante el matrimonio fue el demandante, explicando que era propietaria de una vivienda en Avenida Diagonal de Barcelona por su compra al actor; que en fecha 28 de julio de 1994 gravó el inmueble con un préstamo hipotecario por importe de 25.000.000 de pesetas y que con este dinero compró, el mismo día, otra vivienda en la calle Copérnico asimismo de Barcelona; que el 16 de noviembre de 1994 vendió el inmueble de Avenida Diagonal por 37.000.000 de pesetas y el 17 de mayo de 1995 adquirió por 9.000.000 de pesetas un local en la calle Doctor Trueta para montar un negocio de restauración que no prosperó; que el 29 de septiembre de 1997 vendió la casa de la calle Copérnico y el 4 de diciembre siguiente adquirió, a sus exclusivas expensas, el apartamento de Santa Eulalia (Ibiza) por el importe indicado de 8.300.000 pesetas. Ya en trances de reconvencción se indica que el Sr. Álvaro, abusando de un poder general que le había otorgado el 10 de julio de 1997, cuando se hallaba en tratamiento de un cáncer que padecía, vendió el local de la calle Doctor Trueta el 17 de marzo de 2003,

abonando el demandante principal gastos de intermediación inmobiliaria y de cancelación de hipoteca, más apoderándose del resto del precio que se evalúa en la suma de 112.737,42 €, que es la cantidad objeto de reconvencción.

La sentencia de instancia, en referencia a la demanda agitada por el Sr. Álvaro, considera que la acción que incorpora es la de enriquecimiento injusto y relacionando doctrina jurisprudencial al efecto, entiende correctamente que dicha acción es subsidiaria, en el sentido que son las acciones específicas que la ley concede para evitarlo las que deben ejercitarse, en función de la propia naturaleza del enriquecimiento sin causa. Se dice, por tanto, dejando aparte las obras de mejora, «que la acción que debería haber ejercitado el actor debiera haber sido la nulidad de la escritura de pública de compraventa del piso “por falta de causa o simulación contractual” y en su caso la nulidad de la venta realizada por la ahora demandada a tercero con la consecuente acción reivindicatoria, sin perjuicio de lo que resultara en caso de imposibilidad de devolución».

Se argumenta en el recurso que se examina que no existía ninguna otra acción al alcance del actor, al margen de la ejercitada, contrariamente a lo que se decide en la sentencia combatida, pues ni se reclama el precio de la compraventa ni hay reivindicación de propiedad, sino sólo reclamación de cantidad por el incremento de valor del patrimonio que ha experimentado el de la Sra. Purificación, en detrimento del de el Sr. Álvaro. Se añade que el matrimonio se regía por el régimen de separación de bienes, argumentándose que si se hubiese tratado de régimen económico de gananciales sin duda hubiera existido la acción específica de liquidación patrimonial en el proceso de separación, «por lo que en ese caso sí que la acción de enriquecimiento injusto podría entenderse como subsidiaria de la anterior, pero ello no es así en el presente caso puesto que no había posibilidad de liquidar régimen económico alguno».

Por su parte, la postura de la Sra. Purificación es diametralmente contraria, tanto en sus alegatos de defensa como en los argumentos de la reconvencción y los defendidos en su recurso de apelación propio. Y sin embargo, en los fundamentos de derecho de su demanda autónoma se

apoya básicamente en los mismos de la demanda principal (quien se ha enriquecido injustamente es el actor), aunque la sentencia de instancia justifica la desestimación de la reconvencción en un acuerdo, que estima probado por presunciones, de reparto por mitad, al menos, de lo obtenido por la venta del local de la calle Doctor Trueta. Este dato y los que se derivan de las relaciones operaciones inmobiliarias acerca de préstamos hipotecarios, inversiones, compras y ventas de inmuebles constante matrimonio, todas ellas de cierta complejidad y precisadas de una apurada demostración y transparencia.

Llegados a este punto, no se comparte la opinión de que el régimen de separación de bienes no precisa de liquidación en ningún caso.

Bajo la rúbrica de «Procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial», dispone el artículo 806 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que «la liquidación de cualquier régimen económico matrimonial que, por capitulaciones matrimoniales o por disposición legal, determine la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones se llevará a cabo, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, con arreglo a lo

dispuesto en el presente capítulo y a las normas civiles que resulten aplicables».

Entiende este tribunal que de la profusa documentación aportada a los autos (que han alcanzado la desorbitada numeración 1.177 folios) e, incluso, de las propias alegaciones de las partes y actos propios, se evidencia que la controversia cruzada no puede resolverse en base a un posible enriquecimiento injusto en contemplación a un único elemento patrimonial o, incluso a varios, poniéndose de manifiesto unas intrincadas relaciones económicas que propiciaron la formación de una masa común, aun en régimen de separación de bienes, que obliga que las pretensiones de ambas partes no pueda ser decidida por el instituto subsidiario del enriquecimiento injusto, sino que se impone, si a las partes conviene, una ordenada liquidación por el procedimiento *ad hoc* diseñado en la Ley Procesal antes referido, para que en su seno puedan dilucidarse acabadamente las controversias existentes entre los litigantes.

Es por tales consideraciones que procederá desestimar ambos recursos de apelación interpuesto en la forma en que se dirá en la parte dispositiva de la presente resolución.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Reconocida inicialmente la idoneidad de la actora para la adopción internacional, tras el rechazo de dos preasignaciones que encajaban totalmente con el ofrecimiento realizado se le retira tal idoneidad al producirse el rechazo total a las características básicas del menor en su aspecto racial, por lo que a la primera de las candidatas respecta y buscando una certeza de salud en la segunda, imposible de garantizar en la adopción internacional.

AP Madrid, Sec. 24.^a, Sentencia de 19 de mayo de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a María del Rosario Hernández Hernández**

Se interpone recurso de apelación frente a la sentencia de instancia de 5 de octubre de 2009, en cuya virtud se desestima la demanda interpuesta contra el Instituto Madrileño del Menor y la Familia, declarando no haber lugar a la oposición al acuerdo de 6 de noviembre de 2007, dictado por la Comisión de Tutela del Menor, por la que se retira a D.^a Graciela la declaración de idoneidad para adopción internacional.

Dados los términos en los que se plantea la litis en el supuesto de autos, ha de precisarse previamente que la apreciación de si unas personas tienen capacidad o disposición para el ejercicio de las funciones inherentes a la patria potestad adoptiva, que no otra cosa es una aptitud o idoneidad, presenta evidentes dificultades, no ya tanto porque ha de hacerse previamente a su ejercicio, y por ello sin que las mismas hubieran

tenido oportunidad de demostrar en la práctica tal idoneidad, sino muy especialmente porque incide en comportamientos humanos de futuro y por ello no siempre previsibles.

El artículo 176 del Código Civil alude a la idoneidad, que tradicionalmente se ha venido resumiendo en la «solvencia moral y económica» y que el artículo 1829 de la Ley Enjuiciamiento Civil de 1881 refería a las condiciones personales, familiares, sociales, y medios de vida; alguna resolución alude también a la «aptitud educadora» (Audiencia Provincial de Asturias de 11 de diciembre de 2002).

El concepto de idoneidad es un concepto jurídico indeterminado aun cuando no ha de extenderse hasta el punto de limitar la posibilidad de adopción a quienes reúnen claramente esa solvencia económica, moral, cultural y social que acredita la calidad de adoptantes, conforme al Código Civil.

En el supuesto de autos, reconocida inicialmente la idoneidad de la actora para llevar a cabo adopción internacional, a la vista de los informes social y psicológico emitidos al efecto, tras el rechazo de dos preasignaciones que encajaban totalmente con el ofrecimiento realizado, sin argumentar razones convincentes y cumplidas, le fue retirada tal idoneidad, por no concurrir en aquella los criterios a seguir, y más concretamente, al producirse el rechazo total a las características básicas del menor en su aspecto racial, por lo que a la primera de las candidatas respecta, y buscando una certeza de salud en la segunda, imposible de garantizar en la adopción internacional, máxime en atención a la previa historia en la niña, de 7 años de edad, de institucionalización y abandono, así como, finalmente, la visión superficial y poco realista de la infancia y de la adopción, demostrada por la recurrente, que hace dudar fundadamente de su capacidad para cubrir las necesidades del menor y de afrontar las dificultades que puedan surgir en orden a la adaptación y evolución del niño.

Razona la Juez *a quo* en la resolución disidente, que D.^a Graciela no cumple los criterios exigidos para la adopción internacional, esto es, respeto a la historia personal del niño, aceptación de sus características personales, flexibilidad de actitudes y adaptabilidad a nuevas situaciones y

capacidad para dar cobertura a las necesidades de desarrollo del niño, tomando en consideración que la institución de la adopción internacional, no es otra cosa que medida encaminada a procurar familia a los niños que no pueden vivir con la propia, y no menores que satisfagan las expectativas de los adultos, por lo que estima procedente mantener la Resolución impugnada de 6 de noviembre de 2007, de la Comisión de Tutela del Menor, por la que se acuerda retirar la declaración de idoneidad de la recurrente.

Expresa la Juez de primer grado en razonamientos jurídicos impecables, modulados y prudentes, fruto de la valoración en su conjunto, y conforme a las reglas de la sana crítica, que en el proyecto de adopción la recurrente manifestó en el correspondiente cuestionario, como características del menor de difícil aceptación por su parte, raza distinta a la europea y el padecimiento de enfermedad no superable, de donde infiere acotadas características en el potencial adoptando que no justifica la renuncia a la menor primeramente preasignada, rechazada por presentar rasgos asiáticos, como no se justifica este rechazo en no haberse conmovido al ver por vez primera a la menor, o que no la sintiera en el momento como hija, máxime en atención a la edad que se ofrece y capacidad para comprender necesidades y dificultades que previsiblemente presenten, lógicamente de mayor complejidad a medida que evoluciona y crece el niño adoptado, en igual sentido y por lo que se refiere a la segunda preasignación, con la pretensión de certeza de estado de sanidad de la menor, imposible de garantizar.

Estos razonamientos se comparten, suscriben y hacen en su integridad propios por la Sala a la vista de las actuaciones, y del contenido del expediente administrativo obrante en las actuaciones, aquí revisado detalladamente, sin que se encuentre error en la valoración que de todo este bagaje realiza la Juez *a quo*, con base en las circunstancias concurrentes en la apelada, expresadas en la sentencia de instancia, lo que de por sí determina la desestimación del recurso, es más, esta Sala se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre cuáles son los límites que, en orden a la valoración de la prueba practicada en la instancia, tienen los Tribunales de apelación,

y así se ha dicho que al no ser la segunda instancia un segundo juicio, sino solo la revisión del modo en que se ha valorado la prueba, no cabe pedir, sin más, la sustitución de las conclusiones a las que llega el Juez *a quo*, siendo que sólo cuando exista realmente un error, bien porque se haya omitido la valoración de alguno de los medios practicados, bien porque se haya valorado alguno que no debió serlo, o cuando se infringe alguna norma que disponga el modo en que se ha de valorar un concreto medio o porque en el proceso de valoración se lleguen a soluciones absurdas, ilógicas, o contrarias a las leyes de la física, es posible conseguir que se sustituya la valoración realizada.

Desde luego a nada determina el certificado aportado por la parte emitido por especialista en psiquiatría, en el que de manera resumida se exponen hechos que se dicen relevantes acaecidos durante el proceso de adopción internacional que nos ocupa.

Se dice en este que el rechazo de la primera menor preasignada se justifica no en las razones que se expresan por la entidad pública, sino en una tensa confusión de sentimientos que hicieron surgir múltiples dudas sobre la decisión que se iba a tomar, sin pensar en ella misma, sino en la menor hacia la que no surgía sentimiento maternal, ni se podía querer en el acto, y que, una vez conocida, detectando distanciamiento y frialdad en la niña, fácil y certeramente advertido por su titulación en psicología, con historial, se nos dice profesional de reconocido prestigio, y notoria empatía, estimó con toda su valía, que la niña no tenía interés en conocerla y tener con ella nexo alguno, por el apego existente con la familia de acogida, concluyendo que es esta una postura reflexiva y madura, a valorar como cabal respeto hacia la historia personal de Regina, que así se llama la niña.

Se afirma, respecto de Irina, segunda de las menores preasignadas, y aceptada provisionalmente, que pese a no darse garantías de salud psíquica, finalmente por escrito confirmó la adopción, atribuyendo la exigencia de prueba médica rechazada por agresiva, no a la intención de descartar problema mental, sino al deseo de documentarse respecto de pautas a seguir y tratamiento.

Dicho informe, emitido a instancia de la parte, si bien ratificado por su autor en el acto de la vista celebrada en las actuaciones a 28 de septiembre del pasado año, no nos determina sin más a la estimación del recurso, pues no ha logrado llevar a la Sala a la convicción, como tampoco llevó a la Juzgadora de instancia, de que han de quedar descalificadas las razones que determinaron a la Comisión de Tutela del Menor de retirar a D.^a Graciela el reconocimiento inicial de idoneidad para la adopción internacional, siendo hechos objetivos, que en la misma mañana en que se conoce a Regina, se decide no aceptarla, comunicando que era debido el rechazo a que físicamente esta no le gustaba por presentar rasgos asiáticos, y por no sentirla ni afectiva ni emocionalmente como hija. Conocida acto seguido a Irina, si bien es el aspecto físico de esta del agrado de D.^a Graciela, condiciona la decisión final a la emisión de dictámenes médicos más amplios, en función de que se descarte problema mental, para lo que exigió un TAC craneal en Rusia, negado por los profesionales, por entrañar para la menor un riesgo o peligro innecesario.

Todo ello conduce a la desestimación del recurso, con íntegra confirmación de la sentencia apelada, como correcta y conforme al ordenamiento jurídico, añadiendo, para concluir, y a mayor abundamiento, que en aras a no causar indefensión a la parte se ha entrado al examen del recurso, lo que no era preceptivo, tomando en consideración que, en defectuosa técnica procesal, se concluyó el escrito de recurso de apelación con el suplico de que se revocara la disentida, con dictado de otra sentencia según el de la demanda, sin deducir luego *petitum* concreto alguno de esta Sala, como tampoco se formuló en la instancia, puesto que la demanda de 20 de abril de 2009, no contiene otra petición al Juzgado que la de admisión de práctica de prueba a los efectos procesales oportunos (folio 195, *in fine*).

Pese a la desestimación del recurso, dada la naturaleza de la materia que nos ocupa, las concretas circunstancias del caso, la jurisprudencia recaída en supuestos análogos, y la posibilidad abierta a ello, aun ambigua, por el juego de lo dispuesto en los artículos 398 y 394 de la LEC, no ha lugar a condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas de la alzada.

Los Juzgados de Familia no son competentes para tramitar la demanda en la que un menor pide que la DGAIA declare que es un menor en situación de desamparo, que asuma su tutela y realice los trámites para obtener la residencia en este país, dado que corresponde conocer de ella a los órganos de la jurisdicción contenciosa-administrativa.

AP Barcelona, Sec. 18.^a, Auto de 13 de mayo de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a María José Pérez Tormo**

Recorre Primitivo el Auto de primera instancia que ha considerado que no tiene competencia objetiva para el conocimiento de su demanda, en la que solicitaba que la DGAIA declarara que es un menor en situación de desamparo, que asumiera su tutela y realizara los trámites para obtener la residencia en este país, considerando la Juzgadora *a quo* que corresponde conocer de ella a los órganos de la jurisdicción contenciosa-administrativa.

Alega en su recurso que tiene un pasaporte válidamente expedido en su país, sin que se haya alegado la DGAIA que haya sido manipulado ni que sea falso.

El Ministerio Fiscal dice en su oposición al recurso de apelación que se está discutiendo la mayoría de edad de Primitivo, lo que no puede incardinarse en el procedimiento del artículo 780 de la LEC, al no ser materia de protección de menores, por lo que no es competente el Juzgado de Familia, y solicita la confirmación de la resolución recurrida.

El recurso así planteado no puede prosperar. La potestad jurisdiccional de los Juzgados de Familia es exclusiva y excluyente en las localidades

donde funcionen, abarca únicamente las actuaciones previstas en los Títulos IV y VII del Libro Primero del Código Civil, y correlativas del Código de Familia en Cataluña, y aquellas otras cuestiones que en materia de Derecho de la Familia le sean atribuidas por las leyes, sin que pueda extenderse la competencia de los Juzgados de Familia a enjuiciamientos que impliquen el ejercicio de acciones que no quedan exactamente incluidas entre las materias atribuidas a la competencia jurisdiccional de los Juzgados de Familia.

Los Juzgados de Familia de Barcelona son competentes para los procedimientos en los que se plantee oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores por el cauce procesal del artículo 779 y siguientes de la LEC, y el caso que ahora se plantea no puede incardinarse en tal procedimiento pues no queda acreditado el elemento esencial, cual es la minoría de edad del actor Primitivo, del que se discute su edad.

No tratándose pues, de un proceso de protección de menor, no es competente el Juzgado *a quo*, por lo que procede desestimar el recurso planteado, y confirmar la resolución recurrida.

Se confirma la declaración de desamparo ya que la madre no ha conseguido aprender a anteponer el beneficio de sus hijos frente a su inestabilidad emocional, no ha sabido preservarlos de posibles situaciones de riesgo y aun a pesar de la vinculación afectiva y de la voluntad que haya podido mostrar al tratar de superar sus dificultades, la realidad se impone de una manera evidente.

AP Barcelona, Sec. 18.^a, Sentencia de 11 de mayo de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a Ana María Hortensia García Esquius**

La sentencia que se apela, pese a desestimar la demanda interpuesta por la Sra. Estela interesando la revocación de la resolución de la DGAIA de

8 de febrero de 2008 que, manteniendo la tutela administrativa sobre los menores Fermina y Eloy acuerda su ingreso en centro, resuelve ampliar el

régimen de visitas de la madre con los menores a una visita semanal, a través del servicio de Punt de Trobada y de una duración de 4 horas. La decisión es impugnada por la representación de la DGAIA que tiene atribuida la tutela de estos menores desde que por resoluciones de fechas 23 de enero de 1998 y 20 de diciembre de 2006, fueron declarados en situación de desamparo.

La trayectoria vital de estos menores hace ya demasiados años que se ha visto gravemente afectada por las sucesivas modificaciones de su situación personal en función de la posible y coyuntural mejora del estado emocional y económico de la madre. Acreditada la incapacidad de la madre para asumir de forma responsable la custodia de sus hijos y sus hermanos, algunos de los cuales son mayores de edad, y pese a todos los intentos de tratar de asegurar la permanencia de los niños en el entorno familiar y en el hogar materno, la realidad es que no ha sido posible conseguir la estabilidad en ese entorno. La madre no ha conseguido aprender a anteponer el beneficio de sus hijos frente a su inestabilidad emocional, no ha sabido preservarlos de posibles situaciones de riesgo y aún a pesar de la vinculación afectiva y de la voluntad que haya podido mostrar al tratar de superar sus dificultades, la realidad se impone de una manera evidente. Lo cierto es que, pese a los períodos de mejora que al ser detectados han podido dar lugar a la adopción de medidas de acercamiento entre madre e hijos, a partir de octubre del año 2007, con el inicio para la madre de una nueva relación de pareja, se reproducen las situaciones de agresividad en el domicilio, malos tratos en el ámbito doméstico, dificultades económicas, ansiedad y conflictividad permanente que afecta seriamente la estabilidad de los menores. El hecho de que a la madre le haya sido diagnosticado un trastorno de personalidad, trastorno distímico que junto a la existencia de una esclerosis y osteoartritis generalizada ha dado lugar a la Resolución de Declaración de Disminución en un porcentaje del 68%, lo único que hace es evidenciar que eran ciertas las imputaciones de la existencia de trastorno de la personalidad en la madre que efectuadas a lo largo de todo el expediente administrativo y este trastorno, unido al hecho de la ausencia de una figura paterna o de una familia extensa dispuesta a compartir el

cuidado de los menores, lo que hace es revelar la posible situación de indefensión en que estos se encontraban, agravado este hecho por la coincidencia de unas relaciones de pareja cuya influencia es del todo negativa para la convivencia familiar.

La resolución de instancia, pese a todo, amplía el régimen de visitas de los menores con la madre, teniendo en cuenta la vinculación afectiva madre e hijos, pero los últimos y más recientes informes del resultado del desarrollo de este régimen de visitas lo que hacen es desaconsejar el mantenimiento del régimen establecido y cuanto más una posible ampliación.

No basta la vinculación afectiva sino se advierte una voluntad declarada de superación y trabajo para mejorar la situación, lo que no se ha acreditado en estos autos a pesar de que inicialmente la administración había optado por asumir la tutela pero atribuir a la madre la guarda, dándole así la oportunidad de continuar conservando a sus hijos contando con la ayuda de la administración para su cuidado.

Aun cuando en todos los procesos en que se trate de dilucidar sobre las medidas más oportunas para la protección de los menores es exigible de todos los que intervienen en el proceso, incluidas la administración y los jueces y tribunales, actúen con el máximo rigor y cautela, valorando de forma ponderada todas las circunstancias concurrentes y tratando de garantizar los derechos de todos quienes resulten afectados sin ignorar la necesaria protección a la institución familiar a la que pertenece el menor, cuya protección garantiza el artículo 39 de nuestra Constitución, el interés del niño siempre es el que ha de primar sobre cualquier otra consideración.

Es por ello que además hemos de tener en cuenta el derecho, tanto el menor como de los propios padres, a que el niño crezca y sea educado en el seno de la familia natural, es sancionado en el Derecho Internacional que proclama el interés del niño a ser educado por sus padres naturales, así la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986, especialmente en los artículos 9 y 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual advierte de la necesidad de adoptar cuan-

tas medidas sean precisas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido, como en nuestro ordenamiento jurídico, entre otros y principalmente, en el artículo 172.4 del Código Civil, y en el artículo 5 de la Llei 37/1991. Es consecuencia asimismo de la patria potestad de los padres, cuyo ejercicio ha de ser en interés o beneficio de los hijos (sentencias del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1935, 9 de marzo de 1989 o 23 de julio de 1987, entre muchas otras) y que salvo que se aprecien circunstancias especiales, corresponderá a los padres la guarda y custodia de sus hijos menores de edad.

Por otra parte, el artículo 135 del Codi de Família reconoce a los progenitores no custodios, el derecho a relacionarse personalmente con sus hijos, pero no es este un derecho absoluto sino supeditado siempre al beneficio del menor, de manera tal que podrá la autoridad judicial limitarlo o suspenderlo cuando se advierta cualquier tipo de perjuicio para el menor, como ocurre en este caso. En este sentido, el informe que obra en este rollo, emitido en fecha 30 de septiembre de 2009 por el servicio de EAIA Raval Sud y el informe del CRAE Maria

Reina, de 20 de septiembre de 2009, alertan sobre la angustia con que están viviendo los hijos las visitas, el estado en que se ha presentado la madre a las mismas y el perjuicio que la forma en que se desarrollan las mismas está causando al estado emocional de los menores, y por ello las valoraciones de los profesionales actuantes deben ser atendidas, máxime si se valora asimismo que Fermina es una niña alegre, de carácter abierto y sociable, que muestra interés por los estudios y por integrarse socialmente, adoptando una responsabilidad que va más allá de la que le correspondería por edad y que Eloy necesita mucha atención y tranquilidad y manifiesta una baja autoestima, todo lo cual requiere tratar de garantizarles a ambos una seguridad y serenidad que la madre en la actualidad no está en condiciones de proporcionarles. En consecuencia y en atención a lo expuesto, estimando el recurso interpuesto por la DGAIA y la representación del Ministerio Fiscal, se acuerda revocar la resolución de instancia en el sentido de no haber lugar a ampliar las visitas, correspondiéndole a la administración tutelar la adopción de las medidas que considere procedentes en función de la evolución de la situación.

FILIACIÓN

Aun aceptando que no necesariamente debe presentarse este principio de prueba en un escrito aparte, sí son necesarias referencias concretas en la demanda a medios de prueba a practicar que contribuyan a conferir al sustento fáctico de la petición credibilidad y verosimilitud, aunque luego no prospere la demanda.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 9 de abril de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres**

Con fecha 26 de junio de 2009, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Parla, se dictó Auto cuya parte dispositiva es del tenor literal: «Que debo INADMITIR la demanda presentada, al no haberse presentado un principio de prueba de los hechos en los que se funda la impugnación de la filiación, procediéndose al archivo de las actuaciones, previa baja en los libros correspondientes de este Juzgado».

Pretende la parte apelante la admisión a trámite de la demanda interpuesta, sobre impugnación de la paternidad matrimonial, en los términos reflejados en el suplico de dicho escrito rector, y bajo los argumentos indicados en el mismo.

Conviene recordar, siguiendo la doctrina de esta propia Sala (auto de 7 de febrero de 2006 y 18 de noviembre de 2008, entre otros), y con referencia a aquella que emana del Tribunal Supre-

mo, Sentencias 19 de enero de 1990, 20 de octubre de 1993, 4 de mayo de 1999, 28 de diciembre de 2001, 13 de junio de 2002, 18 de mayo de 2000, entre otras, que el apartado número 1 del artículo 767 de la ley procesal previene que en ningún caso puede ser admitida la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funda.

Ello ha de ponerse en conexión con lo dispuesto del artículo 1.6 del Código Civil, que atribuye a la jurisprudencia la función de interpretar y aplicar las leyes, y así, puede afirmarse que es doctrina reiterada y pacífica la que señala que es necesario que con la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado, y de este modo de llevar a cabo un control de la razonabilidad de la demanda, de modo que ello constituye un complemento tendente a procurar la seriedad de la misma, y no una restricción ni un obstáculo a la posibilidad que abre la Constitución.

Es decir, desde esta perspectiva ha de propugnarse una interpretación del principio de prueba que no convierta en elemento formal de rechazo la falta de incorporación de un escrito

que contenga el mentado principio de prueba a la demanda; sin embargo, aun aceptando que no necesariamente debe presentarse este principio de prueba en un escrito aparte, si es necesario referencias concretas a medios de prueba a practicar, que contribuyan a conferir al sustento fáctico de la petición credibilidad y verosimilitud, aunque luego no prospere la demanda.

Aplicada la anterior doctrina al caso de autos es lo cierto que no se cumple con las mínimas previsiones, según establece la doctrina y jurisprudencia, en orden a la admisión de la demanda, dada la falta de principio de prueba, a proponer siquiera junto con el escrito de demanda, lo que determina la confirmación de la resolución apelada.

Como *Obiter Dicta* cabría deducir del propio planteamiento que se contiene en la demanda la caducidad de la acción ejercitada, por cuanto que el que los que el demandante ya advierte que hace años que ya viene diciendo que no es el padre de los hijos a que se hace mención en el escrito rector, de modo que en una correcta aplicación del artículo 136 podría darse la posibilidad, en cuanto al fondo del asunto, de la aplicación de la caducidad de dicha acción.

UNIONES DE HECHO

El presente proceso tiene por objeto la declaración de existencia de una pareja de hecho y el que uno de ellos tiene derechos sucesorios respecto del otro ante su fallecimiento; dicha materia no puede considerarse incluida en el ámbito del Derecho de Familia.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Auto de 20 de mayo de 2010

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Pilar Manzana Laguarda

El presente proceso tiene por objeto la declaración de existencia de una pareja de hecho y el que uno de ellos tiene derechos sucesorios respecto del otro ante su fallecimiento; dicha materia no puede considerarse incluida en el ámbito del Derecho de Familia, que constituye el sector del ordenamiento jurídico al que se extiende la competencia de esta Sección conforme al Acuer-

do del Consejo General del Poder Judicial de 4 de mayo de 2000, por lo que procede remitir el mismo al Servicio Común de Registro y Reparto de esta Ilmta. Audiencia Provincial para que sea turnada a la Sección que corresponda, al que se acompañará testimonio de lo actuado por esta Sección, quedando sin efecto el señalamiento acordado.

Queda fuera del objeto del procedimiento de fijación de medidas paterno filiales la cuestión relativa al pago de la hipoteca constituida sobre la vivienda familiar.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 13 de abril de 2010

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

Asumiendo los demás pronunciamientos de la Sentencia de instancia, impugna la parte apelante el que concierne a la distribución de pago entre ambos litigantes de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, suplicando de la Sala que, con revocación del mismo, se declare que la Sra. Susana ha de asumir en exclusiva dicha obligación económica, y ello sin perjuicio de las compensaciones que, en su día, pudieran proceder de acreditarse la cotitularidad de dicho inmueble.

Postura que encuentra la frontal oposición de la contraparte, en súplica de íntegra confirmación de la resolución impugnada.

A fin de ofrecer una adecuada, en cuanto ajustada a derecho, respuesta judicial a la problemática jurídico-económica en tal modo suscitada parece necesario recordar que la misma se inserta en una contienda litigiosa que se desenvuelve en el marco procesal al efecto habilitado por los artículos 748-4.º y 770-6.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil que constriñen el ámbito de debate, y consiguiente decisión judicial, a las pretensiones relativas a la custodia de hijos menores y alimentos reclamados para los mismos por un progenitor frente al otro.

Cierto es, y así lo viene manteniendo esta Sala, que dicho acotamiento legal no excluye, ni podría hacerlo, la regulación, en tal marco procesal, de otras medidas íntimamente ligadas a las expresamente recogidas por la citada Ley rítmica, cuales las relativas al ejercicio de la patria potestad y régimen de visitas, además de la posible asignación del uso del domicilio familiar a los hijos, en cuanto parte integrante de la obligación alimenticia, de conformidad con las previsiones generales al efecto contenidas en el artículo 142 del Código Civil.

Por ello, y al contrario de lo que acaece en los pleitos matrimoniales, en los que se contem-

pla expresamente la regulación de medidas que no tiene incidencia directa y específica sobre la prole en situación de dependencia jurídica de sus progenitores, afectando tan sólo a los cónyuges en sus futuras relaciones económico-patrimoniales, en supuestos como el presente, y dado el referido acotamiento normativo, la decisión judicial de la contienda suscitada no puede abarcar a otras cuestiones que las específicamente contempladas en los antedichos preceptos, con aquellas otras que, a tenor de lo expuesto, resultan inseparables de las mismas.

En consecuencia, han de quedar necesariamente fuera de dicho entorno cuestiones, como la que se suscita a través del presente recurso, que afectan, no a los hijos comunes, sino de modo directo y exclusivo a los progenitores entre sí, en orden a sus relaciones patrimoniales o económicas.

Así pareció entenderlo la ahora apelada en su escrito de contestación a la demanda reconvenzional articulada de contrario, en cuanto en su suplico se remitía a la petición de medidas realizada en el escrito rector del procedimiento, en el que ninguna mención específica se hacía al pago de la cuota hipotecaria que gravaba la vivienda familiar, añadiendo, de modo significativo y perfectamente acorde con lo anteriormente razonado, que no se hiciera «pronunciamiento alguno respecto de extremos que por exceder al objeto del presente proceso, como es la cotitularidad de la vivienda habitual y extremos referidos al condominio, deba dejarse para el cauce procesal oportuno».

Y en cuanto, a mayor abundamiento, la posible obligación de pago por el hoy apelante de las cuotas del préstamo hipotecario se encuentra vinculada necesariamente a la determinación de la discutida titularidad de la vivienda, de conformidad con lo prevenido en el artículo 393 CC,

procede, accediendo en lo sustancial a la pretensión revocatoria articulada, dejar sin efecto el pronunciamiento impugnado, y ello sin perjuicio

de lo que, al respecto, pudiera acordarse en el cauce procesal adecuado, necesariamente distinto del presente.

SUCESIONES

Los depósitos bancarios eran de la exclusiva propiedad de la causante y no existió donación u otro acto jurídico eficaz transmitiendo la propiedad de los mismos a favor de su sobrina por los cuidados que le dispensaba, por lo que no puede sostenerse la existencia real y verdadera de un contrato de vitalicio para amparar la extracción de los fondos y su apropiación por parte de la demandada. La inexistencia del contrato conlleva la obligación de restituir a la masa hereditaria la cantidad distraída por la demandada al ser de la exclusiva propiedad de la causante.

AP Baleares, Sec. 3.^a, Sentencia de 9 de marzo de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Guillermo Roselló Llaneras**

Don Santiago, en su calidad de único heredero testamentario de doña Filomena, formuló demanda de juicio ordinario contra la sobrina de la causante doña Almudena, interesando sentencia por la que se declare que la totalidad de los fondos depositados en las distintas cuentas de La Caixa pertenecían en exclusiva a la causante, que la demandada ha extraído de las cuentas de La Caixa mencionadas en la demanda la suma de 106.338,00 euros, condenándola a reintegrar a la masa hereditaria la indicada cantidad con más sus intereses legales.

Se opuso la demandada a dichas pretensiones alegando, en síntesis, la falta de legitimación activa del actor por entender que no era el heredero único de la causante al prevenir el testamento una sustitución vulgar para el caso de premoencia de cualquiera de los herederos *ex re certa* en favor de los descendientes por estirpes del actor instituido heredero, para seguidamente negar que los fondos depositados en las cuentas bancarias fueran de exclusiva propiedad de la causante doña Filomena, siendo improcedente la restitución solicitadas puesto que todas las operaciones de cancelación de imposiciones a plazo, orden de venta de títulos y transferencia de fondos se realizaron en vida de la causante y haciendo uso de las facultades de libre disposición legalmente atribuidas a los titulares de cuentas indistintas que faculta a cualquiera de los titulares para reti-

rar total o parcialmente los fondos existentes en la cuenta, título legítimo sobre el dinero reclamado que proviene de la transmisión a su favor por parte de la causante para que atendiera todas sus necesidades alimenticias y de cuidado hasta el momento de su fallecimiento y como medio de pago de sus servicios, contrato de alimentos que legitima la propiedad de los saldos bancarios, por lo que solicitó la desestimación íntegra de la demanda y su libre absolución.

La sentencia de la instancia desestima la falta de legitimación activa alegada por ser el actor el único heredero testamentario de doña Filomena al no haberse cumplido la condición que da lugar al llamamiento de los sustitutos, considera acreditado que los fondos depositados en las cuentas indistintas provienen del patrimonio de la causante y, sin embargo, entiende que la demandada no viene obligada a restituir los fondos retirados de dichas cuentas por ser de su propiedad al habérselos transmitido la Sra. Filomena como contraprestación de los cuidados que le dispensó su sobrina hasta su fallecimiento mediante contrato verbal de vitalicio, por lo que decidió desestimar la demanda y absolver libremente a la demandada.

Dicha resolución constituye el objeto del presente recurso al haber sido apelada por la parte demandante alegando, como esencial motivo de impugnación, que la inexistencia del contrato

de alimentos que se fundamenta en la inclusión de la demandada como cotitular de las distintas cuentas tituladas a nombre de la causante, por cuanto la apertura de una cuenta bancaria a nombre de dos personas no produce ningún desplazamiento patrimonial de una a otra sino únicamente el nacimiento de meras facultades dispositivas frente al banco.

Incólumes los hechos que declara probados la sentencia apelada referentes a la condición de único heredero por parte del demandante Sr. Santiago, la propiedad de la causante de los fondos depositados en las cuentas indistintas con la demandada en La Caixa, y realidad de las operaciones de extracción de la cantidad reclamada por parte de la demandada el día de la muerte de la causante Sra. Filomena para ingresarla en una cuenta de su exclusiva titularidad, la única cuestión a decidir en esta alzada queda reducida a la existencia del alegado contrato verbal calificado de vitalicio, que la sentencia de la instancia considera existente y que legitima el traspaso de la propiedad de los indicados depósitos a favor de una cotitular de la cuenta indistinta, sin perjuicio de la realidad de los cuidados que haya podido prestar a la otra cotitular.

El denominado contrato de vitalicio que, como señalan, entre otras, las SSTS de 30 de noviembre de 1987, 31 de julio de 1991 y, entre las más recientes, las de 18 de enero de 2001, 9 de julio de 2002, 1 de julio de 2003 y 1 de septiembre de 2008, «es un contrato autónomo, innominado o atípico, que participa en parte del carácter del de renta vitalicia aunque no es enteramente el mismo, por el que se hace cesión de bienes a cambio de la obligación de dar asistencia y cuidados durante toda la vida del o de los cedentes», y la STS de 12 de junio de 2008 precisa que «esta modalidad contractual ha sido jurisprudencialmente delimitada frente a la donación modal u onerosa y frente a la renta vitalicia como un contrato autónomo, innominado y atípico, susceptible de las variedades propias de su naturaleza y finalidad, regido por las cláusulas, pactos y condiciones incorporadas al mismo en cuanto no sean contrarias a la ley, la moral y el orden público» artículo 1255 del Código Civil, y al que son aplicables las normas generales de las obligaciones —Sentencias de 1 de julio

de 2003 y 25 de febrero de 2007, entre otras—. La sentencia de 1 de septiembre de 2006 precisa que «es ésta una modalidad de contrato que participa en parte del carácter del de renta vitalicia, aunque no es enteramente el mismo, por el que se hace cesión de bienes a cambio de la obligación de dar asistencia y cuidados durante toda la vida del o de los cedentes; caracterización en la que fácilmente tiene cabida el contrato celebrado entre Coloma y las demandantes, en el que la primera cedía a las segundas la nuda propiedad de las fincas detalladas, y, en contraprestación a esta cesión, éstas quedaban obligadas frente a aquélla a prestar alimentos en la extensión determinada en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, transmitiéndose dicha obligación a los respectivos herederos de las cesionarias, al fallecimiento de las mismas, y estando prohibida la constitución de gravámenes o hipotecas sobre los bienes adquiridos, así como su enajenación, en vida de la cedente, sin su consentimiento expreso»; y como contrato atípico lo define igualmente la reciente STS de 25 de mayo de 2009 diciendo «la sentencia de 12 de junio de 2008, con cita de la de 1 de septiembre de 2006, dice que este contrato participa en parte del de renta vitalicia, aunque no coincide y en él “[...] se hace cesión de bienes a cambio de la obligación de dar asistencia y cuidados durante toda la vida del o de los cedentes” (asimismo, SSTS de 1 de julio de 2003 y 9 de julio de 2002). En el derecho español, al ser un contrato atípico, rige la libertad de pactos, de modo que “[...] justo porque es un contrato innominado (el término, como se dijo, es genérico), sin tipificación específica, habrá de regirse por los pactos, cláusulas y condiciones que las partes establezcan, con la cobertura legal, común a toda clase de vitalicio como contrato oneroso que el Código regula, es decir la renta vitalicia, cuyas normas, establecidas en los artículos 1802 a 1808 ambos inclusive, habrán de ser aplicables, analógicamente, atemperadas a las especialidades de cada supuesto [...]” (STS de 1 de julio de 1982, así como las anteriormente citadas en esta sentencia)».

Pues bien, a la luz de la anterior doctrina jurisprudencial, pacífica y uniforme, para la existencia del contrato de vitalicio y dada su naturaleza sinalagmática se precisa que se acredite la transmisión de bienes de presente por parte del

pensionista, precisando la ya lejana STS de 2 de marzo de 1952 que la transmisión del dominio es requisito indispensable para que exista contrato de renta vitalicia, y la asunción de obligaciones por parte de quien recibe los bienes como consecuencia de dicha transmisión, lo que impone analizar sí, en el caso que se enjuicia, existió dicha transmisión de la propiedad de los fondos por parte de la causante a favor de la demandada como consecuencia de la obligación asumida de cuidarla y alimentarla hasta la muerte.

Desde luego, la argumentación de la sentencia recurrida para considerar que existió la real transmisión de la titularidad de los fondos propios de la causante depositados en las cuentas indistintas y por el hecho de haber incluido como cotitular de las mismas a su sobrina hoy demandada, contradice abiertamente la doctrina legal que cita sobre las cuentas bancarias conjuntas o indistintas que no producen el efecto de atribuir la propiedad de los fondos por partes iguales a los titulares, prevaleciendo siempre y en todo caso la procedencia de las cantidades depositadas, en este sentido se pronuncian, además de las citadas por la sentencia apelada, las

SSTS de 29 de mayo de 2000, 10 de febrero y 12 de noviembre de 2003 precisando que el carácter indistinto de una cuenta corriente no afecta a la propiedad del capital, que no está sujeta a la estructura o características de la cuenta, sino a su propia naturaleza intrínseca, y no presupone condominio y se puede aportar prueba en contra, sólo a falta de prueba se entiende que ambos titulares son dueños por mitad de la suma de los fondos depositados.

Pues bien, en el caso ha quedado incólume que los depósitos bancarios eran de la exclusiva propiedad de la causante Sra. Filomena y que no existió donación u otro acto jurídico eficaz transmitiendo la propiedad de los mismos a favor de su sobrina por los cuidados que le dispensaba, por lo que no puede sostenerse la existencia real y verdadera de un contrato de vitalicio para amparar la extracción de los fondos y su apropiación por parte de la demandada, inexistencia del contrato que conlleva la obligación de restituir a la masa hereditaria la cantidad distraída por la demandada al ser de la exclusiva propiedad de la causante. Se estiman el motivo y el recurso.

OTRAS CUESTIONES

Se concede autorización en favor de la tutora para plantear la acción de impugnación del testamento otorgado por la incapacitada.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Auto de 28 de mayo de 2010

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres

La parte apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de instancia, y con revocación de la misma, interesa que no se conceda autorización a la tutora de doña Sagrario para impugnar el testamento otorgado por doña María Teresa, de fecha 5 de marzo de 2002.

Señala que doña Sagrario ha sido internada en un geriátrico, habiendo sido declarada judicialmente incapaz por medio de sentencia de 30 de diciembre de 2006; reiterando los argumentos expuestos en el escrito obrante al folio 99 de los autos, del recurrente, haciéndose una crítica

al procedimiento de incapacidad; advierte que existe conflicto familiar entre la tutora, sus hermanos y primos, por un lado, y el recurrente, don Baltasar, por otro, al tiempo que defiende la validez del testamento otorgado, denunciando que en el supuesto de que se declare la nulidad del mismo los herederos son sus hermanos, el recurrente y doña Sagrario, así como los sobrinos de ambos, entre los que se encuentra la tutora doña Covadonga; se indica, también, que la situación económica de doña Sagrario no es holgada como para afrontar los costes de un proceso de impugnación de testamento y denuncia

el inadecuado ejercicio del cargo por parte de la tutora, doña Covadonga.

La parte apelada, a través del escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario, solicita la confirmación de la resolución apelada.

La problemática suscitada ha sido correctamente resuelta en el auto apelado, pues aun siendo escueto en su argumento, es acertado el mismo, para dar lugar a la decisión judicial sobre autorización en favor de la tutora de doña Sagrario para plantear acción de impugnación de testamento otorgado por doña María Teresa, con fecha de 5 de marzo de 2002.

A este respecto conviene recordar lo preceptuado en el artículo 216 del Código Civil, en lo atinente al deber que comporta la función tutelar, que debe ejercerse siempre en beneficio de la persona sometida a tutela, si bien, bajo el control y la salvaguarda de la autoridad judicial, lo cual se pone en relación con lo dispuesto en los artículos 232 y concordantes, y artículo 271.6 del texto legal antes citado.

Así las cosas, por medio de la licencia judicial que se interesa solamente se pretende la viabilidad procesal y judicial, en orden a preservar los bienes y derechos que a la tutelada le corresponde, como no podía ser de otra manera, dado el parentesco entre esta y la causante, a la sazón, su hermana, doña María Teresa, de modo que es acorde al interés de aquella que la tutora cumpla con el derecho-deber de ejercitar las acciones correspondientes para preservar el patrimonio de la tutelada, en el que se engloban los derechos sucesorios y testamentarios que se derivan del fallecimiento de su hermana.

No es posible en esta resolución entrar a valorar circunstancias, de orden personal, familiar, psicológico o psiquiátrico, que pueda motivar, o no, la nulidad del testamento otorgado por doña María Teresa, lo que se deberá analizar, y valorar jurídicamente, en el procedimiento correspondiente, el cual, por cierto, ya se ha iniciado, puesto que se ha promovido juicio ordinario ante el juzgado de primera instancia número 87 de los de Madrid, con solicitud de medidas cautelares, demanda admitida por auto dictado por aquel Juzgado, de fecha 28 de julio del 2009.

Por las anteriores razones, se descarta, en este expediente, cualquier argumento o razona-

miento relativo a la valoración sobre la capacidad de la testadora para otorgar el testamento de fecha 5 de marzo de 2002, instituyendo heredero a don Baltasar, a la sazón, hermano de las testadora y de la tutelada, y sin perjuicio de las expectativas de derechos del grupo familiar de ambas, que son, por otra parte, legítimas, para el futuro y llegado el caso y momento, pues ello nada tiene que ver con lo que se pretende en este tiempo presente, como es la protección de los intereses económicos y patrimoniales de doña Sagrario, y es en sede del procedimiento ordinario que ya se ha iniciado en el que se debe determinar si concurren causas que determinen o no la invalidez del testamento otorgado.

Por ello, no apreciándose conflicto de intereses entre la tutora y la tutelada, no siendo causa para denegar la autorización para plantear la demanda de impugnación del testamento el coste económico del proceso, como tampoco lo es las relaciones personales, cuáles sean, entre don Baltasar y el resto de los parientes, no siendo de valorar en este expediente si la tutora cumple o no correctamente en el ejercicio de su función, no resultando trascendente, a los fines que ahora interesa, valorar la situación actual de doña Sagrario, o si es procedente o no que continúe internada en un geriátrico, resultando irrelevante si doña Sagrario ha revocado o no el testamento otorgado, también a la fecha de 5 de marzo de 2002, no teniendo trascendencia las posibles consecuencias de lo dispuesto en el testamento otorgado en su momento por doña María Teresa, con fecha de 14 de marzo de 1989, en el que instituye heredera a doña Sagrario, es por todo ello por lo que se considera acertada en el ámbito jurídico y legal la concesión de la autorización judicial para entablar demanda de impugnación de testamento al que antes se ha hecho mención.

Las legítimas expectativas hereditarias, de futuro, de la tutora, doña Covadonga, sobre el patrimonio de la tutelada no determina ahora la existencia de conflicto de intereses entre esta última, aquella y el resto de los parientes, pues solamente se trata en este momento de mantener intactos e indemnes los posibles derechos que, también legítimamente, pudieran corresponder a doña Sagrario, mientras viva, lo que impide que

se materializa ahora cualquier beneficio económico en favor de la tutora, pues, llegado el caso, existen mecanismos legales suficientes que im-

piden la tutora cualquier acción o decisión no amparada en la ley o no controlada y aceptada por la autoridad judicial.

No aprecia la Sala desequilibrio patrimonial alguno que pueda servir de base o fundamento a la compensación económica del artículo 41 del CF. No ha habido durante el matrimonio un incremento patrimonial del esposo al que haya podido contribuir la esposa con su trabajo o con su dedicación a la familia, no cabe hablar en consecuencia de ningún enriquecimiento.

AP Barcelona, Sec. 18.^a, Sentencia de 11 de mayo de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a María Dolores Viñas Maestre**

La sentencia ha reconocido a favor de la esposa, al amparo del artículo 41 del CdF la cantidad de 18.000 euros. Entiende la Sala, tras valorar toda la prueba aportada, que no concurre uno de los presupuestos básicos exigido en el citado precepto para reconocer la compensación por desequilibrio patrimonial.

Como ha señalado de forma reiterada el Tribunal Superior de Justicia en sentencias, entre otras de 27 de abril de 2000, 27 de abril de 2005 y 4 de septiembre de 2008 (esta última recoge toda la doctrina del Tribunal sobre esta materia), deben concurrir para reconocer la compensación económica los siguientes requisitos: «1.º) Que exista una separación judicial, divorcio o nulidad del matrimonio. 2.º) Que uno de los cónyuges haya realizado, durante el matrimonio, un trabajo para el hogar o para el otro cónyuge no retribuido o retribuido insuficientemente. 3.º) Que la disolución del régimen haya generado una desigualdad patrimonial comparando las dos masas de los cónyuges. A estos requisitos, que expresamente menta el texto del artículo 23 de la Compilació, añade hoy el artículo 41 del Codi otro: 4.º) Que esa desigualdad patrimonial implique un enriquecimiento injusto. La concurrencia de este requisito supone la aplicación de la abundante doctrina jurisprudencial sobre la materia (de la que son puros exponentes las sentencias de fechas 6 de marzo de 1995, 19 de febrero de 1996

y 5 de mayo de 1997) y, por tanto, la existencia de un aumento patrimonial por parte de uno de los cónyuges, el correlativo y causal empobrecimiento por parte del otro y la ausencia de motivo que justifique el desequilibrio económico».

Como se ha señalado en el fundamento anterior, además de los ingresos que percibe cada cónyuge, como patrimonio, el esposo aparece como titular de una cuenta con un saldo en mayo de 2008 de 4.780,61 euros y de un Plan de Pensiones con un valor de 77.220,84 euros en mayo de 2008, mientras que la esposa es propietaria del domicilio conyugal adquirido durante el matrimonio, no habiéndose acreditado que se haya adquirido con el producto de una herencia y aparece como titular de una cuenta bancaria con un saldo de 15.626,31 euros en enero de 2007. No aprecia la Sala desequilibrio patrimonial alguno que pueda servir de base o fundamento a la compensación económica del artículo 41 del CdF. No ha habido durante el matrimonio un incremento patrimonial del esposo al que haya podido contribuir la esposa con su trabajo o con su dedicación a la familia, no cabe hablar en consecuencia de ningún enriquecimiento, debiendo por ende denegarse la compensación, dejando sin efecto la cantidad reconocida en la sentencia que tampoco explica las razones de su determinación y que además fija un plazo de pago distinto del establecido en el CdF, sin motivo alguno.

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

UNIONES DE HECHO

El perro lo adquirieron constante la convivencia y se considera un bien común, por lo que hasta tanto tenga lugar la división de la cosa común se acuerda que permanezca cada seis meses con cada uno de los integrantes de la pareja.

Juzgado de 1.^a Instancia n.º 2 de Badajoz, Sentencia de 7 de octubre de 2010

Magistrado-Juez: **Ilmo. Sr. D. Luis Romildo Hernández Díaz-Ambrona**

PRIMERO.—La propiedad de los animales.

Los animales son bienes semovientes y, en nuestra tradición jurídica, las referencias legislativas son abundantes. El Código Civil los incluye dentro de la categoría de «cosas».

Así, el artículo 333 proclama que todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles. Los animales entonces son cosas que pueden ser objeto de apropiación y tienen la naturaleza de bienes muebles, sin más salvedad que la contemplada en el artículo 334 del Código Civil con relación a los viveros, palomares, colmenas, etcétera.

Es entonces la ocupación una de las formas de adquirir la propiedad de los animales. El artículo 610 recoge que se adquieren por la ocupación los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño. Y el artículo 612.3 prevé que el propietario de animales amansados podrá reclamarlos dentro de veinte días, a contar desde su ocupación por otro, y pasado dicho término pertenecerán al que lo haya cogido y conservado. La ocupación, según la doctrina, es un medio originario de adquirir la propiedad que consiste en la aprehensión de una cosa corporal que no tiene dueño, con ánimo de adquirir la propiedad.

Y en cuanto a la posesión, el artículo 465 establece que los animales fieros sólo se poseen mientras se hallen en nuestro poder, los domes-

ticos o amansados se asimilan a los mansos o domésticos si conservan la costumbre de volver a la casa del poseedor.

SEGUNDO.—Régimen jurídico de las parejas de hecho.

En primer lugar, como recoge la sentencia Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2010, conviene recordar que la unión de hecho, matrimonio de hecho o convivencia *more uxorio* es la convivencia con análoga afectividad a la matrimonial, sin la celebración formal del matrimonio, que no es antijurídica, sino extrajurídica y produce o puede producir efectos personales, económicos o de filiación.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas la sentencia de 19 de octubre de 2006, ha rechazado la posibilidad de aplicar normas que están fundadas sobre el matrimonio a situaciones de convivencia *more uxorio*, no apreciando analogía entre una y otra situación por cuanto en el matrimonio existe una relación jurídica entre ambos cónyuges que efectivamente los vincula con recíprocos derechos y obligaciones, y por el contrario ninguna obligación pesa sobre los convivientes que en uso de su libertad optaron por ese tipo de unión, no sujetándose a los variados y numerosos derechos y deberes que configuran el estado civil de los casados ligados por los efectos de su propio consentimiento manifestado públicamente ante la sociedad con las forma-

lidades y requisitos que la Ley exige y previene en el momento de contraer matrimonio.

Sí es cierto que, en vez de la aplicación de la normativa sobre el matrimonio, se ha aceptado la apreciación de una comunidad de bienes, pero, eso sí, siempre que se deduzca de la voluntad de los convivientes y persiga la protección a la parte más débil de la relación evitando injustos perjuicios. Y es que, según el Alto Tribunal, no cabe la posibilidad de considerar que toda unión paramatrimonial por el mero y exclusivo hecho de iniciarse lleve aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes, llámense gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o cualquier otra forma, sino que habrán de ser los convivientes interesados los que por pacto expreso o por sus *facta concludentia*, aportación continuada y duradera de sus ganancias o de su trabajo al acervo común, los que evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la duración de la unión de hecho.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de mayo y 30 de octubre 2008, así como las de 22 de febrero y de 19 de octubre de 2006, para admitir la naturaleza común del patrimonio, exigen la concurrencia de *facta concludentia*, hechos que evidencien la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común, pues los bienes adquiridos durante la convivencia no se hacen, por ese mero hecho, comunes a los convivientes, sino que pertenecen a quien los ha adquirido, salvo que, de forma expresa o por medio de hechos concluyentes se evidencie el carácter común de los mismos.

TERCERO.—Existencia de interés jurídico.

Según una leyenda de los indios norteamericanos, el Dios Nagaicho creó el mundo. Primero puso cuatro columnas para sostener el cielo en alto y separarlo de la tierra. Luego, se fue a pasear por el mundo, e iba creando cosas para llenarlo. La leyenda especifica cómo hizo al hombre y a la mujer, cómo creó los ríos y cómo fue creando a los animales, uno por uno. Todos los animales, excepto el perro. En ninguna parte de la leyenda se muestra al Dios creando al perro. Y es que cuando Nagaicho se fue a pasear, ya llevaba un perro con él. El Dios ya tenía un

perro. Por lo visto, la idea de que alguien fuese paseando sin un perro al lado, era impensable: el perro siempre había estado ahí.

Leyendas aparte, lo cierto es que el perro probablemente haya sido el primer animal domesticado. Gracias a los hallazgos arqueológicos que se han producido, se ha verificado que el lobo, como antecedente del perro, comenzó a domesticarlo el hombre ya en la Prehistoria. Y desde entonces, los perros han estado al lado de los humanos, ayudándolos en la caza, el pastoreo, la vigilancia del hogar y otras tareas. Se ha dicho incluso que nuestra relación con el perro es, además de por intereses prácticos, fundamentalmente una relación «parental». Según se dice, la morfología de los cachorros desencadena inevitablemente el comportamiento «parental» en el hombre, ya que su aspecto desvalido, lloriqueos y gemidos nos provocan la necesidad de proporcionarles cuidado y protección. De hecho, aunque el hombre primitivo lo utilizara para vigilar el poblado o para la caza, existen hoy en día tribus africanas que tienen condiciones de vida similares a las de los primeros pobladores y que, sin embargo, conviven con perros sin que éstos desempeñen labor aparente.

Sea como fuere, en la actualidad, el perro sigue cazando para nosotros, vigila nuestros baños y propiedades, nos sirve de alimento, de sujeto experimental, trabaja en múltiples tareas como la detección de explosivos o drogas, en salvamento, ayuda a personas con minusvalías, etcétera. Y por encima de todo, tal vez por esa especial relación innata, el principal papel del perro es hacernos compañía, sobre todo en las sociedades urbanas.

Y de esa compañía, como consecuencia lógica, nacen grandes y sentidos afectos. En el mundo de las nuevas tecnologías, en la red de redes, en Internet, el buscador Google para la palabra «perro», da más de veinte millones de resultados. Y en ese océano de páginas, encontramos comentarios como el siguiente: «yo sinceramente no podría vivir el día a día sin mis perros, son unas de las principales cosas primordiales en mi vida que me hacen feliz y olvidarme de mis problemas junto a ellos, ya que me dan la alegría y la felicidad que ninguna otra persona o animal me puede transmitir». O como este otro: «quiero más a mi perro que a nadie, así suene tonto, lo

quiero así porque para mí es fiel, amoroso, leal, mi compañero, mi motivo de sonreír, mi motivo de levantarme de buen humor todos los días y la razón por la que vivo».

Estas líneas acerca del perro vienen a cuento para confirmar que el objeto del presente procedimiento sí es acreedor de la tutela jurisdiccional en los términos del artículo 5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Aunque la parte demandada, con buen criterio, no ha puesto en cuestión que la pretensión hoy deducida tenga interés jurídico, no está de más dejar aquí expresa constancia de esta circunstancia y, ello, porque, puntualmente, cierta jurisprudencia se ha resistido a reconocer que este tipo de reclamaciones puedan ser llevadas ante los tribunales.

Que sí deben tener acceso jurisdiccional los conflictos que puedan suscitarse por razón de la tenencia de un animal compartido, es conclusión, por otra parte, que se alcanza con solo advertir que no dejan de ser bienes apropiables y, por ende, objeto de derechos. Y todo ello sin necesidad de acudir aquí a esas tesis filosóficas que, yendo más allá y con buena dosis de razón, buscan convencernos de que los animales son seres sensibles e independientes, no simples objetos cuya existencia se reduce a satisfacer nuestros intereses humanos.

CUARTO.—Solución del caso.

Por doña Catalina se propugna la posesión compartida de un perro y su ex pareja opone que se trata de un bien privativo. La demanda debe prosperar.

Ciertamente, en principio los bienes adquiridos durante la convivencia no se convierten en comunes, sino que pertenecen a quien los ha adquirido.

Ahora bien, opera aquí en toda su dimensión la doctrina jurisprudencial, según la cual existe un régimen de comunidad de bienes cuando fue voluntad de los convivientes hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la duración de la unión de hecho.

Los llamados «hechos concluyentes», demostrativos de esa voluntad, han quedado básicamente acreditados con la aportación de la sentencia de 4 de febrero de 2009 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número cinco

de Badajoz. Dicha sentencia hace prueba en los términos del artículo 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, como documento público. Como recuerda el Tribunal Supremo (por todas, la sentencia de 12 de junio de 2009), el artículo 317.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cataloga como documentos públicos, a efectos de prueba en el proceso, a las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que de las mismas expidan los Secretarios Judiciales. El carácter público del documento se produce, en ese caso, por la intervención en los mismos de funcionarios públicos, que ostentan legalmente el atributo de la «fe pública», concretamente la «fe pública judicial», cuales son los Secretarios Judiciales, que les confiere el poder de acreditar con su firma la autenticidad del documento que intervengan. Y como quiera que, según el artículo 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los documentos públicos tienen un valor tasado, es decir, hacen prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, no puede sino concluirse que los elementos de juicio proporcionados por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número cinco de Badajoz son determinantes aquí. Concretamente, en dicha sentencia ya se hizo constar que la hoy actora y el demandado fueron pareja de hecho durante nueve años y que no sólo tenían una comunidad de vida sino también otra de bienes. Es más, en dicha sentencia se llegó a la conclusión de que lejos de distinguirse claramente sus patrimonios, tenían una confusión de los mismos.

Con estos antecedentes, en la medida en que el perro objeto del litigio fue encontrado en 2001, constante la convivencia, ha de entenderse que ese perro pasó a ser de los dos. Y buena prueba de la titularidad compartida son la existencia de dos cartillas veterinarias, una a nombre de ella y otra a nombre de él. Esta duplicidad de cartillas, como ha corroborado en juicio la veterinaria doña Emma (testigo, no se olvide, llamada a propuesta del propio demandado) es factible.

También las fotografías aportadas con la demanda ponen de manifiesto la posesión compartida del perro. Y esta última circunstancia no es irrelevante, puesto que, conforme al ya citado artículo 612.3 del Código Civil, el propietario de animales amansados podrá reclamarlos dentro de veinte días, a contar desde su ocupación

por otro, y pasado dicho término pertenecerán al que los haya cogido y conservado. Conservación en la que indudablemente participó doña Catalina, sin que, por lo demás, ni siquiera se haya probado en juicio que fuera don Eduardo la persona que supuestamente en Mérida se encontró abandonado al perro. Pero es que, aun cuando esta última hipótesis fuera cierta, nada cambiaría las cosas, pues, como ya se ha expuesto, fue voluntad inequívoca de los hoy litigante la de hacer comunes los bienes adquiridos durante la duración de su unión de hecho.

Llegados a este punto, siendo entonces doña Catalina y don Eduardo copropietarios del perro en litigio, la solución propugnada de la tenencia compartida es correcta. Estamos ante un bien, el perro, indudable y esencialmente indivisible (artículo 401 del Código Civil). Las opciones entonces serían la adjudicación del perro a

uno de los dueños, con deber de indemnizar al otro (artículo 404 del Código Civil), o el disfrute compartido (artículo 394 del Código Civil). Como quiera que aquí no se ha instado por ninguno de los condueños del perro la primera posibilidad, es decir, la extinción de la comunidad mediante la entrega del animal a uno de ellos y la consiguiente compensación al otro, sólo cabe la alternativa de regular el disfrute del animal.

Pues bien, como ese disfrute, por razones obvias, no puede ser conjunto, lo procedente es establecer una tenencia temporal del perro. Períodos de tiempo que han de ser iguales para doña Catalina y don Eduardo. De forma ponderada, se acuerda entonces fijar que el perro esté cada seis meses en poder de cada uno, comenzándose el primer plazo de disfrute por doña Catalina habida cuenta de que es quien se ha visto últimamente privada de la tenencia.

GUARDA Y CUSTODIA

Cambio de custodia a favor del padre dado que la menor, en sus siete años de vida, ha tenido seis cambios de domicilio, sin que además haya resultado probado que obedecieran a motivos laborales de la madre.

Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Sevilla, Sentencia de 1 de septiembre de 2010

Magistrado-Juez **Ilmo. Sr. D. Francisco Serrano Castro**

Ejercita el padre demandante una acción al amparo de lo dispuesto en el artículo 770.6.º LEC, medidas con respecto a hijos menores nacidos de una relación extramatrimonial, solicitando las medidas que estima más idóneas con respecto a su hija Sofía de 7 años de edad, sobre la que ambos progenitores litigantes ostentan, por ministerio de ley la titularidad de todas las facultades, derechos y obligaciones que comporta el ejercicio de la patria potestad. De entre estas medidas la que comporta la principal cuestión objeto de debate, es la concerniente a la atribución de la guarda y custodia, destacándose además que el padre insta una modificación y cambio sustancial, de indudable trascendencia, con relación a la situación fáctica precedente, puesto que interesa que se le atribuya la guarda y custodia de su hija, modificando la que, de hecho, venía ejerci-

tando la madre. Al respecto, para que prospere la modificación de la atribución de la guarda y custodia, han de cumplirse ciertos requisitos comunes a toda solicitud de modificación.

Para que prospere la modificación de la atribución de la guarda y custodia, han de cumplirse ciertos requisitos comunes a toda solicitud de modificación.

Pero además de los requisitos anteriores, cuando se inste la modificación de esta concreta medida deberán concurrir los siguientes requisitos:

- a) Incapacidad acreditada del progenitor custodio

Para que se conceda la modificación es necesario que se acredite la incapacidad del progenitor

custodio o que su conducta sea perjudicial para el menor. Dentro de este apartado podemos incluir los casos en los que el progenitor custodio esté aquejado de una enfermedad nerviosa o necesite tratamiento psiquiátrico. Esta circunstancia ha sido considerada tradicionalmente incompatible con el desempeño de la guarda. De igual modo se han de incluir los casos de falta sobrevenida de idoneidad por concurrencia de circunstancias y conductas en el progenitor custodio que se puedan estimar lesivas para los intereses y derechos del hijo.

- b) Capacidad acreditada del progenitor que solicita la modificación

En principio, el hombre y la mujer están capacitados igualmente para asumir la guarda y custodia de los hijos. En virtud del principio de igualdad ante la Ley y no discriminación de sexos consagrado en el artículo 14 CE, el sexo no puede ser un criterio determinante a la hora de otorgar la guarda y custodia de los menores a uno u otro progenitor. Ambos padres tienen la misma importancia en la educación y el desarrollo integral de los menores.

Sin embargo, el porcentaje de concesiones de guarda a la madre alcanza el noventa por ciento del total. El bajo porcentaje de padres guardadores se debe a la falta de petición por los mismos, pero también una cierta tendencia de los tribunales a considerar que la madre, por su sexo, es mejor guardadora. Estas sentencias parece que aún están aplicando el anterior artículo 159 CC que concedía a la madre la guarda de los hijos menores de siete años y que fue reformado por la Ley 11/1990, de 15 de octubre de 1990. Esta circunstancia es la que lleva a la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 1.^a, 14 de julio de 2003, a conceder el amparo solicitado por un padre que se sintió discriminado por razón de su sexo en procedimiento de divorcio en relación a la guarda y custodia de la hija.

Pérez Martín apuesta por una solución intermedia. Este autor considera que durante la primera fase de crecimiento del menor (período de lactancia, etc.) por simples razones biológicas, la mujer está más capacitada para guardar y custodiar a los menores. Superada esta primera etapa de crecimiento (a partir de los tres o cuatro años de edad) ambos padres son igual de aptos para

cuidar de sus hijos, y sólo las circunstancias del caso permitirán realizar una elección concreta.

- c) Cambio beneficioso para el menor.
Principio del *favor filii*

Para que se admita la modificación de la atribución de la guarda y custodia será necesario que se cumpla un tercer requisito (el más importante): que la situación que nazca de la modificación de las medidas no sea más perjudicial para el menor que la situación existente. No se debe cambiar una situación que hasta el momento ha dado buenos resultados. Así parece entenderlo la sentencia de la AP Barcelona, Sección 12.^a, 28 de abril de 2003. La sentencia de la AP Las Palmas, Sección 5.^a, 30 de julio de 2003, no obstante de reconocer la satisfactoria situación en la que se ha encontrado la menor, termina accediendo a la pretensión de la parte actora.

Con esta exigencia se trata de garantizar y proteger el interés del menor. Si el menor está adaptado a la actual convivencia e integrado socialmente o en un centro escolar, lo más beneficioso para el menor es permanecer en esa misma situación. Es menos perjudicial requerir al progenitor custodio para que subsane las deficiencias existentes, que el menor reinicie una nueva vida. En este caso, el interés del menor coincide con el mantenimiento de su statu quo, con su estabilidad.

La SAP Almería de 5 de octubre de 1999 declara que el beneficio e interés de los hijos debe ser la piedra angular sobre la que gire la decisión judicial. En las situaciones de crisis matrimonial, las medidas relativas al cuidado de los hijos han de estar inspiradas por el principio del *favor filii* elevado a rango constitucional —principio de protección integral de los hijos del artículo 39.2 CE—, como señala la sentencia de la AP Las Palmas, Sección 5.^a, 30 de julio de 2003. Se ha de procurar la satisfacción del beneficio o interés de los menores, por encima incluso de los legítimos intereses de sus progenitores.

- d) Audiencia de los hijos mayores de doce años y de los que tengan juicio suficiente

El artículo 770.4 LEC, tras la redacción dada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal por la implantación de la nueva Oficina judicial, prescribe que

en el procedimiento contencioso, de estimarse necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oír a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años.

En mutuo acuerdo, la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, modificando en este punto el artículo 92 CC y artículo 777 LEC, como respuesta a las opiniones contrarias a la obligatoriedad de oír al menor, en todo caso, cuando hubiere cumplido la edad de 12 años, habida cuenta del trauma que para el mismo puede suponer la comparecencia en el Juzgado.

Por otro lado, el artículo 92.2 CC impone al Juez el deber genérico de velar por el cumplimiento del derecho de los hijos menores a ser oídos antes de la adopción de cualquier medida sobre su custodia, cuidado y educación, y en el apartado sexto del artículo 92 CC se contiene un mandato de similar estructura. Así es requisito procesal antes de acordar el régimen de guarda y custodia «oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes, miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor». Finalmente, idéntica redacción ha sido utilizada para modificar el apartado quinto del artículo 777.

Igualmente el artículo 9.1 LO 1/1996, de 15 de enero, reconoce y regula el derecho del menor a ser oído en todo procedimiento administrativo o judicial en el que esté directamente implicado.

En conclusión, tanto los apartados 2 y 6 del artículo 92 CC como en el n.º 5 del artículo 777 LEC, como el n.º 4 del artículo 770 suprimen la imperatividad de la audiencia a los mayores de 12 años, primando los principios de flexibilidad y facultatividad que se ajustan más al interés superior del menor del artículo 2 de la LO 1/1996.

No puede darse una regla general en cuanto a la edad a partir de la cual los niños tienen «juicio suficiente». En principio, aun cuando pudiera pensarse que a partir de los nueve años el menor cuenta ya con un grado de madurez suficiente para ser explorado, no hay reglas generales y dependerá de la madurez psicológica de cada niño. El párrafo último del artículo 770.4

LEC, permite al Juez, de forma excepcional, recabar el auxilio de especialistas en la exploración cuando ello sea necesario.

Otro dato a valorar será la racionalidad de las pretensiones del menor: que éstas no obedezcan a un mero capricho pasajero y respondan a una voluntad autónoma, firme y decidida.

En cualquier caso, la voluntad manifestada por el menor no vincula ni puede vincular al juzgador; el juez no puede acordar el cambio de guarda y custodia (con tanta trascendencia para el futuro) en base al mero deseo del niño y sin que concurran otras circunstancias objetivas. Según la SAP Salamanca de 4 de noviembre de 1992 para transferir la guarda y custodia a uno u otro cónyuge, no basta con el expresivo deseo de los niños, porque puede hallarse muy mediado o manipulado por los deseos e intereses de sus progenitores o, como señala la sentencia de la AP Barcelona, Sección 12.ª, 11 de mayo de 2004, tener unas expectativas idealizadas respecto al padre, por la figura de éste y su entorno y estar sugestionados por una hipotética mejora de vida, no procediendo la modificación si las circunstancias objetivas revelan que no hay causas para variar la situación existente.

En idéntico sentido la SAP Toledo de 11 de noviembre de 1999 manifiesta que el deseo de los hijos constituye una circunstancia esencial capaz de fundamentar una eventual modificación de la medida relativa a su guarda y custodia, dada la trascendencia que dicha voluntad tiene a la hora de apreciar las condiciones de convivencia más beneficiosas para el menor, desde la perspectiva de su desarrollo afectivo y protección integral, artículo 39 CE, siempre que, naturalmente ese deseo responda a una voluntad autónoma, firme y decidida, ajena a inducciones o influencias extrañas y a caprichos o inclinaciones pasajeros, que no se acomodan al verdadero interés legalmente tutelado, y que exprese a una voluntad razonable y razonada en base a unas causas objetivas que sean susceptibles de valoración judicial con el auxilio, en su caso, de especialistas.

En atención a dichos requisitos y exigencias, en el presente caso se considera fehacientemente acreditado que concurren, en interés de la menor, a los efectos de acordar el cambio de guarda y custodia instado por el padre. Seguidamente se

expondrán y detallarán todos los factores indicativos de riesgo y en consideración al principio de *favor filii*, que aconsejan adoptar esa medida:

1. Los constantes cambios de domicilio que ha tenido la menor durante sus siete años de vida: Ciertamente cualquier ciudadano tiene derecho al traslado de su residencia, constituyendo incluso un derecho fundamental que proclama la Constitución; ahora bien, cuando ese derecho colisiona con el derecho de un menor a gozar de estabilidad en un entorno adecuado, se ha de valorar si ese hábito itinerante, por un lado, encuentra justificación, y por otro, si está lesionando el bienestar del niño, sometido a constantes vaivenes por mero capricho o conveniencia de su progenitora. Pues bien, en el caso de Sofía consta que en sus siete años de vida, ha tenido seis cambios de domicilio, sin que además haya resultado probado que obedecieran a motivos laborales, pues no se han aportado contratos de trabajo que motivaran los traslados, decididos unilateralmente por la madre sin consultar ni tomar en consideración, en absoluto la opinión del padre pese a ostentar también este la patria potestad sobre su hija. A partir de 2005, la madre y la hija han vivido en Sevilla, en casa de la abuela materna, Benalmádena, Sierra de las Nieves, Loja, Huétor Tajar, habiendo regresado de nuevo a Sevilla, donde asegura que va asentarse con carácter definitivo, pese a que resulta que aún no se ha empadronado en esta capital. Todo ese peregrinaje, indudablemente ha perjudicado a la menor notoriamente en su nivel de rendimiento académico, ritmo de aprendizaje y adaptación al medio, resultando significativo que la propia Sofía en la diligencia de exploración judicial, cuando se le preguntó al respecto manifestara que había llevado tanto cambio de domicilio «regular».

2. Desatención en el cuidado de su hija por parte de la madre. Resulta especialmente significativo que el padre inicia el procedimiento ante la comprensible preocupación que le causa el recibir una comunicación de la directora de la guardería de su hija en Huétor-Tajar, en la que le traslada que su hija no se encuentra bien atendida con su madre. La responsable de esa guardería (profesora-tutora de xxxxxx) incluso se desplazó hasta Sevilla para ratificar su impresión sobre las circunstancias que la llevaron a tomar esa iniciativa, declarando testificalmente a fin de

dar cuenta de los aspectos de desatención observados en la alumna: desinterés de la madre, impuntualidad, ropa inadecuada, inapropiados hábitos higiénicos y sanitarios, bajo nivel de aprendizaje, tristeza apreciada en la niña y que se correspondía con una conducta desordenada de la madre (la niña era recogida en la guardería por muchos hombres desconocidos).

Esa desatención se mantuvo y se plasmó a posteriori en un elevado grado de absentismo escolar, aportándose certificado del «Colegio San Isidro Labrador» en el que estuvo matriculada xxxx tras concluir su período de guardería en Huétor, y en el que se refleja el injustificable número de faltas de asistencia, y que llegaron a sumar más de 14 de un mes. Pero es más, tal y como llama la atención al propio Ministerio Fiscal en su informe de conclusiones en el que solicita que se atribuya la guarda y custodia de la menor al padre, resulta también probado que en la actualidad (aún cuando indudablemente ha mejorado la situación de la niña, pues, entre otras cosas la madre se encuentra con apoyo familiar) en el colegio en el que se encuentra matriculada en Sevilla, ha seguido teniendo un alto número de faltas de asistencia injustificadas. El Ministerio Fiscal destaca la importancia de esa información teniendo en cuenta que con cinco faltas injustificadas se pone en marcha el protocolo de absentismo escolar.

Por último la desatención de la niña también se pone de manifiesto en el informe pericial psicológico aportado por el demandante, valorándose al padre y a su hija, y no así a la madre ante su negativa a acudir a ninguna entrevista del psicólogo. En ese informe de fecha 23 de marzo de 2010, ratificado en el acto de la vista, se constatan los factores de riesgo ya objetivizados a nivel académico: absentismo, negligencia y despreocupación de la madre a la hora de participar en las tareas escolares de su hija, malos hábitos alimenticios e higiénicos. En todos caso, ese informe introduce otro dato significativo y que se estima de importancia, y que solo podría deducirse de la reiterada actitud de la madre, quien siempre ha ninguneado a la figura paterna, obligando al padre a iniciar un procedimiento ante el Registro Civil de Córdoba para ajustar los apellidos de su hija y su filiación y manteniéndolo ajeno a su desarrollo pese a la implicación

y cumplimiento por su parte de sus obligaciones. Ese dato es importante puesto que se ha observado en la niña un principio de manipulación y alienación que podría terminar por deteriorar la relación paternofilial, que en la actualidad se basa en una vinculación afectiva saludable.

No obstante, también resulta procedente destacar que tal y como se ha apuntado, la situación de la niña ha mejorado desde que se encuentra en Sevilla (informe C.E.I.P. Híspalis de 22 de diciembre) sin que esa mayor implicación y preocupación de la madre puedan hacer desaparecer las dudas sobre su idoneidad que se desprende de los factores de riesgo detectados máxime si se tiene en cuenta que es mayor implicación precisamente coincide con la existencia de un procedimiento en el que se encuentra en juego la custodia de su hija. En tal sentido se puede valorar el informe de Equipo Psicosocial de fecha 22 de enero de 2010, entendiendo que la conclusión de que ambos núcleos familiares son normalizados se emite en atención a una situación temporal limitada y concreta sin tomar en consideración los antecedentes relatados. Incuestionablemente sería deseable que se redujera el conflicto de lealtad que en la niña se aprecia hacia sus dos progenitores (dada la adecuada vinculación afectiva y de apego que afortunadamente mantiene hacia ellos); sería conveniente que se pudieran establecer cauces de comunicación y acuerdos sobre el futuro desarrollo de su hija; sería aconsejable que no se produzcan interferencias en la labor que como padres han de ejercer.

Pues bien, todos esos objetivos se estima, a la vista de la prueba practicada, que se alcanza-

rían de manera más adecuada a través del cambio de guarda y custodia propuesto. Conclusión también alcanzada, se insiste, por el Ministerio Fiscal.

3. Idoneidad y predisposición del padre para asumir la custodia de su hija. Dicha idoneidad queda fuera de toda duda, siendo coincidente en ese extremo el informe emitido por el Equipo Psicosocial con el resto de prueba objetivas que indican la capacidad acreditada del progenitor que solicita la modificación.

4. Interés de la menor por irse a vivir con su padre a Córdoba: Con todo, pese a la edad de la niña, en la exploración demostró una madurez, contundencia y convicción impropias a la hora de mostrar la preferencia por irse a vivir junto a su padre a Córdoba. Esa voluntad es destacada por el Ministerio Fiscal, que estuvo presente en la diligencia de exploración, cuando indica en su informe: «En la exploración pudo verse el especial vínculo que la menor tiene con su padre. Pero no es solo eso, sea por carácter, sea por una situación laboral más consolidada, el demandante parece más dispuesto a dedicar mayor tiempo a su hija y pese a no apreciarse una situación de riesgo grave en el núcleo materno, existen datos para afirmar que en cierto aspectos el demandante podría cumplir mejor las funciones inherentes a la patria potestad».

En definitiva, todo ello incide en la conclusión de que en atención al principio de *favor filii* se considere a la figura paterna como el más idóneo referente para asumir la guarda y custodia de la menor.

RÉGIMEN DE VISITAS

Se fija un régimen de visitas a favor del compañero sentimental de la madre consistente en fines de semana alternos —idéntico al de la hija común— y quince días en el período vacacional de verano.

Juzgado de 1.ª Instancia n.º 6 de Málaga, Sentencia de 10 de junio de 2010

Magistrada-Juez Ilma. Sra. D. Gloria Muñoz Rosell

Por el demandado se solicita un régimen de visitas para con un hijo de la actora respecto al cual

carece de lazo alguno de parentesco, y en base a la relación de convivencia mantenida con la

actora, y los lazos de afectividad derivados de la misma.

A ello se opone la madre, cuya representación opone, en primer lugar, que la cuestión no puede plantearse como reconvencción, en base al artículo 770 y que no cabe la acumulación de acciones, por lo que la cuestión planteada no puede ser objeto de este procedimiento.

En primer lugar, respecto al procedimiento, ciertamente, la cuestión introducida por el demandado, consiste en una acción distinta de la ejercida en la demanda, con un objeto diferente, ya que, en una se ejercita la acción personal relativa a la custodia de un menor y la pensión alimenticia, y en otra se refiere a la acción para determinar un régimen de visitas para con otro menor distinto de aquel al que se refiere la demanda. Este menor, aun siendo hermano de la hija común de las partes, es hermano de la misma.

Por tanto, resulta evidente, que la acción y objeto de ambas demandas son distintas y de conformidad con los artículos 128 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se observa impedimento alguno a que tales acciones puedan resolverse en el mismo proceso y resolverse en la misma sentencia. A tal fin, debe de tenerse en cuenta que el hijo de la actora, José Manuel, no cuenta con una paternidad legalmente reconocida, por lo que la acción que el demandado puede ejercitar debe dirigirla sólo frente a la madre, actora en el presente procedimiento, con lo cual, las partes intervinientes son coincidentes en ambos procedimientos. Teniendo en cuenta, además, que el procedimiento para el ejercicio de ambas acciones es el mismo, es decir, el Verbal especial del capítulo I, del título I del libro IV de la LEC (250-13 de la LEC), no se observa ningún inconveniente en resolver ambas cuestiones la misma resolución, ya que no se trata de resoluciones incompatibles. Más bien al contrario, atendida la circunstancia de que ambos menores son hermanos, debe considerarse de interés para ambos, la conveniencia de resolver ambas cuestiones de forma conjunta, de modo que pueda posibilitarse el cumplimiento del régimen de visitas de forma coordinada con los dos niños. Debiendo entenderse, finalmente, que el ejercicio de esta acción por vía reconvenccional, en cuanto

se refiere a una medida y cuestión no relacionada en al demanda, es absolutamente correcta.

Por lo que al fondo del asunto se refiere, deben, en primer lugar, considerarse probados los siguientes hechos:

Inician una relación estable de pareja en el año dos mil seis, cuando José Manuel hijo de la actora, y que no tiene reconocida una paternidad determinada, contaba con dos años y medio. Desde entonces y hasta la ruptura, la pareja ha mantenido una relación familiar, que integra también, y lógicamente, a este menor creándose evidentes lazos de afectividad de éste con el Sr. Pedro, y que se refleja del examen de la documental aportada, y se refleja de los propios actos de las partes, tras la ruptura, ya que el Sr. Pedro ha venido llevándose al menor los fines de semana, juntamente con María, con la anuencia materna. Los lazos de efectividad entre el Sr. Pedro y el menor José Manuel de desprenden también del contenido de los interrogatorios de ambas partes, exponiéndose además, que el niño mantiene relaciones «cuasi familiares» con la familia extensa del Sr. Pedro.

En base a los hechos que han quedado acreditados, debe considerarse de aplicación en el presente caso, el artículo 160 del Código Civil, entendiendo que el Sr. Pedro, es un «allegado» para el menor, al que, en beneficio de éste, deben serle reconocidas las visitas que solicita, por las siguientes razones y con los siguientes condicionamientos:

1.º El concepto de familia, es un concepto cambiante, y el derecho de familia debe ser aplicado en consecuencia, de conformidad con el artículo 3-1 del Código Civil, de modo que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas». Por tanto, resulta evidente, que hoy en día, se construyen familias con distintos integrantes de distintas familias, no vinculadas por lazos de parentesco, y que constituyen a todos los efectos, realidades familiares, que, tienen además, indudable incidencia en los menores.

2.º Debe considerarse que el demandado tiene el concepto de «allegado» para el menor,

en el sentido previsto en el artículo 160 del Código Civil. Tal cualidad debe deducirse de distintas circunstancias existentes, y debe estarse para su determinación, al caso concreto, pues no puede concluirse que cualquier persona pueda solicitar un régimen de visitas para con los hijos de su pareja, ni que todos puedan tenerlo con la misma extensión. En el presente caso, resulta de especial trascendencia que el menor, no tiene una paternidad legalmente reconocida, por lo que redundará, indudablemente, en su interés, el seguir relacionándose con la persona que ha venido desempeñando en su vida el papel o rol paterno; la escasa edad del menor cuando las partes inician la convivencia y la existencia de ésta cuando el menor aún es pequeño, cuando resulta de especial relevancia para los niños la posesión de una figura de identificación, de indudable beneficio para la formación de la personalidad del niño; los lazos de efectividad existentes entre el Sr. Pedro y el menor, fácilmente perceptibles del análisis de las fotografías aportadas; la relación tiene una vinculación directa con el demandado, por cuanto permite la convivencia entre los hermanos los fines de semana; y finalmente, el hecho de que, de hecho, las visitas se vienen desarrollando, de modo que el demandado, con la anuencia materna, se viene llevando al niño, los fines de semana, junto con hermana.

3.º Siendo de aplicación el artículo 161 del Código Civil, debe reconocerse un régimen de visitas para el demandado con el menor hijo de la actora, en cuanto, las mismas son beneficiosas para el niño.

4.º La amplitud del régimen de visitas de los allegados no puede concebirse en los mismos límites y términos de los que se vienen reconociendo al os progenitores, ya que el reconocimiento de un régimen de fines de semana alternos y mitad de períodos vacacionales, como si de un padre se tratara, puede perjudicar al menor, en la medida que limitaría su relación con la propia progenitora, cuyas relaciones, derivadas de los propios lazos de parentesco y filiación, deben ser preeminentes. Por ello, en el presente caso, se considera en beneficio del menor, sobre todo, en la medida que posibilitará el mantenimiento de la convivencia con su hermana, el establecimiento de fines de semana alternos, con la misma extensión que el régimen a ella reconocidos. No obstante, debe entenderse prioritario el derecho de la madre a estar con su hijo en los períodos vacacionales escolares, sobre todo en aquellas vacaciones que por un sentido de la religiosidad, festividad, familiaridad, (Navidad, por ejemplo, y especialmente), el menor tiene derecho a disfrutar de las actividades y vivencias que la madre, por derecho propio, considere oportuno, sin limitación alguna. Ello, sin perjuicio, de que las partes, puedan acordar las estancias de forma consensuada en la forma que consideren conveniente. No obstante, teniendo en cuenta la gran duración del período de verano, y siendo de interés para el niño disfrutar de algunos días con el demandado y su hermana, y con objeto de que los niños no estén mucho tiempo separados, se fijarán quince días en verano a favor del demandado.

Revista de

Derecho de Familia

RESOLUCIONES DE LA DGRN

INCAPACIDAD

Existe conflicto de intereses y por tanto debe nombrársele un defensor judicial al incapaz cuando se pretende la elevación a público de un contrato privado de compraventa en el que aparece como vendedor y a su vez comprador el tutor del incapaz.

DGRN, Resolución de 2 de junio de 2010

En el presente recurso se ha de determinar si es o no conforme a Derecho la calificación registral por la que se suspende la inscripción de una escritura de elevación a público de un documento privado de compraventa otorgado en su día, con previa autorización judicial, por el tutor del vendedor hoy fallecido, por la parte compradora y por los herederos del vendedor fallecido, habiendo sido declarado incapaz uno de dichos herederos que comparece representado por su tutor que es, a su vez, uno de los compradores en el documento privado ahora elevado a público. En el contrato privado se declaró recibido en el momento de su firma parte del precio, quedando aplazado el resto, que se confiesa recibido en la escritura de elevación a público. Los compradores son un matrimonio que afirman estar casados en régimen de separación de bienes, sin especificar si este régimen es convencional o legal supletorio, y sin que resulte de la escritura las participaciones o cuotas de sus respectivas adquisiciones.

La Registradora suspende la inscripción por existir conflicto de intereses entre uno de los herederos del vendedor fallecido, declarado incapaz, y su tutor, al concurrir en este último la condición de parte compradora en el mismo contrato de compraventa, por lo que entiende la Registradora que es necesario el nombramiento de defensor judicial con base en lo dispuesto en el artículo 299 del Código Civil.

La recurrente se opone a la calificación por entender que no existe tal conflicto de intereses puesto que el incapaz no vende bien inmueble

ninguno, dado que dicho bien inmueble, del que era titular su padre, fue vendido en vida de éste a la fecha del documento privado de venta (19 de febrero de 2003). Se trataría, por tanto, de una venta entonces perfeccionada, en la que ambas partes habían recibido las contraprestaciones pactadas en dicho documento, no siendo necesario el nombramiento de defensor judicial ni la obtención de nueva autorización judicial por tratarse de una elevación a público de un acto dispositivo ya perfeccionado.

En cuanto al primero de los defectos señalados, su resolución exige dilucidar si es posible inscribir una escritura en la que se eleva a público un documento privado de compraventa teniendo en cuenta que: a) En el momento de la elevación a público del documento privado el vendedor había fallecido; b) Uno de los herederos del vendedor ha sido declarado incapaz con posterioridad a la fecha en que se suscribió el documento privado; c) En la escritura, el incapaz está representado por su tutora, la cual resulta ser uno de los compradores; d) Del total precio de la compraventa (seis mil diez euros y doce céntimos), sólo seiscientos un euros y un céntimo se declararon pagados en el momento de la firma del documento privado, en tanto que el resto de dicho precio de cinco mil cuatrocientos nueve euros con once céntimos se confiesan recibidos por la parte vendedora antes del acto en la escritura calificada.

Es cierto, conforme alega la recurrente, que la venta en su día realizada se perfeccionó al tiempo de la celebración del documento

privado ahora elevado a público, pero a pesar de ello, tal y como tiene resuelto este Centro Directivo en sus Resoluciones de 15 de julio de 2003 y 9 de enero de 2004, desde el punto de vista del Registro de la Propiedad sólo puede considerarse como fecha en la que se produjo el negocio cuya inscripción se pretende la del documento público. Así resulta de las siguientes consideraciones: a) La fehaciencia de la que habla el artículo 1227 del Código Civil sólo se extiende «a la fecha» del documento y no a su contenido negocial, ni a la identidad de las personas que en el mismo intervinieron, ni acredita la capacidad natural de dichas personas para la celebración del acto o contrato documentado; b) La exigencia de documento auténtico que establece el artículo 3 de la Ley Hipotecaria y 33 de su Reglamento respecto a los títulos formales que pretenden su acceso al Registro de la Propiedad no puede entenderse satisfecha en este caso, a los efectos de eludir la aplicación de las normas legales que prescriben la intervención del defensor judicial, por cuanto el documento privado con fecha fehaciente (desde la fecha del fallecimiento del vendedor) carece de fuerza probatoria respecto del «hecho que motiva su otorgamiento» (*vid.* Resolución de 18 de octubre de 1989); c) La Ley sujeta a autorización judicial no sólo la enajenación o gravamen de bienes inmuebles, sino también la renuncia de derechos y la cesión a terceros de los créditos que el tutelado tenga contra el tutor (*vid.* artículos 271, n.º 2 y 3, y 272, n.º 7, del Código Civil y concordantes del Código de Familia de Cataluña, artículo 212, n.º 1.c) y g), por lo que con mayor motivo se han de sujetar a la misma exigencia las cartas o confesiones de pago aplazado que permiten entender extinguidas las deudas que el tutor tuviese contraídas con el tutelado (cfr. artículo 1156, n.º 1, del Código Civil), siendo así que del total precio de la compraventa, según el documento privado, sólo se paga en el propio acto una parte, mientras que la mayor parte de dicho precio resulta aplazado y ahora confesado su pago en el documento de elevación a público.

En la fecha del otorgamiento de la escritura pública la compradora actúa simultáneamente como compradora y como representante del heredero incapaz para elevar a público el documento privado en su día celebrado, existiendo conflicto de intereses. Además en el presente supuesto, como se ha indicado, sólo una mínima parte del precio pactado resulta confesada en el documento privado ahora elevado a público, quedando aplazada la mayor parte de dicho precio precisamente hasta el momento del otorgamiento de la presente escritura pública de venta, en la que la compradora en su condición de tutora del menor y, a la vez, compradora declara que el precio pactado y aplazado está pagado. Dicha confesión de pago realizada al tiempo del otorgamiento de la escritura de elevación a público, es una declaración nueva que no está comprendida en el documento privado elevado a público y que produce efectos jurídicos nuevos y relevantes para el tutelado, en la medida en que podría conllevar, eventualmente, una renuncia de los derechos o créditos que el tutelado pueda tener contra el tutor-comprador por razón de dicho precio aplazado; lo que podría determinar la existencia de conflicto de intereses entre tutor y tutelado, sin que, dada la limitación del recurso a las cuestiones que se relacionan directa e inmediatamente con la calificación del Registrador (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria), deba entrarse ahora a analizar la necesidad o no de una autorización judicial por razón de esa eventual renuncia al derecho o crédito del tutelado, como tampoco sobre la eventual aplicabilidad al caso de las limitaciones previstas por el artículo 1459, n.º 1, del Código Civil, extremos que no se prejuzgan. Procede, pues, confirmar el defecto señalado en la calificación basado en la existencia de un conflicto de intereses entre tutor y tutelado, lo que exige el nombramiento de defensor judicial de conformidad con el artículo 299 del Código Civil, desestimando el recurso interpuesto en cuanto a este extremo.

UNIONES DE HECHO

Se deniega la inscripción de la cláusula del convenio regulador de una pareja de hecho en la que los convivientes pactan la liquidación del condominio existente respecto a la vivienda familiar al ser necesario el otorgamiento de la correspondiente escritura pública.

DGRN, Resolución de 16 de junio de 2010

Para la resolución del presente recurso son relevantes los siguientes hechos:

a) Por Sentencia firme y por mutuo acuerdo de los progenitores —pareja de hecho durante siete años, finalizando la misma en febrero de 2008—, «se aprueba la propuesta de convenio regulador» formulado por los mismos, «en adopción de las medidas paterno-filiales».

b) La propuesta de convenio contiene, además de los pactos relativos a la separación, patria potestad, guardia y custodia de los dos hijos comunes, régimen de visitas y vacaciones, y pensión de alimentos, un pacto relativo al «Domicilio Común». En dicho acuerdo se atribuye el uso y disfrute del mismo —vivienda adquirida por compra por mitades indivisas por ambos progenitores en el año 2006, gravada con una hipoteca— a favor de los menores y de la madre con la que convivirán, y se acuerda dejar extinguido el condominio existente sobre dicha finca, adjudicándola a don A. E. C., el cual asume la totalidad del préstamo pendiente, en cuya virtud practican las correspondientes liquidaciones y adjudicaciones, obligándose la otra progenitora a facilitar a aquél «todos los trámites, gestiones, escrituras y otorgamientos necesarios para la formalización de dicha extinción de condominio y su inscripción en el Registro de la Propiedad».

c) El Registrador no practica los asientos solicitados porque «el convenio aprueba sólo las medidas paterno filiales» y señala que «La extinción de condominio habrá de elevarse a público», en aplicación del artículo 3 de la Ley Hipotecaria.

El defecto ha de ser confirmado, toda vez que la sentencia aprueba la propuesta de convenio regulador «en adopción de las medidas paterno-filiales», entre las que, por consiguiente,

no se puede comprender el acuerdo de extinción de condominio sobre una finca. Así resulta del propio testimonio de la Sentencia aportada de la que se desprende la concurrencia de las siguientes circunstancias: a) el objeto del juicio es la «guarda, custodia y alimentos de mutuo acuerdo»; b) conforme al fundamento de Derecho primero, la aprobación del convenio se justifica porque «por analogía a la regulación del procedimiento de separación y divorcio, no puede repugnar a la conciencia jurídica la regulación entre las partes de las relaciones paterno-filiales, siempre que los acuerdos no fueren contrarios a la moral o al orden público... considerando que los mismos amparan suficientemente el interés de los menores»; c) en el fallo de la Sentencia se acuerda la aprobación del «convenio regulador propuesto por los litigantes A. E. C. y M. D. T. M., presentado con la demanda, en adopción de las medidas paterno-filiales».

Pero aun en el caso en que la Sentencia hubiese aprobado también el convenio en el extremo relativo a la extinción del condominio sobre la finca que fue vivienda familiar, lo que no es el caso, tampoco podría prosperar la pretensión del recurrente. En efecto, como recordó la Resolución de este Centro Directivo de 25 de octubre de 2005, uno de los principios básicos de nuestro sistema registral es el llamado principio de legalidad que, por la especial trascendencia de efectos derivados de los asientos del Registro (que gozan *erga omnes* de la presunción de exactitud y validez y se hallan bajo la salvaguardia jurisdiccional —artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria—), está fundado en una rigurosa selección de los títulos inscribibles sometidos a la calificación del Registrador, y así el artículo 3 de la Ley Hipotecaria establece, entre otros requisitos, la exigencia de documento público o auténtico para que pueda practicarse la inscripción.

ción en los libros registrales, y esta norma se reitera a través de toda la Ley Hipotecaria, así como de su Reglamento, salvo contadas excepciones que son ajenas al caso ahora debatido.

Ciertamente, según los artículos 1216 del Código Civil y 317.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, son documentos públicos los testimonios que de las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie expidan los Secretarios Judiciales (a quienes corresponde dar fe, con plenitud de efectos, de las actuaciones procesales que se realicen en el Tribunal o ante él —artículos 281 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 145 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—); y conforme al artículo 319.1 de dicha Ley procesal tales testimonios harán prueba plena del hecho o acto que documentan y de la fecha en que se produce esa documentación (cfr., también, artículo 1218 del Código Civil). Pero es también cierto, según la reiterada doctrina de esta Dirección General, que al exigir el artículo 3 de la Ley Hipotecaria para inscribir en el Registro los títulos relativos a bienes inmuebles o derechos reales que estén consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico, no quiere ello decir que puedan constar en cualquiera de estas clases de documentos indistintamente, sino en aquellos que legalmente sean los propios del acto o contrato que haya de inscribirse; de modo que la doctrina y preceptos hipotecarios no reputan indiferente la especie de documento auténtico presentado en el Registro, y exigen el congruente con la naturaleza del acto inscribible (cfr. Real Orden de 13 de diciembre de 1867 y Resoluciones de 16 de enero de 1864, 25 de julio de 1880, 14 de junio de 1897, 12 de febrero de 1916, 31 de julio de 1917 y 1 de julio de 1943, entre otras).

Es cierto que, en el marco de estos criterios generales, este Centro Directivo (cfr., por todas, Resoluciones de 25 de febrero y 9 y 10 de marzo de 1988), ha admitido el carácter inscribible del convenio regulador sobre liquidación del régimen económico matrimonial que conste en testimonio judicial acreditativo de dicho convenio y que haya sido aprobado por la Sentencia que acuerda la separación; y ello porque se considera que se trata de un acuerdo de los cónyuges que acontece dentro de la esfera judicial y es presupuesto necesario de la misma Sentencia modifi-

cativa del estado de casado. Pero esta posibilidad ha de interpretarse en sus justos términos, atendiendo a la naturaleza, contenido, valor y efectos propios del convenio regulador (cfr. artículos 90, 91 y 103 del Código Civil), sin que pueda servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y la finalidad perseguida.

Precisando más los límites de la citada doctrina, recientemente la Resolución de 22 de marzo de 2010, reiterando otros pronunciamientos anteriores de este mismo Centro Directivo, ha señalado que respecto de la sociedad de gananciales, 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. Indudablemente, el negocio de que se trate ha de tener su adecuado reflejo documental, siendo preciso plasmarlo así, nítidamente, en el correspondiente documento, sin que pueda pretenderse en todo caso su inscripción por el mero hecho de que conste en el convenio regulador de la separación, cuyo contenido propio es un negocio que es exclusivamente de liquidación de la sociedad conyugal (cfr. artículos 1397 y 1404 del Código Civil y 18 de la Ley Hipotecaria).

Del mismo modo resulta admisible, como ya habían admitido Resoluciones anteriores, la inscripción de la adjudicación que mediante

convenio regulador se realice respecto de los bienes adquiridos vigente el régimen de separación de bienes, pues aunque dicho régimen está basado en la comunidad romana, esto no autoriza a identificar ambas regulaciones. Esta diferenciación resulta, en nuestro ordenamiento, del hecho de que el régimen económico matrimonial de separación de bienes sólo pueda existir entre cónyuges, así como de la afectación de los bienes al sostenimiento de las cargas del matrimonio, de las especialidades en la gestión de los bienes de un cónyuge por el otro, de la presunción de donación en caso de concurso de un cónyuge y de las limitaciones que para disponer se derivan del destino a vivienda habitual de un inmueble. Nada de esto sucede en una comunidad romana en la que en ningún momento existen consecuencias patrimoniales derivadas de las circunstancias personales de los titulares, pues ni los bienes integrantes de esta comunidad se sujetan a afectación especial alguna ni sufren singulares limitaciones a su disposición (cfr. las Resoluciones de 21 de enero de 2006 y 29 de octubre de 2008).

Ahora bien, dicha doctrina no implica que —a los efectos de su inscripción— se admita

el convenio regulador, aprobado judicialmente, como documento de formalización de una disolución de una comunidad de bienes, adquiridos al margen o en ausencia de todo régimen conyugal, como sucede en el presente caso en el que de la documentación presentada al Registro no se deduce ni puede en forma alguna colegirse la existencia de pactos reguladores de las relaciones económicas de la convivencia de los miembros de la unión de hecho, o para liquidarlas tras su cese, conforme prevé el artículo 4 n.º 1 de la Ley Valenciana 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho, que pudieran asimilarse a estos efectos a un régimen conyugal.

No parecen ser ajenos los otorgantes del convenio a la necesidad de otorgar la correspondiente escritura pública a fin de formalizar el acuerdo sobre extinción del condominio, cuando señalan en el propio convenio que la progenitora no adjudicataria se obliga a facilitar a aquél «todos los trámites, gestiones, escrituras y otorgamientos necesarios para la formalización de dicha extinción de condominio y su inscripción en el Registro de la Propiedad». Estipulación que, por lo demás, no fue objeto, como ya se dijo, de aprobación judicial.

Revista de

Derecho de Familia

SECCIÓN PRÁCTICA

LA RELACIÓN ENTRE LOS PROGENITORES A EFECTOS DE ACORDAR LA CUSTODIA COMPARTIDA

Una vez que, como es de esperar, se declare la inconstitucionalidad del informe favorable del Ministerio Fiscal que prevé el artículo 92 del CC para que se acuerde la custodia compartida, en aquellos casos en los que ambos progenitores estén en condiciones de igualdad para que se declare este modelo de custodia, el obstáculo que están poniendo muchos juzgados y tribunales para denegarla es que «los padres no se llevan bien».

Señala el artículo 92 del CC que para acordar la custodia compartida el juez tendrá en cuenta, entre otras cuestiones, «la relación que los padres mantengan entre sí», pero no se da ninguna pauta de interpretación, delegando el legislador en los jueces la decisión sobre qué tipo de relación debe existir entre los progenitores para que pueda acordarse la custodia compartida.

Es clara la doctrina de la AP de Madrid, Sec. 22.^a, de 21 de julio de 2009 según la cual «No se acuerda la custodia compartida porque los padres priorizan el mantener el conflicto e interponer continuamente denuncias entre ellos que en buscar una solución para que la situación educativa, sanitaria, relacional, emocional y psicológica de su hijo sea más favorable y positiva». También resulta ilustrativa la Sentencia de la Sec. 2.^a de la AP de Sevilla de 1 de abril de 2009 que no concede la custodia compartida por la excesiva judicialización de las relaciones entre los progenitores y el elevado grado de conflictividad existente entre ellos. Igualmente la Sentencia de la AP de Vizcaya, Sec. 4.^a, de 31 de octubre de 2008, indica que «La relación de los progenitores ha sido, y parece que es, muy conflictiva con total incomunicación, por lo que bajo el prisma del interés del menor no procede conceder la custodia compartida». O la Sentencia de la Sec. 4.^a de la AP de Asturias de 3 de julio de 2008 que señala: «El informe emitido por el perito judicial sigue optando por la guarda materna mientras que la documental, expresiva de continuas denuncias entre los litigantes, revela principalmente una situación de continuo enfrentamiento que no parece la más adecuada para el sistema que se pretende establecer de custodia compartida que precisa de una relación pacífica, serena y fluida entre los progenitores que permita que se sucedan los continuos turnos en la custodia sin alteraciones relevantes que perjudiquen la necesaria estabilidad del niño».

Como podrá comprenderse en estas situaciones la custodia compartida serviría para incrementar la litigiosidad conyugal, sin embargo, existen otras situaciones distintas en las que las relaciones de los progenitores que cesaron en la convivencia no son belicosas. En ocasiones sólo se hablarán lo imprescindible, en otras habrá una comunicación fluida e incluso pueden existir supuestos en los que no exista la más mínima comunicación entre ellos pero no existan denuncias ni conflictividad. En todos estos casos ¿qué relación deben mantener los padres entre sí para que pueda acordarse la custodia compartida?

La Sentencia del TSJ de Cataluña de 8 de marzo de 2010 vino a indicar al respecto que:

«No cabe duda de que la situación ideal es que los progenitores tengan una comunicación fluida y lleguen acuerdos en todo lo que afecte a los hijos. Pero no puede sostenerse de

forma automática que ante una situación de conflictividad no pueda optarse por la guarda y custodia compartida. En cada caso, deberá examinarse su pertinencia, con la finalidad de valorar lo más adecuado para los intereses de los menores, no el de los padres. Y añade que, en realidad, lo que existe en el caso de autos es una falta de comunicación, sin que se aprecie ningún tipo de maltrato, ni tampoco una situación límite o que no pueda revertirse con un poco de buena voluntad

... La guarda y custodia compartida no es adecuada en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos —SSTSJC 29/2008, de 31 de julio; 24/2009, de 25 de junio—, sin que ello signifique, sin embargo, que deba desecharse frente a cualquier grado de conflictividad y que no deba procurarse su implantación cuando resulta beneficiosa para los menores, aunque sea imponiendo en determinados casos la mediación familiar o terapias educativas».

También la Sentencia del TSJ de Cataluña de 3 de marzo de 2010 trató la cuestión haciendo la siguiente reflexión:

«Ciertamente que una de las causas que empecen a la concesión del ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos menores tras la ruptura matrimonial viene constituida, sin duda, por la conflictividad u hostilidad entre los padres, porque cualesquiera que hubieren sido las causas de la separación o del divorcio, es necesario un cierto grado de entendimiento y consenso entre los progenitores para poder ejercer de modo adecuado la corresponsabilidad parental, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a la autoridad judicial en caso de desacuerdo o de conflicto de intereses (artículos 138.1, 139.2 y 151 CF).

Ahora bien, esta exigencia no puede extremarse hasta el punto de hacer depender el otorgamiento de la custodia compartida —o, en su caso, el mantenimiento de la misma— de una armonía prácticamente imposible de obtener tras cualquier crisis matrimonial».

Por último, la SAP de Baleares de 14 de julio de 2009 también da unas pautas razonables para valorar la relación entre los progenitores:

«En dicho punto, considera la Sala conveniente referir que, con carácter general, si bien la relación que mantienen los padres ha de valorarse, conforme se establece en el artículo 92.6 del Código Civil, para acordar la medida de guarda y custodia compartida, tampoco puede el Tribunal exigir al respecto que la relación sea de todo punto ejemplar, por cuanto que no cabe reconducir tal recomendación legal únicamente a supuestos idealizados, ajenos a la realidad habitual, al deberse partir de la base de que toda ruptura conlleva inevitables tensiones; debiendo, además, los Tribunales velar para evitar que la posibilidad de guarda y custodia compartida se desvanezca tras meros alegatos de tensiones invocadas o propiciadas por aquel cónyuge que, sabiéndose aventajado para la obtención o el mantenimiento de la guarda y custodia a su favor, los utiliza con el único fin de evitar la guarda y custodia compartida o para obtener alguna ventaja en la negociación de un posible convenio».

Parece razonable que la mención que se hace en el artículo 92 del Código Civil a que se valore «la relación que los padres mantengan entre sí» debería interpretarse siguiendo las pautas que se contienen en las anteriores sentencias dado que una interpretación restrictiva tendría la consecuencia de erigir a este requisito en un obstáculo insalvable para la concesión de la custodia compartida y podríamos encontrarnos con supuestos en los que podrían tensarse las relaciones entre los progenitores para aparentar una situación incompatible con la custodia compartida.

CASOS PRÁCTICOS

I. GASTOS EXTRAORDINARIOS

Previamente a realizar el gasto extraordinario, la madre envió al domicilio del padre una carta certificada con acuse de recibo notificando la necesidad del gasto y el presupuesto. Dicha misiva llegó a entregarse en el domicilio del padre quien alega que él no recogió la carta y que la recepción tampoco acredita que el contenido fuese el que indica la madre ¿puede estimarse esta causa de oposición?

No. Si la carta se entregó por el servicio de correos en el domicilio del padre, a éste corresponde acreditar que la persona receptora no se la entregó y para ello le bastaba haber propuesto la correspondiente prueba testifical que acreditase dicho extremo. Por otro lado, y en relación con el contenido de la carta certificada, si se sostiene que el contenido era otro, pudo y debió presentar al juzgado el que según él iba dentro de la carta.

II. CUESTIONES PROCESALES

En un procedimiento penal iniciado como consecuencia de las lesiones causadas al hijo supuestamente por la madre ¿como medida cautelar puede privarse a ésta de la patria potestad de forma automática?

No. Al tratarse de una medida restrictiva de derechos, su adopción requiere el previo trámite de audiencia, ya que en caso contrario se le provoca una indefensión total que tiene relevancia constitucional.

III. PENSIÓN ALIMENTICIA

Dada la actual falta de ingresos del progenitor no custodio, en la sentencia de divorcio se ha acordado fijar una pensión alimenticia a su cargo, si bien condicionando su abono a que encuentre trabajo ¿es jurídicamente viable este pronunciamiento?

No. La obligación alimenticia no puede estar sujeta a condicionante alguno, y precisamente por ello, aun en casos de inexistencia de ingresos, siempre se fija un mínimo vital en concepto de pensión alimenticia.

IV. RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Si en el convenio regulador los cónyuges hicieron constar que su régimen económico matrimonial era el de separación de bienes, cuando legalmente era el gananciales ¿qué consecuencias tiene este pacto?

El pacto es nulo pues vulnera una norma imperativa y por tanto carecerá de eficacia si no llegaron a otorgarse capitulaciones matrimoniales.

V. CUESTIONES PROCESALES

Se ha pedido por la madre la exploración de una hija de cinco años de edad siendo denegada dicha petición por el Juzgado ¿es ajustada a derecho esta decisión?

Sí. Es un criterio acogido por la mayoría de los juzgados y tribunales que la exploración de una menor de cinco años

no es recomendable ya que a esa edad difícilmente puede exponer claramente su voluntad, por lo que no puede considerarse que sea erróneo no haber practicado dicha prueba, siendo recomendable que en tales casos se acuda a datos objetivos para deducir con cuál de los padres puede estar mejor la menor.

VI. RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Si existe un solo bien inmueble a liquidar y los cónyuges han optado por su venta ¿puede prescindirse del procedimiento de liquidación de gananciales y acudirse a la venta judicial?

Teniendo en cuenta que en el artículo 806 de la LEC se indica que la liquidación del régimen económico matrimonial «se llevará a cabo, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo y a las normas civiles que resulten aplicables», si existe acuerdo entre los cónyuges en que la vivienda salga a subasta pública, no vemos inconveniente en que ambos pidan su celebración siguiendo los cauces previstos en el artículo 2048 y ss. de la LEC de 1881 que aún mantienen su vigencia.

VII. CUESTIONES PROCESALES

Si solo uno de los cónyuges solicitó la atribución del uso de la vivienda familiar, no existiendo hijos menores, ¿puede el juzgado atribuir el uso compartido del inmueble por períodos de tiempo?

No. La sentencia que atribuyese ese uso compartido adolecería del vicio de incongruencia pues fue más allá de lo solicitado por las partes, dado que no existiendo hijos, la atribución del uso del domicilio familiar es una medida de carácter dispositivo.

VIII. CUESTIONES PROCESALES

El demandado no se personó en autos tras ser emplazado siendo posteriormente declarado en rebeldía. Al apelar la sentencia pide la nulidad de actuaciones al no habersele notificado personalmente la providencia en la que se le declaraba en rebeldía ¿puede aceptarse esta tesis?

No. La nulidad de actuaciones procede cuando se dan los requisitos legales y además se causa indefensión a la parte, y en este caso ninguna indefensión se ha producido puesto que el propio demandado sabía de su decisión de no contestar y asumía, por tanto, las consecuencias.

IX. ALIMENTOS

Si el padre interpuso demanda de divorcio solicitando la atribución de la custodia y la fijación de un régimen de visitas a favor de la madre, y esta última al contestar a la demanda solicitó la custodia y la fijación de una pensión alimenticia, acordándose por el Juzgado otorgar la custodia a la madre ¿desde qué fecha puede reclamarse la pensión alimenticia?

A pesar de que la mayoría de los juzgados y tribunales se decantan por aplicar lo establecido en el artículo 148 del CC a las pensiones alimenticias que se fijan en los procedimientos de divorcio, al haberse solicitado dicha pensión por la madre en el escrito de contestación, la exigibilidad de la pensión sólo puede retrotraerse a la fecha de este último escrito dado que es cuando la madre, en representación de los hijos menores de edad, reclama judicialmente la fijación de una pensión.

X. GASTOS EXTRAORDINARIOS

Pretende el padre que los gastos generados por las clases de vela impartidos a los hijos durante el período vacacional

que pasaron con él tengan la consideración de gastos extraordinarios y que por tanto sean abonados al 50% entre ambos progenitores. La madre se opone a dicha petición al considerar que fue una decisión unilateral que formaba parte de las actividades de ocio que realizan los hijos en los períodos de vacaciones, ¿puede estimarse la reclamación del padre?

No. La jurisprudencia interpreta que su importe debe correr por cuenta del progenitor que tiene a las menores en su compañía por tratarse de una actividad de entretenimiento, no necesaria, y una forma de organizar su trabajo y ocio el progenitor que las tiene en ese período estival (AP Valencia, Sec. 10.^a, Auto de 21 de enero de 2010).

XI. PENSIÓN ALIMENTICIA

¿Puede un hijo reclamar a su padre en un juicio verbal las pensiones alimenticias que venía obligado a abonarle en la sentencia de divorcio?

No. El hijo puede interponer un procedimiento de alimentos para reclamar la fijación de una pensión alimenticia, pero la reclamación de las pensiones atrasadas debe efectuarse en el procedimiento de ejecución de la sentencia de divorcio estando legitimada para ello exclusivamente la madre.

XII. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Ante una ejecución por impago de pensiones alimenticias se opone el padre alegando la compensación de la deuda con la que la madre tiene por impago de la mitad de las cuotas del préstamo hipotecario acreditando esta circunstancia en forma. El Juzgado desestimó la causa de oposición ¿Existe un enriquecimiento injusto en la madre que no cumple lo pactado en el convenio regulador en cuanto al

pago de la mitad de la hipoteca y exige el pago de la pensión alimenticia?

No. La desestimación de la excepción tiene su base legal en la imposibilidad de compensar las pensiones al no ser la madre su destinataria final, sino solamente su administradora. Además no se produce enriquecimiento injusto desde el momento en el que el padre puede interponer una demanda de ejecución para que la madre abone el 50% de las cuotas hipotecarias.

XIII. FILIACIÓN

Junto a la demanda de reclamación de paternidad el presunto padre solicita que, declarada judicialmente su filiación paterna, se fije un régimen de visitas con el hijo menor de edad. ¿Puede accederse a esta petición?

Desde el punto de vista formal no existe ningún obstáculo para que, dentro de los pronunciamientos de la sentencia, se establezca un régimen de visitas puesto que así lo ha indicado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de junio de 2004. Evidentemente otra cuestión distinta es si por las peculiaridades del caso procede o no la fijación del régimen.

XIV. CUESTIONES PROCESALES

No conviviendo ya hijos en el domicilio familiar y solicitado por el esposo el divorcio sin petición de medidas, ¿debe la esposa formular reconvencción para pedir que se le atribuya el uso de la vivienda familiar?

En efecto, dicha petición debe formularse por vía de reconvencción ya que en nuestro sistema procesal está proscrita la reconvencción implícita, por tanto, no tendrá ninguna eficacia que en el suplico del escrito de contestación a la demanda solicite la atribución del uso de la vivienda. Aun-

que ciertamente existen algunos juzgados y tribunales que interpretan de una manera flexible la cuestión, el criterio mayoritario se inclina por la tesis que hemos expuesto al principio.

XV. FILIACIÓN

Siendo el hijo menor de edad, la madre ejercitó en nombre de aquél la acción de reclamación de paternidad desestimándose la demanda por falta de pruebas. Al alcanzar el hijo la mayoría de edad ha vuelto a presentar una demanda de reclamación de paternidad. ¿Existe algún obstáculo para el ejercicio de esta acción?

Efectivamente, la sentencia que se dictó anteriormente produjo el efecto de cosa juzgada, por lo que ya no podrá seguirse un nuevo procedimiento con la misma finalidad. No debemos olvidar que las partes son las mismas dado que en el procedimiento inicial la madre actuó en representación del hijo menor de edad y no ejercitando un derecho propio.

XVI. RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

En el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales pretende el esposo incluir en el activo de la sociedad de gananciales el importe de los IBI de los inmuebles privativos de la esposa que se han abonado por la sociedad de gananciales constante el matrimonio. ¿Puede admitirse esta tesis?

No. Teniendo en cuenta que los rendimientos de los bienes privativos tienen carácter ganancial, los impuestos devengados por estos bienes han de entenderse como un gasto de administración ordinaria de bienes privativos incardinable en el artículo 1362.3 del Código Civil.

XVII. FILIACIÓN

A pesar de tener conocimiento el marido de la madre de que no era el padre biológico del hijo, dejó transcurrir el plazo para ejercitar la acción de impugnación de la paternidad que se le atribuyó como consecuencia de la presunción establecida en el artículo 116 del CC. ¿Tiene legitimación para reclamar la paternidad del hijo demandado al verdadero padre biológico?

Entendemos que no, dado que la amplia legitimación que otorga el artículo 131 del CC para la reclamación de la paternidad tiene una excepción: cuando la filiación que se reclama contradiga otra determinada legalmente. En estos términos se pronunció la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 2001.

XVIII. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Al no abonar el esposo el 50% del préstamo que grava la vivienda familiar, la esposa ha iniciado una ejecución de sentencia y se le ha embargado la totalidad del sueldo. ¿El embargo del salario debe respetar los límites establecidos en el artículo 607 de la LEC o por el contrario por tratarse de ejecución de una obligación alimenticia, por imperativo de los artículos 608 y ss., no está sujeto a límite alguno?

La posibilidad cierta de que la entidad acreedora ejecute la hipoteca por impago de las cuotas, con pérdida de la propiedad del inmueble, no transmuta una deuda originariamente civil en deuda por alimentos, pues seguiría pesando sobre ambos progenitores la obligación de proporcionar vivienda a su hijo. Encontrándonos ante una deuda civil ordinaria, la misma debe seguir el régimen común de su ejecución, con aplicación de los límites del artículo 607 de la LEC cuan-

do se embargan salarios, sueldos, pensiones o prestaciones equivalentes.

XIX. CUESTIONES PENALES

Habiendo interpuesto la madre denuncia por impago de pensiones alimenticias fijadas a favor del hijo, hoy ya mayor de edad, alega el padre que no puede condenársele dado que falta el requisito de perseguibilidad necesario cual es la denuncia de la persona agraviada, en este caso, el hijo mayor de edad, ¿puede darse la razón al padre?

No. El concepto de persona agraviada por este tipo de delitos no queda circunscrito al mero titular de la pensión establecida, sino que, en función de las particulares circunstancias concurrentes, puede serlo también el progenitor que, teniéndolo en su compañía por no haber alcanzado independencia económica, sufre las consecuencias

del mismo no sólo desde el punto de vista pecuniario, sino por el especial agravio que supone hacer frente en soledad al sostenimiento de la prole sin el auxilio del sujeto activo de la infracción.

XX. CUESTIONES PROCESALES

¿Pueden solicitarse medidas previas antes de presentar una demanda de modificación de medidas?

El artículo 771 de la LEC sólo contempla la petición de medidas previas antes de interponerse una demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial, y el artículo 775 de la LEC únicamente indica que «las partes podrán solicitar, en la demanda o en la contestación, la modificación provisional de las medidas definitivas concedidas en un pleito anterior», por lo que en principio la petición no tiene cobertura legal.

Revista de

Derecho de Familia

DERECHO COMPARADO

LEGÍTIMA Y DISCAPACIDAD: UNA RELECTURA DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS *EX LEGE* PARA EL BENEFICIO DE LA ESPECIAL PROTECCIÓN O CUALIDAD DE LEGITIMARIO ASISTENCIAL

(Breves acotaciones a tono con el artículo 12.5 de
la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad)

LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO

*Profesor Titular de Derecho Civil
Facultad de Derecho. Universidad de La Habana
Notario*

«El amor, para que sea auténtico, debe costarnos»

MADRE TERESA DE CALCUTA

RESUMEN

La Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad impone a los ordenamientos jurídicos internos la necesidad de atemperar sus normas a los principios que ella evoca y desarrolla en su articulado. Se trata de pensar en clave jurídica con una nueva dimensión social de la discapacidad. No deja de tener trascendencia la manera en que se protege a este sensible sector de la población a través de la legítima sucesoria, con un alcance asistencial, que mira hacia la necesidad del individuo, más que a la parentalidad y la conyugalidad por sí solas, como hasta ahora lo han hecho los ordenamientos jurídicos de raíz latina.

Palabras Clave: legítimas, discapacidad, dependencia económica, inaptitud para trabajar, ancianidad.

ABSTRACT

The international Convention on the rights of the persons with disabilities imposes to the member states the necessity to modify their national laws in accordance to the legal principles evoked and established in its regulations. This process follows to think the new social dimension of the persons with disabilities in legal terms. It is remarkable the way in which this sensitive segment of the population is protected, especially through the system of *legitimas*. This protection has been created to reach the assistance needed for disabled people; it looks to the necessity of the person not only as parents or spouses, which has been the principle enacted by the legal systems with latin roots.

Key words: legitimas, disability, economical dependence, work unsuitability, old age.

SUMARIO

- I. PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y HERENCIA A LA LUZ DEL ARTÍCULO 12.5 DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.
- II. LEGÍTIMAS Y DISCAPACIDAD.
 1. Las legítimas: minoración de su cuantía y de la cualidad de sus destinatarios. Panorama en el Derecho iberoamericano.

2. Los «herederos» especialmente protegidos y las personas con discapacidad: ¿Círculos concéntricos o secantes?

3. Dimensión objetiva de su regulación.

- A) La dependencia económica respecto del causante y la inaptitud para trabajar: en pos de una relectura de la norma más allá de su exégesis. Los valores que la figura evoca.

4. La expansión de la dimensión subjetiva.

- A) Descendientes con discapacidad: ¿Necesaria prelación?
B) Ancianidad, discapacidad y condición de heredero. El orden de los ascendientes.
C) Hermanos con discapacidad: la necesidad de su protección. Valoraciones de *iure condendo*.

III. *POST SCRIPTUM*.

BIBLIOGRAFÍA.

1. Fuentes doctrinales.

2. Fuentes legales.

ANEXO I.

ANEXO II.

I. PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y HERENCIA A LA LUZ
DEL ARTÍCULO 12.5 DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS
DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Soy consciente de que no es la sucesión por causa de muerte el eslabón más significativo en pos de la protección a las personas con discapacidad. La integración social no opera a partir de la posición como testadores o como sucesores de quienes tienen algún tipo de discapacidad, cualquiera sea la naturaleza de ésta. No obstante, reconozco que el artículo 12.5 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad presupone que «los Estados Partes tomarán las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás, a (...) **heredar bienes**». Ello *per se* tiene un valor añadido, tratándose de la más importante Convención sobre derechos humanos aprobada en esta primera década del siglo. Y en este orden se regula un derecho que en Cuba tiene reconocimiento constitucional a través del artículo 24 de la Carta Magna (me refiero al derecho de herencia sobre la propiedad personal, derecho sobre el cual se ha pronunciado recientemente la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, a través de su Sentencia N.º 79 de 31 de marzo del 2010, único Considerando (ponente Arredondo Suárez).

No obstante, es innegable el valor que puede tener para la satisfacción de importantes necesidades por parte de las personas con discapacidad el disponer de un patrimonio

propio, aun cuando éste sea transmitido por causa de muerte. La Convención no establece pautas sobre cómo los ordenamientos internos deberán regular la sucesión *mortis causa* a favor de personas con discapacidad. Tan solo se limita a enunciar el reconocimiento del derecho de herencia a su favor.

Hoy día en la literatura jurídica, al menos de este lado del continente, el tema de la protección sucesoria a las personas con discapacidad no ha sido todo lo recurrente que se esperaba. La atención se ha centrado, con acierto, en temáticas de alcance más general que atañen al ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad. Empero, si queremos prever una protección integral en el orden jurídico de este importante sector de la población, no podremos olvidar, para no pecar de incautos, que la arista sucesoria también revierte una importancia indudable, dado que en definitiva, es ella la vía a través de la cual se puede poner a buen recaudo la transmisión intergeneracional de la propiedad.

II. LEGÍTIMAS Y DISCAPACIDAD

1. Las legítimas: minoración de su cuantía y de la cualidad de sus destinatarios. Panorama en el Derecho iberoamericano

Una preocupación de la doctrina científica en estos últimos tiempos, y del notariado en particular, lo ha sido la regulación de las legítimas en nuestros ordenamientos jurídicos, y cuando hablo en plural, me refiero concretamente en el contexto iberoamericano, en el cual Cuba se sitúa⁽¹⁾. La absoluta libertad de testar, sin más cortapisas que la propia voluntad humana no ha sido la tendencia acogida por los códigos civiles, al menos por la mayoría de los de esta región, con expresa excepción de algunos códigos centroamericanos, además de los de los Estados mexicanos. Amén de franquearse cierto margen de disponibilidad patrimonial, ésta ha estado limitada entre otros por el sistema de legítimas, visto como una restricción a la facultad de disponer⁽²⁾. Hoy día, los legisladores en su mayor parte se resisten a suprimir los sistemas legitimarios que en sus disímiles variantes rigen en los más diversos códigos civiles. Así, en Iberoamérica se diseñan sistemas legitimarios con legítimas que ascienden a cuatro quintos del as hereditario (Bolivia y Argentina), u otros que la restringen a los dos tercios (Perú y Uruguay) o la dividen en legítima estricta, mejora y libre disposición (España y Puerto Rico) o la reducen a la mitad (Brasil y Chile —cuando existen descendientes—, Cuba, cuando existen herederos especialmente protegidos, El Salvador, Perú —sólo ascendientes— y Venezuela), aquellos que la varían de acuerdo con el número de hijos o la clase de pariente —sucesor— (República Dominicana) y aquellos que distinguen la porción conyugal, la cuarta de mejora y las legítimas (Chile, Colombia y Ecuador).

(1) En la quinta conclusión del tema II: *El Notariado como garante de los derechos de las personas. Reflexión sobre los beneficios de la Función Notarial en el ámbito de las personas como entes sujetos de derechos y obligaciones*, de la XIV Jornada Notarial Iberoamericana, celebrada en junio del 2010 en Punta Cana, República Dominicana, se ha propuesto, con gran cierto, a mi juicio: «Que en aquellos países en los que la legítima implica un porcentaje demasiado elevado de la herencia se estudie la posibilidad de reducirla, para permitir al testador mayor libertad en su distribución, especialmente para la protección de sus herederos en situación de vulnerabilidad».

(2) Vid. VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer*, tomo I, *Las Legítimas*, volumen I, 1.ª edición, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974, pp. 4 y ss.

Recordemos que la cuarta de mejora por un lado limita la libertad testamentaria pero por otro le permite al testador beneficiar a ciertos herederos (Chile, descendientes y cónyuge —este último a partir de 1989—) con amplitud de criterio y decisión.

Otros países —los menos—, no regulan las legítimas (Costa Rica, Guatemala, Honduras, México y Nicaragua). Así, el testador puede disponer de la totalidad de su patrimonio.

No obstante, aun en estos países no se desprotege al núcleo familiar ya que por un lado existen los alimentos obligatorios (Honduras y México) y, por otro, cuando el testador distribuye la totalidad de sus bienes en legados, se reserva para el declarado heredero un diez por ciento (Costa Rica). Esta es la figura de la cuarta falcidia del Derecho romano pero en menor proporción. Perú también mantiene esta institución.

Este gran abanico que ofrece el estudio de los sistemas legitimarios en el Derecho comparado nos conduce a la conclusión de que en el sistema de Derecho continental las legítimas se imponen como freno a la libertad de testar y aun los códigos de segunda generación como los de Bolivia, Perú, Paraguay y Brasil no se han atrevido a desmembrar del sistema sucesorio la tutela que dispensa a los parientes más allegados las legítimas. Empero, lo que resulta hoy de urgente reforma en nuestro contexto jurídico es la necesidad de reducir el monto o cuantía de esas legítimas en países como Argentina o Bolivia en los que su existencia, cuando hay descendientes, obnubila toda posibilidad de testar, en tanto la cuantía de libre disposición resulta tan insignificante que no merece acudir al testamento como acto dispositivo patrimonial por causa de muerte, por excelencia. En este sentido se pronuncia un sector importante de la doctrina científica quien aboga por que el Derecho de Sucesiones mantenga un equilibrio entre las reglas imperativas y las reglas de la autonomía, de modo que no puede existir una absoluta voluntad de testar (expresión de la soberanía del derecho de propiedad), ni tampoco un sistema de legítimas total (en nombre de la solidaridad familiar y de la igualdad), equilibrio que se pudiera lograr mediante una disminución de las legítimas y un fortalecimiento de institutos que permitan una mayor solidaridad familiar con el más débil, como el fideicomiso testamentario, la mejora, el derecho real de habitación del cónyuge *supérstite*⁽³⁾. En tal sentido las XV Jornadas Nacio-

(3) Según el parecer de la profesora Graciela MEDINA en su valioso artículo «Los principios de la codificación contemporánea: su reflejo en el derecho sucesorio», p. 6, en www.GracielaMedina.com, consultado el 25 de noviembre del 2005. En él expresa la importante académica cómo la reducción de las legítimas ha sido una preocupación constante por los autores de reformas al Código Civil de VÉLEZ SÁRSFIELD. En el anteproyecto de Bibiloni y en el anteproyecto de 1936 la legítima se reducía a 2/3 del haber hereditario, cuando existían descendientes legítimos. Mientras que en el anteproyecto de LLAMBÍAS, se seguía el modelo francés y se establecían legítimas móviles de acuerdo con la cantidad de hijos del causante. La legítima era de la mitad si existía un solo descendiente, de dos tercios si se dejaba dos o tres descendientes y de un cuarto en el caso de un mayor número de ellos. De igual manera «... los congresos y jornadas realizados en la Argentina, con diferencias de matices se inclinaron por un otorgamiento de una mayor libertad de testar.

«En una posición extrema, se propició la absoluta libertad de testar en el Primer Congreso Notarial Argentino celebrado en Buenos Aires en 1917. En él se formularon reflexiones sobre la frecuencia con que los notarios han observado los casos de personas que protestan contra la ley, porque no les permite disponer más libremente sus bienes y sobre la verdadera solución que estaría, no en reducir las legítimas, sino en declarar la amplia facultad de testar.

«En posiciones intermedias se pronunciaron las III Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Tucumán en 1967 y las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Mar del Plata de 1983. En la primera de ellas se propició un prudente aumento de la porción disponible y una correlativa disminución de la porción legítima. Mientras que en las Jornadas celebradas en Mar del Plata, además se recomendó que el causante sea facultado para aplicar un porcentaje de la porción legítima a favor de los descendientes para mejorar a alguno o algunos de ellos».

nales de Derecho Civil de la Argentina, celebradas en la ciudad de Mar del Plata en 1995, se pronunció en la primera de las conclusiones en la Comisión N.º 6, sobre la necesidad de una reforma de los artículos relativos a la legítima, reduciéndose tanto las legítimas de los descendientes (a dos tercios) como la de los ascendientes y del cónyuge (a la mitad).

Otros autores, desde la reciente doctrina chilena abogan por cambios más moderados en este orden, «Se trataría más bien de buscar un equilibrio que permita una mayor libertad del testador, pero en ciertos márgenes, definidos de la forma más objetiva y pacífica posible»⁽⁴⁾. En este orden, no en balde se alude a la pérdida de la prístina *ratio* de las legítimas, pues el aumento de la expectativa de vida hace que se reduzca «las hipótesis en que los hijos quedan tempranamente sin padres cuando a su vez ya han formado su propia familia»⁽⁵⁾. Se trata, por tanto de una libertad controlada del testador, que evite en todo caso, los actos en fraude de las legítimas a los que suelen acudir los testadores ante la existencia de normas imperativas, restrictivas del derecho de disponer por causa de muerte. Sería conveniente «examinar en la práctica el grado de respeto que tienen las instituciones que fuerzan la voluntad del testador y precisar en qué medida la simulación deja sin efecto las buenas intenciones legales»⁽⁶⁾.

Similares criterios se esgrimen también desde la doctrina española. El profesor DELGADO ECHEVERRÍA en ponencia presentada en las XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, que tuvieron lugar del 9 al 11 de febrero de 2006, en Santander, Jornadas dedicadas a las reformas del Derecho Sucesorio en España⁽⁷⁾ apuntaba sobre las alternativas en torno a las legítimas, a saber: o bien su supresión, posición que considero de extrema, o una limitación tanto en el orden objetivo (cuantía), como subjetivo (personas destinatarias de ella). De tomarse el primer punto de vista, sostiene el profesor que dicha opción de política legislativa en lo que constituye el núcleo del Derecho de Sucesiones español, si su fundamento y finalidad ya no es la originaria, y es ahora más un deber moral o social, la sanción debe proceder de la moral o la sociedad, pero no del mundo jurídico. Las legítimas suprimidas podrían ceder su lugar a atribuciones patrimoniales con finalidad asistencial en favor de las personas necesitadas y dependientes del causante a las cuales su muerte deja desasistidas. De todas maneras sería tomar la posición que hace dos décadas siguió el Derecho cubano, pero en el fondo no sería más que regular una legítima moderada y limitada, esto es, una legítima, criterio que considero más atinado. Ello, a pesar de que el Código Civil cubano no le atribuye el nombre con el que en Derecho han sido conocidas, si bien la propia doctrina y jurisprudencia patrias la han sustentado⁽⁸⁾. Se

(4) Vid. TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *Código Civil. 1855-2005. Evolución y perspectivas*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, p. 200.

(5) Ídem.

(6) Ibídem.

(7) Vid. «¿Reforma del Derecho de sucesiones del Código civil?», en www.derechocivil.net/ponencias, consultado el 28 de mayo de 2007, p. 1.

(8) Sobre el tema en el Derecho cubano vid. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., «Los herederos especialmente protegidos. La legítima. Defensa a su intangibilidad cuantitativa y cualitativa», en *Derecho de Sucesiones*, tomo II, bajo su coordinación, Félix Varela, La Habana, 2004, y para un estudio jurisprudencial del tema «Algunos criterios jurisprudenciales, en sede sucesoria, de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo. Derroteros del último lustro (2000-2004)», en *Boletín de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos*, N.º 21, octubre-diciembre del

trataría, no obstante, de propiciar la libertad del testador, en especial a la hora de realizar atribuciones de los cónyuges entre sí, razón que frecuentemente motiva la utilización del testamento como cauce de ordenación de la sucesión por causa de muerte. Una adaptación a la realidad social de este tiempo.

Si se asumiera la segunda posición, sigue expresando DELGADO ECHEVARRÍA, la supresión no sería el objetivo, sino todo lo más, reducir las legítimas al revelarse excesivas en el momento actual. La reducción no sólo sería cuantitativa sino también reducción en el número de grados de parentesco de los llamados como legitimarios (supresión de la legítima de los ascendientes o limitación sólo al primer grado). Flexibilizar también las legítimas, concibiéndolas como créditos contra la herencia y no como parte alícuota de ella⁽⁹⁾.

En la misma medida que la reducción de las cuotas de las legítimas es una aspiración de un sector de la doctrina científica, este mismo sector propone, no sin razón, la necesidad de que éstas puedan ser empleadas como una fórmula de tutela o protección de las personas con discapacidad. En ese orden vienen las proposiciones del profesor DELGADO ECHEVARRÍA, a su juicio es plausible «... una reforma en profundidad del sistema legítimo del Código civil. Cabe sugerir la supresión de la legítima de los ascendientes, salvo atribuciones asistenciales (...)»⁽¹⁰⁾. En tanto los profesores argentinos Graciela MEDINA y Horacio MADERNA ETCHEGARAY abogan por el fideicomiso testamentario como una vía alternativa de protección de las personas con discapacidad y de aquellas que judicialmente se han declarado incapacitadas, alternativa que sería mucho más eficaz en la misma proporción en que los ordenamientos jurídicos den paso a una libertad de testar cuantitativa

2005, pp. 30-54 y en la segunda parte de ese artículo publicado en la misma revista, N.º 22, enero-marzo del 2006, pp. 2-26. La jurisprudencia más reciente llega a denominar a los herederos especialmente protegidos como legitimarios, según la Sentencia N.º 317 de 18 de mayo del 2005, de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en su Primer Considerando., de la cual fue ponente González García, ello con motivo de un supuesto de preterición. De ese modo se dispuso: «(...) en el caso concurre la modalidad de omisión de legitimario que en la doctrina jurídica se conoce como real o material, en la que el testador, pese a que hace mención en el testamento de la persona en quien concurre la especial protección, si bien no le atribuye expresamente esa condición; luego la excluye al asignar el destino que tendrán los bienes y derechos que conforman su herencia, no reservándole la mitad de la misma que nuestra legislación sustantiva civil le destina forzosamente como legítima; pues acto seguido a esa simple mención nombra como único y universal heredero a un tercero, lo que ocasiona indefectiblemente la nulidad de la institución de heredero como terminantemente establece el artículo cuatrocientos noventa y cinco, inciso primero, del Código Civil; a diferencia de la llamada omisión formal, donde *a contrario sensu* el testador, a pesar de no reconocer expresamente la condición de su legitimario, sin embargo le reserva la porción de legítima que le corresponde; de todo lo cual deriva la inconsistencia del aludido motivo, pues no puede sostenerse con éxito la tesis de que por la sola mención de la existencia de un hijo que depende económicamente del testador ya le viene reservada la mitad de legítima y el heredero universal sólo lo es de la mitad restante, interpretación extensiva improcedente, pues el heredero especialmente protegido no sólo requiere de su reconocimiento como tal por el testador, sino además de asignación patrimonial concreta que satisfaga su legítima» y a la cuota que les corresponde a ellos, legítima. Así, Sentencia N.º 314 de 12 de mayo del 2005, de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en su Primer Considerando, de la cual fue ponente el mismo juez, a cuyo tenor se dice: «... aunque el legatario adquiere la condición de propietario del bien legado desde la muerte del causante, los legados han de reducirse en lo necesario para satisfacer la integridad de la legítima que la ley reserva a los herederos especialmente protegidos, de haberlos, o las deudas a satisfacer por el caudal relicto frente a otros posibles acreedores hereditarios con prelación en su crédito (...)».

(9) Vid. «¿Reforma del Derecho de...?», cit.

(10) DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús, «Propuesta de conclusiones», *principal*, Sucesiones: Política del Derecho, *document.php?id=159*, consultado el 28 de mayo de 2007, p. 1.

y cualitativamente superior, de modo que haya más cobertura para la autonomía de la voluntad del disponente por causa de muerte. Posibilidad que a su juicio logra el Proyecto de Código Civil argentino de 1998, en el que: «La antinomia libertad y solidaridad también se vislumbra en el ámbito del Derecho de Sucesiones, donde el juego es tripartito porque en aras de la libertad se amplía la cuota de libre disposición de bienes para después de la muerte, en pro de la solidaridad familiar se mantiene el sistema de legítimas pero teniendo en cuenta la tuición de los más débiles se permite la constitución de fideicomiso testamentario aun en vulneración de la legítima, cuando este es constituido a favor de menores e incapaces»⁽¹¹⁾.

El fideicomiso testamentario en un régimen de legítimas fuertes como el actualmente vigente en Argentina

«... es de escasa utilidad por cuanto solo se puede constituir en la limitadísima cuota de libre disposición, esto priva de eficacia al instituto como manera de protección de los incapaces.

«El sistema actual deja sin solución a los padres de hijos incapaces, quienes tienen una preocupación constante, en determinar quién se va a ocupar de ellos después de la muerte de los progenitores, y fundamentalmente quién se va a ocupar de cubrir sus necesidades y administrar sus bienes, funciones que abnegadamente durante la vida desempeñan los padres. La *ausencia de posibilidad efectiva* de mejorar la situación del hijo que más lo necesita cuando existen otros herederos forzosos, lleva las más de las veces a realizar actos en fraude a la ley o en otros casos produce la imposibilidad de dar soluciones solidarias a los incapaces.

Para estos supuestos es útil el instituto del fideicomiso testamentario ya que sirve como herramienta eficaz para la tuición de los más débiles. Pero si sólo se puede constituir un fideicomiso testamentario en la cuota de libre disposición (y ésta es muy baja) tal herramienta se torna ineficaz, por ello la legislación proyectada propone que en el caso de existir incapaces sean válidos los fideicomisos testamentarios a su favor aunque violenten la legítima de otros herederos forzosos hasta que cese la incapacidad»⁽¹²⁾.

Otros ordenamientos jurídicos como el cubano han reconocido una legítima calificada en el orden sustantivo, a partir de la exigencia en los «herederos» especialmente protegidos de tres requerimientos: vínculo parental en el orden de los descendientes o

(11) En efecto, el Proyecto de Reforma del Código Civil de 1998 reglamenta expresamente el Fideicomiso, en los artículos 1452 a 1485 del Libro Cuarto «De los Derechos Personales», título III, de los «Contratos en particular», Capítulo XXII «Fideicomiso» y dedica su sección octava al «fideicomiso testamentario», además alude expresamente al fideicomiso testamentario al referirse a la legítima sucesoria en el Libro Sexto, «De la transmisión de derechos por causa de muerte», Título IX, «De la porción legítima». *Vid.* MEDINA, Graciela y MADERNA ETCHEGARAY, Horacio, «El fideicomiso testamentario en el Proyecto de Código Civil 1999 y en las XVII Jornadas Nacionales. Su relación con la legítima y la protección de incapaces y de los concebidos dentro y fuera del seno materno», pp. 1-2.

Las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en el año 1999 en la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé, la Comisión N.º 6 destinada al Derecho de Sucesiones trató el tema del fideicomiso testamentario, recomendando su carácter de excepción frente al régimen legitimario y el principio de orden público de la inviolabilidad de las legítimas, en el supuesto de que dicho fideicomiso tuviera por finalidad la protección de los legitimarios incapaces y menores.

(12) *Ibidem*, p. 8.

de los ascendientes o vínculo conyugal, dependencia económica respecto del causante e inaptitud para trabajar. Requisitos que han sido esculpidos a través del sentido jurisprudencial a ellos atribuidos, y en el que a pesar de cierto emparentamiento con las personas con discapacidad, a muy lamentar nuestro, las dimensiones que el legislador cubano le da a los «herederos» especialmente protegidos no coincide en todos sus ángulos con el de las personas con discapacidad, si bien sería atinado un acercamiento, al menos vía jurisprudencial, en este orden.

2. Los «herederos» especialmente protegidos y las personas con discapacidad: ¿Círculos concéntricos o secantes?

La figura de los «herederos» especialmente protegidos, fue sin duda uno de los giros más sintomáticos que dio el legislador del Código Civil cubano de 1987⁽¹³⁾. He dicho y reitero en esta oportunidad, que el verdadero giro fue más en el *nomen iuris* que en su contenido. A fin de cuentas, tan forzoso, si quisiéramos emplear la terminología del legislador del Código Civil español, cuerpo legal antecedente del actual, es el previsto en el abrogado Código, como el reconocido por el actual, no está en su forzosidad la diferencia, sino en los presupuestos exigidos *ex lege* para arroparse de la condición. El legitimario cubano, a diferencia de su predecesor, es un legitimario condicionado, condición impuesta, a modo de presupuesto legal, lo que ha sido incluso reafirmado por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo que en su Sentencia N.º 75 de 31 de marzo del 2009, segundo Considerando. (ponente Díaz Tenreiro) ha dejado dicho que «... el instituto de los herederos especialmente protegidos que regula el artículo cuatrocientos noventa y tres del Código Civil destaca entre sus rasgos distintivos, entre otros que: son establecidos legalmente, requieren de la existencia de un vínculo parental o marital con el causante, y en el caso del primero se limita exclusivamente a los hijos y, premuertos éstos, al resto de los descendientes, así como a los ascendientes, se demanda además la dependencia económica del causante y la no aptitud para trabajar, —lo que le incorpora cierto carácter transitorio—, de tal suerte que esta especial protección no existe por el solo hecho del nacimiento ni por la formalización o reconocimiento judicial del matrimonio, o sea no es suficiente el vínculo parental o marital, es indispensable el cumplimiento de dos requisitos o requerimientos legales a saber: la no aptitud para trabajar y la dependencia económica con el causante», tríada de requerimientos que se impone como valladar inexpugnable por quien pretenda obtener un reconocimiento judicial favorable de esta condición⁽¹⁴⁾.

(13) Tal es así que en la presentación del Código Civil se llega a decir: «el nuevo Código (...) en el ámbito del Derecho hereditario, establece la libertad de testar, que solo se ve limitada a la mitad de la herencia cuando existen herederos especialmente protegidos que hayan estado al amparo del testador», resaltándose como uno de los giros copernicanos del nuevo texto legal. Realmente no es tan así, pero sin hesitación alguna, supone una nueva dimensión de las legítimas. Dimensión que ha sido luego desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia. A mi juicio, mucho más que lo pudo dar el legislador.

(14) Según ha dicho la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en su Sentencia N.º 484 de 31 de julio del 2003, en su segundo Considerando (ponente Acosta Ricart): «... debe entenderse que la novedosa institución del heredero especialmente protegido que tutela nuestro Código Civil (...) requiere la concurrencia simultánea e inequívoca de los tres requisitos exigidos, en este caso, ser cónyuge sobreviviente del causante, no estar apto para trabajar y dependencia económica del testador, debiéndose abundar en el sentido que la omisión de uno solo de los mencionados, hace inaplicable el precepto (...)».

No tengo la menor duda que la figura tiene como propósito la protección de las personas vulnerables y dependientes económicamente del causante, aquellas que tras su fallecimiento necesitan una cobertura de sus más apremiantes necesidades pues *per se* no las pueden asumir, entre las cuales cabría incluir a las personas con discapacidad, que por el grado de ésta, les resulta imposible una integración en el ámbito del mercado laboral, que le permita obtener las fuentes de ingresos con las cuales enfrentar los retos de la vida. Empero, me he preguntado y sigo preguntándome si tal y como está concebido en el Derecho sucesorio cubano, los sujetos que pueden gozar de la especial protección, como legitimarios, coinciden con las personas con discapacidad. En principio, el tener una discapacidad, no es sinónimo de ser una persona vulnerable, ni dependiente económicamente. Hay variadas discapacidades físicas, intelectuales, mentales, sensoriales, que no hacen a la persona económicamente vulnerable, premisa para arroparse con esta especial condición en materia de legítimas. No puede tampoco obviarse que las normas sobre legítimas son excepción y nunca regla en el ordenamiento jurídico cubano, pues «deviene ante todo limitación al soberano derecho de testar libremente, de donde sólo por causas especiales y fehacientemente demostradas puede someterse a cuestionamiento el libre ejercicio de la facultad de una persona de disponer libremente sobre sus bienes para después de su muerte» (Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, Sentencia N.º 484 de 31 de julio del 2003, segundo Considerando, ponente Acosta Ricart). No es lo común que las personas cumplan los requisitos del artículo 493 del Código Civil cubano. El Derecho cubano transitó de un sistema de legítima meramente parental, en que la condición se adquiere por la filiación, con derecho el cónyuge sobreviviente a la cuota viudal usufructuaria, a un sistema de legítima asistencial, el que no deja de sustentarse en el parentesco o en el matrimonio, pero en el cual estos requerimientos no son suficientes, resultando indispensable la prueba de los otros dos presupuestos que el legislador impone en el artículo 493.1 del Código Civil. De ese modo, cabría argüir que no toda persona con discapacidad tiene la condición de especial protección, para ostentarla, la discapacidad tiene que estar asociada a una situación de vulnerabilidad o dependencia económica al momento del deceso del causante, momento que ha sido tenido en cuenta jurisprudencialmente para reconocer la condición de legitimario de quien reclame tal cualidad⁽¹⁵⁾. Ello me parece lógico, precisamente en aras del principio de igualdad, la discapacidad de una persona por sí sola no supone una especial protección en materia sucesoria, no hay razón para ello. Lo que sí resultaría injusto es que se apliquen *ad pedem literæ* las normas sucesorias por los jueces, cuando se trata de personas con discapacidad que al momento del deceso del titular del patrimonio se encontraban vinculadas laboralmente, en empleos con cierta remuneración, pero no suficiente para enfrentar todas sus necesidades, incrementadas estas incluso por razón de su discapacidad.

(15) Así lo ha dicho y reiterado la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo: «(...) la condición de heredero especialmente protegido que establece el artículo cuatrocientos noventa y tres del Código Civil es exclusiva de la sucesión testada, de naturaleza estrictamente personal, intransferible e intransmisible por concepto de herencia (...) **apreciable al momento de la muerte del causante** y no del otorgamiento del testamento (...)», Sentencia No. 180 de 15 de marzo del 2005, segundo Considerando (ponente González García); «(...) (Al) haber quedado justificado que el causante **al momento de su deceso** contaba con descendencia en minoría de edad y por ende beneficiarios de la condición de herederos especialmente protegidos (...)», Sentencia N.º 872 de 29 de diciembre del 2006, segundo Considerando (ponente Arredondo Suárez).

3. Dimensión objetiva de su regulación

Reconoce el Derecho cubano (artículo 493.1 del Código Civil) que uno de los presupuestos para adquirir la condición de legitimario, este de naturaleza objetiva, es la *dependencia económica* respecto del causante de la sucesión. Esta representa la sujeción monetaria de una persona respecto de otra, en este caso específico, en relación con el causante de la sucesión. Implica un estado de déficit económico, motivo por el cual el sujeto dependiente requiere del sujeto que le brinde apoyo económico. En fin, como ha dicho el Alto Foro «la dependencia económica representa la sujeción monetaria de una persona respecto a otra, en este caso en relación con el causante de la sucesión (...)» (Sentencia N.º 75 de 31 de marzo del 2009. Segundo Considerando. Ponente Díaz Tenreiro), razón por la cual la condición de especial protección no viene de la mano necesariamente de la situación de discapacidad del pretense legitimario. No todo es especialmente protegido en un sujeto con discapacidad, de la misma manera que la discapacidad no conlleva necesariamente a la especial protección. En todo caso nos encontramos frente a círculos secantes, no concéntricos, así, *v. gr.*, pudiera darse el supuesto de que un sujeto aun recibiendo una pensión monetaria por concepto de jubilación a cargo de la Seguridad Social dependa económicamente, por ejemplo, de un hijo que es quien en realidad constituye su soporte pecuniario. El que se devengue tal pensión no debe ser razón suficiente para que se pierda la condición de legitimario. No se trata de una mera ecuación matemática, sino de una fórmula jurídica, de indudable alcance social.

Como la experiencia de la vida lo ha demostrado, su apreciación en sede judicial ha sido casuística, dependiendo, en gran medida, del éxito de la fase probatoria del proceso.

El tema resulta hartamente polémico pues no es posible fijar un baremo o cuantía mínima para determinar si un sujeto se encuentra comprendido o no bajo las circunstancias de la especial protección. La fórmula legislativa resulta un concepto válvula, que deja el legislador en manos de los jueces para que éstos lo apliquen *ad hoc*.

En el caso conocido y fallado por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo por Sentencia N.º 988 de 1 de octubre de 2001, el Alto Foro confirmó la sentencia de instancia en un asunto en que se aludía por el recurrente que el tribunal de instancia para apreciar los requisitos de la especial protección había tenido en cuenta la declaración que efectuara la Comisión de peritaje en fecha 13 de junio del 2000 de invalidez total para trabajar, siendo tal extremo —a su juicio— improcedente por haberse otorgado el testamento en fecha 4 de noviembre de 1999. Aun cuando en esa fecha (ya desde 1998) el hijo del causante, a la postre, especialmente protegido, recibía una pensión por la Asistencia Social de 47.00 pesos, lo que califica el recurrente como signo de certeza de la no dependencia económica respecto de su padre, al constituir dicha suma su sostén propio y, en consecuencia, no darse el segundo requisito de la especial protección, o sea, la dependencia económica respecto del causante de la sucesión. Ante ello, dispone la Sala que la sentencia dictada por el tribunal *a quo* es ajustada a Derecho porque «(...) el actor del proceso por ser soltero, incapacitado y depender económicamente de su progenitor posee la condición de heredero especialmente protegido y al ser preterido al otorgarse el testamento que se impugna vicia de nulidad la institución de heredero que éste contiene, sin que sea válido el argumento de que no existía tal dependencia dada la prestación económica que recibía del órgano de asistencia social, pues precisamente la aludida prestación corrobora la carencia de medios propios del demandante que dependía de su progenitor como se ratifica del resto

del material probatorio que consta de las actuaciones y aún con la mentada ayuda, dada su exigüidad, mantuvo obviamente tal dependencia por lo que al ocurrir el deceso de éste le fue concedida pensión por causa de muerte».

Tampoco resulta necesaria la convivencia con el causante⁽¹⁶⁾. Se puede depender económicamente de una persona con la cual no se convive. Incluso podría darse dependencia económica percibiendo una jubilación, cuando en el orden probatorio quede acreditado que el sostén ineludible del sujeto lo era el pariente o cónyuge fallecido. Las circunstancias importan y mucho en la determinación de tal condición o cualidad, por lo que resultará vital, en caso de litis, el manejo que de los medios probatorios hagan las partes a través de sus abogados.

Algo más que en este sentido merece aclarar es que necesariamente no se es especialmente protegido respecto de una persona, puede quedar demostrado que más de una persona constituyan el soporte patrimonial del sujeto *supérstite*. No hay, ni puede existir, en este orden reglas preestablecidas. El ejemplo más palpable lo es el de los menores hijos que serán especialmente protegidos en relación con ambos progenitores, aunque uno de ellos no conviva con él, incluso cuando al padre le haya sido privado de la patria potestad, porque en tal caso, según proceda, se determinará, entre otros extremos, lo concerniente a la obligación de dar alimentos por el padre privado del ejercicio de la patria potestad a favor de su hijo (*vid.* artículo 97, párrafo primero, del Código de Familia). Reclamase o no alimentos a los padres por los menores hijos, el deber jurídico de atenderles y alimentarles está latente.

Tampoco ha sido fijado ni determinado al estilo del ordenamiento ruso, un término necesario para fijar la dependencia económica, como en los casos del reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada, queda, por tanto, al discreto y prudente arbitrio judicial su determinación.

A) *La dependencia económica respecto del causante y la inaptitud para trabajar: en pos de una relectura de la norma más allá de su exégesis. Los valores que la figura evoca*

La no aptitud para trabajar implica la imposibilidad física o psíquica de un sujeto para realizar por sí mismo una labor productiva que le permita vender su fuerza de trabajo y recibir a cambio una remuneración con la que pueda obtener los recursos mínimos monetarios para emprender una vida económica con la solvencia necesaria. Bajo este requisito se incluyen los menores de edad⁽¹⁷⁾, y los ancianos con impedimentos físicos y/o mentales,

(16) Aunque en algunos casos ha sido un elemento a tener en cuenta por el juzgador para apreciar la concurrencia de la dependencia económica respecto del causante, de manera que su omisión ha sido valorada como causal de inexistencia de la especial protección pretendida. Así se ha pronunciado la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en Sentencia N.º 387 de 30 de junio del 2003 en la que dispone que «(...) la prueba documental que acusa la recurrente como dejada de apreciar por la Sala de instancia, lo ha sido de conformidad con su específico resultado, la que por sí sola no acredita que dependiera económicamente del causante, porque tal y como acotó la sentencia interpelada si bien la pensión que recibe de la seguridad social por su condición de viuda del causante e incapacitada para laborar, quedó fehacientemente demostrado que vivió separada del mismo por muchos años, residiendo con una hija quien se ocupaba de su sostén, por esta razón resulta evidente la falta de virtualidad jurídica de la aludida prueba para determinar un pronunciamiento distinto del fallo (...)», razón por la que la Sala declaró SIN LUGAR el recurso interpuesto.

(17) Con la particularidad de que en Cuba la mayoría de edad se adquiere a los 18 años cumplidos [*vid.* artículo 29.1.a) del *Código Civil*], pero ya a los 17 se dispone de capacidad para concertar contratos de trabajo, siendo excepcional la posibilidad de que los adolescentes de 15 y 16 años de edad puedan concertar tales contratos.

sin pensión por jubilación a cargo de la Seguridad Social, y cualquier otra persona con discapacidad que el grado de ésta le impida su integración social, entendido en el plano laboral como la imposibilidad de obtener los frutos de su trabajo.

En mi experiencia como notario he tenido que responder a innumerables consultas de personas preocupadas por el destino de sus hijos que tienen cierta discapacidad, que en modo alguno les ha impedido realizar una vida socialmente útil, si bien sus posibilidades de actuación en el mercado laboral han sido más bien limitadas, a quienes he aconsejado que la vía del testamento es la más segura para garantizarles beneficios en el orden patrimonial, pues según el dictado literal de la norma, no se clasificarían dentro del concepto de legitimarios, amén de que la figura de la legítima es ajena a la sucesión *ab intestato* en el Derecho cubano.

Mi preocupación está dada por el rasero, en ocasiones demasiado rígido, con el que se mide la condición de legitimario en el Derecho cubano. Los requisitos establecidos *ex lege* deben ser interpretados a tono con el momento en que se aplica la norma. La inaptitud para el trabajo no puede ser un concepto limitado a las potencialidades del individuo para enfrentar una vida laboralmente útil. De este modo, en la medida en que las normas en el Derecho Laboral hacen dúctil la integración de la persona con discapacidad, con una política de empleo que les permita, primero el adiestramiento laboral y luego el ambiente propicio, conforme con la discapacidad que se tenga, en clave sucesoria quedarían esfumadas las expectativas que en este orden se pudieran tener. Hay que actuar con prudencia y razón, de tal manera que la sola discapacidad de un individuo no se erija en una barrera infranqueable a la libertad de testar, pero tampoco que la especial protección, *ergo*, la condición de legitimario, se haga descansar con exclusividad en la imposibilidad del individuo de su autosostenimiento, sin más miramientos que sus circunstancias temporales al momento del deceso del autor de la sucesión.

Con esa filosofía hay que entender, interpretar y aplicar la figura de los especialmente protegidos. No creo que la sola declaración de discapacidad sea motivo suficiente para limitar la libertad de testar de una persona. Si eso fuera así, no se sustentaría la figura en la necesidad económica y dependencia del beneficiario con respecto del causante y sí tan solo en la propia existencia de la discapacidad. No obstante, hay que juzgar con prudencia cada caso en particular, pues podría darse el supuesto de que una persona con un alto grado de minusvalía, incorporada a cierta labor, aún tuviera dependencia económica respecto del causante, de modo que la aptitud para trabajar habría que atemperarla en su interpretación, pues el hecho de incorporarse de modo voluntario a un empleo en estas circunstancias, no supone que objetivamente no estemos frente a una persona «inapta para trabajar». De *lege ferenda* sería propicio que el legislador precisara la situación de las personas con discapacidad frente a la especial protección que debieran merecer en sede de legítimas hereditarias. Hoy por hoy, de cara a nuestra realidad, le compete al juzgador determinar si, conforme con el material probatorio aportado en el proceso, merece tal condición o no. En aras de una aplicación uniforme y homogénea del Derecho, lo más oportuno sería, sin duda, un pronunciamiento normativo. Abogo porque así sea, mientras tanto, competirá a los jueces actuar con el sentido común, buscando una protección de la persona con discapacidad, cuando las circunstancias del sujeto así lo ameriten. No se olvide que nuestra legítima asistencial no solo incluye a las personas con discapacidad

sino también a las personas dependientes y vulnerables económicamente. Tampoco creo que la pensión por seguridad social que reciba este sector nada desdeñable de nuestra población, se convierta, en todo caso, en un impedimento que limite la adquisición de la cualidad de legitimario. Por fortuna, nuestro legislador no estableció baremo alguno para determinar cuándo una persona se clasifica entre los sujetos con especial protección legitimaria. No hay cálculos matemáticos, ni actuariales que lleguen en nuestro auxilio. La figura de la especial protección que conlleva el establecimiento de una legítima asistencial, que tampoco se traduce en dinero o signo que lo represente, y que por ello no deja de ser, atendiendo al contenido de su derecho, una legítima *pars bonorum* se sustenta en juicios de valor que debe hacer el juez en pos de su apreciación.

Las normas jurídico sucesorias tienen un componente axiológico innegable, otra cosa no puede decirse de ancestrales figuras como la desheredación, la indignidad, el perdón al indigno, o incluso el testamento, cuyo contenido refleja en muchos casos una expresión no solo de la personalidad de su autor, sino también la reflexión más importante que hace este en su paso por la vida, la «recompensa» por los favores y por las actitudes a quienes fueron fieles al testador y el «castigo» a los ingratos. Por eso, incluso el más perfecto de los testamentos suele venir acompañado de algún despecho o rencor de alguien que se creó falsas expectativas sucesorias.

En otro orden, el Derecho no puede convalidar actitudes mezquinas, ni egoístas. La solidaridad es un megaprincipio, informador de todo el Derecho Civil, el que encuentra una expresión concreta en la figura de los «herederos» especialmente protegidos. El *animus legislatoris* volcado en la norma legal fomenta este principio, en el que la protección a las personas con discapacidad tiene un perfecto encuadre. Como expone el maestro CIURO CALDANI, la sucesión participa de una complejidad axiológica, en el que los valores de la utilidad y el amor juegan un papel fundamental. «Si bien toda ella se refiere a la justicia y tiene importantes despliegues de amor y utilidad, la sucesión testamentaria, la *ab intestato* y la legítima poseen distintos sentidos de utilidad. La sucesión testamentaria deja más espacio al amor y la utilidad como los entienda el testador; en la sucesión legítima imperan los criterios de amor y utilidad que establece el legislador»⁽¹⁸⁾. Precisamente a esos criterios me refiero en ocasión de hacer un nuevo pase de revista al estudio de la legítima asistencial de nuestro ordenamiento jurídico sucesorio. El criterio de utilidad y el valor solidaridad deben ser criterios de continua aplicación por los jueces en supuestos de reclamación de la cualidad de legitimarios cuando de personas con discapacidad en grado tal que no logren *per se* un autosostén económico, se trate.

4. La expansión de la dimensión subjetiva

En esta visión no solo prospectiva, sino también realista y actual de nuestro Derecho sucesorio, de cara además a la necesaria respuesta que ha de dar nuestro Derecho interno a la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, cabría preguntarnos en qué

(18) Vid. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, «Aportes integrativistas al Derecho de Sucesiones (La sucesión como hora de la verdad de la persona física)», en *Investigación y Docencia*, N.º 40, disponible en: www.centrodefilosofia.org.ar, p. 29, consultado el 4 de abril del 2010.

orden se han de proyectar las medidas a tomar por los Estados Partes, para garantizar a las personas con discapacidad la posibilidad de ser causahabientes, en igualdad de condiciones con los demás. No cabe duda que tener una capacidad diferente, no hace distingo en un plano de igualdad formal y material de los ciudadanos ante la ley, como principio general. La discapacidad de una persona no es razón alguna que justifique la cercenación de su derecho a heredar, en todo caso, sí que es motivo para una especial tutela en este orden, en el que las legítimas pueden desempeñar una función social que en el presente no suele ser reconocida. Se trata de un reverdecir de una institución clásica en sede sucesoria, que con el decursar de los años se ha convertido en una mera cortapisa a la libertad de testar que no siempre se justifica en las claves de estos tiempos.

Tal y como se ha venido estudiando el tema en la doctrina patria, pudiera pensarse, de *iure condendo*, en la necesidad de expandir la dimensión subjetiva de la figura, de modo que el valor utilidad se haga sentir con la realidad que impone la vida, a la cual necesita acompañar el Derecho⁽¹⁹⁾.

A) *Descendientes con discapacidad: ¿Necesaria prelación?*

El Derecho sucesorio cubano hace descansar la condición de legitimario de los descendientes de segundo grado en adelante, en la inexistencia de descendientes de primer grado. A diferencia de los ascendientes que pueden concurrir unos y otros a la sucesión, si reúnen los requisitos establecidos *ex lege*, los descendientes están supeditados a una sorprendente prelación legal. ¿Cómo es posible entonces que un nieto, que dependa económicamente del abuelo y no esté apto para trabajar, adquiera la condición de legitimario respecto de su abuelo, sólo en el supuesto de que su progenitor haya fallecido antes? Sobre este particular ya me he pronunciado en otras ocasiones⁽²⁰⁾. Es un absurdo que el nieto con discapacidad que requiera la especial protección en sede sucesoria, adquiera la cualidad de legitimario bajo la *conditio iuris* de que su progenitor haya fallecido antes. No es tan excepcional que un abuelo sea el sostén económico de una hija y de una nieta, por citar un ejemplo, en que ambas sean a su vez personas dependientes. No se olvide tampoco que hay ciertas discapacidades que tienen un fuerte componente genético. El legislador tomó como referencia un orden prelatorio inconcebible con la *ratio* de la institución. En una legítima asistencial, tal prelación no se concibe.

B) *Ancianidad, discapacidad y condición de heredero. El orden de los ascendientes*

Ni qué decir de los cambios demográficos por los que atraviesa Cuba. Según información de la Oficina Nacional de Estadísticas de Cuba, en el año 2007, el crecimiento poblacional del país es bajo, de un -0,2%, lo cual se debe, entre otras razones a un bajo nivel de fecundidad, el número de hijos por mujer es de 1,43, y el número de hijas por mujeres es de 0,69,

(19) Vid. PÉREZ GALLARDO, L.B., «El Derecho de Sucesiones en cifras. Recuentos y pronósticos», en *El Derecho de Sucesiones en Iberoamérica. Tensiones y retos*, bajo mi coordinación, Temis, Ubijus, Reus, Zavalia, Bogotá, México D.F., Madrid, Buenos Aires, 2010, pp. 357-368.

(20) Vid. PÉREZ GALLARDO, L.B., «Los herederos especialmente protegidos...», en *Derecho de Sucesiones*, II, pp. 182-184.

a lo cual se une un saldo migratorio externo de -32 811 al finalizar el año 2007. La pirámide o histograma de población de Cuba⁽²¹⁾, país tercermundista, es bastante peculiar, pues aun cuando su forma habitual es la de un triángulo, lo cual se explica en tanto no todas las personas que integran un determinado grupo de edad pasarán a integrar el escalón siguiente debido a la muerte de algunos de sus integrantes, además del fenómeno migratorio, las guerras, los desastres naturales, etc., camino como vamos en nuestro país, para el año 2025 se perdería incluso la forma de pirámide, pues la cima tiende a ser tan ancha, que en unos años se distorsionaría el sentido geométrico de la figura (*vid.* gráfico 3 del Anexo I). Para el año 2025, uno de cada cuatro cubanos tendrá más de 60 años, en tanto que en el 2007, el 16,6% de nuestra población pertenecía a la llamada tercera edad, con cierta tendencia mayoritaria de la población femenina de esa edad. De 1985 al 2007 la población de la tercera edad ha aumentado en más de un 5% (*vid.* gráfico 1 del Anexo I). Ello es expresión de que para los años que se avecinan, a pesar de la esperanza de vida que ha aumentado considerablemente en los últimos tiempos, no será nada desdeñable el número de fallecimientos ante una población bastante anciana.

Este envejecimiento poblacional trae de la mano una sensible reducción del número de personas en edades comprendidas entre los 0 y los 14 años, motivo por el cual se estrecha y se estrechará aún más hacia el año 2025 la base del histograma poblacional, por lo que ya se ha tenido que aprobar una nueva Ley de Seguridad Social (Ley N.º 105/2008, de 27 de diciembre) que amplía la edad para la jubilación a 60 años a las mujeres y 65 años a los hombres. En tanto, como ya había expresado, la esperanza de vida al nacer en el período 2005-2007 para ambos sexos era de 77,97 años, la cual se espera aumente en los próximos años. Igualmente llama la atención lo que se ha dado en llamar esperanza de vida geriátrica, esto es, la esperanza de vida que tienen las personas cuando arriban a los 60 años, que en el caso de Cuba asciende a 20,8 años para los hombres, lo que equivale a 80,8 años de vida y a 23,4 para las mujeres, lo cual supone 83,4 años de vida, de lo que se colige una sobremortalidad femenina. Ahora, estos datos que nos brindan la demografía y las estadísticas nos deben hacer reflexionar a los juristas. Este proceso de envejecimiento poblacional severo, razón por la cual Cuba va llegando a la última fase de la transición demográfica, unido a la tendencia hacia la longevidad, amén de la reformulación a la que estamos avocados con el Anteproyecto de Código de Familia, tendiente a reforzar las instituciones de asistencia, apoyo y protección de menores e incapacitados judicialmente y de normas *ad hoc* sobre la protección del adulto mayor, el Derecho de Sucesiones también tiene que adaptar sus instituciones a la nueva dinámica poblacional.

No se trata con exclusividad de reformular la norma legal en este orden (regulación de la legítima), sino de que los operadores del Derecho en una interpretación favorable a los ancianos, apliquen e interpreten conforme con los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico y los reconocidos en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, las normas en materia sucesoria, sobre todo la contenida en el artículo

(21) Muestra gráficamente la composición de la población por sexo y edades. El sexo masculino figura a la izquierda, y el femenino a la derecha. Para cada edad o grupo de edad hay rectángulos que son proporcionales a los montos reales de la población. De modo que a cada edad o grupo de edad, según sexo, le corresponde un rectángulo tanto más largo, cuanto más importante sea el efectivo. Atendiendo a la composición por sexo y edad el histograma poblacional cubano hacia el año 2025 se caracterizará conforme con su perfil, de población constrictiva.

493 del vigente Código Civil. Con una lectura jurídico-sucesoria al histograma poblacional cubano del año 2025 y con una visión prospectiva del fenómeno, se podría avizorar una situación, si se quiere, poco natural o biológica, y es la concurrencia a la sucesión de aquellas personas que mueren a edades relativamente jóvenes (por accidentes laborales o del tránsito, hechos delictivos o catástrofes naturales), de sus progenitores, llamados a la sucesión según el segundo orden de prelación hereditaria (*vid.* artículo 515 del Código Civil), en defecto de hijos, lo cual en la realidad cubana no va siendo tan excepcional, por varias razones, primero por la baja tasa de fecundidad y segundo por la emigración de la población joven, con la consecuencia que en sede sucesoria regula el artículo 470 del Código Civil, o sea, si la condición por la cual se emigra, no lleva a la concesión del permiso de residencia en el extranjero (por contrato de trabajo o por matrimonio), se le incapacita para suceder, luego entonces, no resultará excepcional que la sucesión se tramite a favor de los padres del causante y del cónyuge *supérstite*.

Esta tendencia a la longevidad también nos debe hacer pensar si debería ofrecérsele a los abuelos, dependientes económicamente del causante e inaptos para trabajar, concurrentes conjuntamente con su hijo o hija, a la sazón padre o madre del causante, el trato preferente que el legislador del Código Civil le ofrece a los padres con especial protección (*vid.* artículo 516), esto es, de participar en calidad de concurrente con los hijos y demás descendientes en el primer llamado sucesorio. La situación, a mi juicio, se torna más interesante en la sucesión *ab intestato*. Tal y como acontece en la actualidad, la protección que ofrece el legislador cubano a favor de los padres con especial protección es a medias, pues aun cuando tal condición les permite concurrir a la sucesión, en modo alguno se le atribuye una cuota ascendente a la mitad del patrimonio hereditario, como acontece en sede de sucesión testamentaria, en la que las legítimas actúan como cortapisas a la libertad de testar. Esta asimetría del sistema sucesorio cubano, que ya he criticado⁽²²⁾, se hará más aguda. La tendencia demográfica en Cuba nos pone luz roja sobre la protección a los ascendientes en materia sucesoria. La posible concurrencia de padres y abuelos en la sucesión *ab intestato*, hace, a mi juicio, impropia la escisión que crea el legislador de los ascendientes privilegiados (titulares del segundo llamado), de los ascendientes ordinarios (titulares del cuarto llamado, en defecto de cónyuge *supérstite*), al menos resulta necesaria la inclusión de los abuelos o demás ascendientes que ostenten la condición de especial protección que preconiza el legislador y que hoy, inexplicablemente sólo se extiende a los padres. De este modo, el Derecho de Sucesiones del siglo XXI en Cuba debe procurar a todas luces ajustar sus normas a la tutela patrimonial de las personas de la tercera edad, una buena parte de ellas con determinadas discapacidades sensoriales, físico-motoras e incluso mentales. Por ello, nada más lógico que las normas sucesorias sigan una misma dirección y opere un acercamiento de las reguladoras de la sucesión testamentaria a las de la *ab intestato*, de tal modo que la presencia de ascendientes con especial protección conlleve a la atribución de la mitad del patrimonio hereditario a su favor, distribuyéndose ésta a partes iguales entre los concurrentes con esta condición. No es suficiente con que se les atribuya prelación

(22) *Vid.* PÉREZ GALLARDO, L.B., «Los herederos especialmente protegidos, la nueva visión de los herederos legitimarios en el Código Civil cubano: Algunos interrogantes al respecto», en *Revista de Derecho Privado*, abril 1997, pp. 270-292, y de mi propia autoría «Los herederos especialmente protegidos...» en *Derecho de Sucesiones*, II, cit., pp. 169-238.

sucesoria como hasta ahora, no basta el *nomen*, es necesario en su caso, la *assignatio*, si queremos estar a tono con el dictado del artículo 12 de la Convención, a cuyo tenor los Estados Partes han de tomar medidas garantistas del derecho de las personas con discapacidad a heredar bienes, diría en una proporción adecuada a sus necesidades sin menoscabo del derecho a la herencia a favor del resto de los herederos concurrentes.

C) *Hermanos con discapacidad: la necesidad de su protección. Valoraciones de iure condendo*

Como ha quedado reflejado en estas líneas, la institución de los «herederos» especialmente protegidos es un remedio importante del ordenamiento jurídico cubano en función de la tutela patrimonial a favor de las personas con discapacidad, los incapacitados judicialmente y los menores, pero aún no es suficiente. Los términos imprecisos empleados por el propio legislador, quien deja en manos de los operadores del Derecho su interpretación, no deja de ser un riesgo grave que estamos hoy asumiendo, aunque del sentido de la interpretación jurisprudencial del Alto Foro puede colegirse la intención de beneficiarles. Aun así cabríamos preguntarnos si la figura debiera reformularse, de modo tal que se ensanche su esfera de aplicación subjetiva, incluyendo a toda persona con discapacidad, siempre que la naturaleza de ésta lo aconsejare, y aun en el supuesto de que esa persona con discapacidad, con un determinado grado de minusvalía, se haya incorporado a un trabajo socialmente útil, de tal forma que en esas circunstancias ese empleo, que muchas veces puede resultar eventual y coincidente con el momento del fallecimiento del causante, no sea obstáculo alguno para que, dada su discapacidad, le sea atribuido parte del patrimonio de su causante. Si la respuesta es positiva, entonces se rompería con la noción incardinada por el Código Civil y ratificada por el Alto Foro cubano. Si bien es cierto que la figura en sede testamentaria, constituye una excepción y no una regla y con esa propia filosofía hay que entenderla, interpretarla y aplicarla, criterio que asumo con plenitud y, en consecuencia, la sola declaración de discapacidad no debe ser motivo suficiente para limitar la libertad de testar de una persona, pues si eso fuera así, no se sustentaría la figura en la necesidad económica y dependencia del beneficiario con respecto del causante y sí tan solo en la propia existencia de la discapacidad. Y si las personas con discapacidad en Cuba no son personas especiales, sino diferentes, si éstos están plenamente integrados a la sociedad y tienen los recursos económicos propios conforme con su discapacidad, aquellos que así lo tengan, no serán tributarios de la condición de especialmente protegidos, no hay razón entonces para limitar en estos casos la libertad de testar, si la discapacidad que dichos sujetos tienen no les impide obtener un sustento propio. No obstante, hay que juzgar con prudencia cada caso en particular. Podría darse el supuesto de que una persona con un cierto grado de minusvalía, incorporada a determinada labor, aún tuviera dependencia económica respecto del causante, de modo que la aptitud para trabajar habría que atemperarla en su interpretación, pues el hecho de incorporarse de modo voluntario a un empleo en estas circunstancias, no supone que objetivamente no estemos frente a una persona carente de aptitud para trabajar. De *lege ferenda*, sería propicio que el legislador precisara la situación de las personas con discapacidad frente a la especial protección que debieran merecer en sede de legítimas hereditarias. Hoy por hoy, de cara a nuestra realidad le compete al juzgador determinar si, conforme con el material probatorio aportado en el proceso, merece o no tal condición. En aras de una aplicación uniforme y homogénea del Derecho, lo más oportuno sería, sin duda, un pronun-

ciamiento normativo. Abogo porque así sea y porque incluso se haga extensiva la figura a favor de los hermanos con discapacidad, pues tras el fallecimiento de los padres, es lo lógico que los hermanos tengan que asumir la atención de aquel de ellos que por razón de su discapacidad no pueda incorporarse a un empleo, no obstante, el Código Civil no le contempla en el cuadro dispositivo de especialmente protegidos, de suerte que al fallecimiento de su hermano tendría que quedar bajo la protección de los hermanos sobrevivientes, si es que queda alguno vivo, o si los que queden deciden asistirlo. En todo caso podría reclamar alimentos al amparo del artículo 123.3 del Código de Familia, pero no la legítima, pues entre hermanos ésta no existe. Creo que las normas del Derecho de Familia y las del Sucesorio deben estar encaminadas a fortalecer los lazos familiares, y a exigir el comportamiento que por razón del parentesco debemos asumir y por tal motivo se necesita una estrecha comunicación entre ellas. No es el Estado quien debe asumir, con exclusividad, la protección patrimonial de las personas con discapacidad, sino, sobre todo, la familia, quien además debe procurar por el bienestar afectivo y físico de dichas personas y por mantener todo contacto con ellas, aun cuando estén internadas, procurando su restablecimiento⁽²³⁾. Las legítimas, con todo lo que hoy se aboga incluso por cierto sector de la doctrina por su supresión⁽²⁴⁾, lo que deben

(23) La última versión del Anteproyecto de Código de Familia (de 21 de mayo del 2008), incluye preceptos de hondo valor ético en este sentido, así según el artículo 264:

«Los ascendientes, descendientes y colaterales consanguíneos hasta el cuarto grado, de personas que presenten discapacidades físicas o psíquicas deben estimular y potenciar su desarrollo integral como seres humanos; y están en la obligación de garantizar la asistencia de éstos a los centros asistenciales y especializados correspondientes, con el objetivo de lograr su inserción social».

«Asimismo dichos familiares deben participar de este proceso, capacitándose ellos mismos adecuadamente con este fin».

En tanto, según el artículo 265:

«Las familias de las personas discapacitadas internadas en centros especializados, tienen el deber de mantener sistemáticamente la atención afectiva a sus familiares mientras dure el internamiento».

(24) En la doctrina española *vid.* CALATAYUD SIERRA, Adolfo, «Consideraciones acerca de la libertad de testar», en *Academia Sevillana del Notariado*, tomo IX, EDERSA, 1995, pp. 243-263. Este autor, en su sentida condición de notario, propone una absoluta abrogación absoluta de las legítimas (tanto material como formal) y de las reservas y, en sustitución de las primeras, el establecimiento del derecho de alimentos a cargo de la herencia y a favor de los descendientes del causante. Asimismo DE LA ESPERANZA RODRÍGUEZ, Pablo, «Perspectiva de la legítima. Notas para una posible revisión», en *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, volumen I, Consejo General del Notariado, 2002, pp. 1097-1116, quien con similar parecer, siguiendo los derroteros de CALATAYUD SIERRA, aboga por la supresión de las legítimas y en su lugar crear «un sistema de alimentos respecto de los hijos o nietos que, al fallecimiento del testador, estén en situación de pedirlos». GOMÁ LANZÓN, Ignacio, Tema 8 «Atribuciones legales (Legítimas, los derechos del cónyuge viudo y de las parejas, reservas)» Parte segunda. «Los derechos del cónyuge viudo», en *Instituciones de Derecho Privado*, Juan Francisco Delgado de Miguel (coordinador general), tomo V, *Sucesiones*, volumen 3.º, *Las atribuciones legales*, Martín Garrido Melero (coordinador), Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 934, con un tono algo más moderado, pero en esencia, con los mismos derroteros, expone que «el progresivo desarrollo del individualismo y de la libertad personal parecen exigir la *reducción o eliminación* de las legítimas en aquellas legislaciones en las que su existencia supone una verdadera traba para la libertad de testar que permita al causante adaptar su sucesión a las necesidades familiares». Asimismo, GARCÍA SÁNCHEZ, José Aristónico, *El Notario del siglo XXI*, Revista del Colegio Notarial de Madrid, N.º 24, marzo-abril 2009, pp. 78-80, aprovecha la ocasión para rematar una idea que en España ha fecundado en los despachos notariales, por ser precisamente los notarios, como expresa GOMÁ LANZÓN, quienes tienen un «conocimiento directo del pensamiento de los testadores». De modo que acusa a las legítimas de ser una institución anacrónica «cuya rigidez los avispados encuentran mil escapes para burlar y que, en cambio, para los ciudadanos de a pie que son los más, se convierten en obstáculos insuperables que les impiden conseguir el mejor *favor familiae*». No obstante, sus palabras finales se dirigen a la reorientación de las legítimas a los efectos de «asegurar la responsabilidad del testador respecto de los que lo necesiten y sólo en la cuantía en que lo necesiten».

es incardinarse por nuevos senderos⁽²⁵⁾, pero incluso sin perder su naturaleza de legítimas de freno, en atención a su aspecto funcional, y legítimas *pars bonorum*, conforme con su contenido, deviniendo eso sí, en legítimas asistenciales. El número de personas con discapacidad que los estudios multidisciplinarios realizados en Cuba reflejan (*vid.* anexo II), es un desafío social al cual el Derecho debe responder, informado del valor solidaridad y, en eso, la legítima juega un papel importante. El ensanchamiento del ámbito de aplicación subjetiva de la figura, más allá de la familia nuclear, no creo que pueda convertirse en un asidero de crítica, a fin de cuentas, tal y como está concebida en nuestro Derecho sucesorio, la legítima rebasa los límites de la familia nuclear y personas ajenas a ella pueden ser sus tributarios. Los abuelos, nietos y bisnietos, por citar algunos ejemplos, dan razón de ello. Es cierto que los hermanos se clasifican dentro de los colaterales ordinarios, pero la colateralidad no es sinónimo de lejanía parental, los hermanos en nuestro entorno y tradición suponen una cercanía afectiva y parental indudable, y la formación de nuestra propia familia nuclear no debe ser excusa para deshacernos de ellos, cuando por razón de su discapacidad, sobre todo intelectual, no han formado la de ellos. Si los valores amor y utilidad informan el sistema de legítimas, entonces no hay motivo para justificar banalmente una exclusión de los hermanos con discapacidad dentro del círculo de personas con derecho a la legítima, expandiéndose el ámbito de aplicación subjetiva de la figura. Esta valoración, de *iure condendo*, debe concebirse no sólo como una restricción a la libertad de testar, sino también hacerse extensivo su reconocimiento en la sucesión *ab intestato*, de modo que de existir algún legitimario, incluido los hermanos, en situación de dependencia o vulnerabilidad, sea atribuida a su favor la mitad del acervo hereditario, transmitido a la muerte de su titular.

(25) Por ese rumbo van los criterios en la propia España de CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «¿Derecho europeo de sucesiones? Un apunte», en *Derecho privado europeo*, bajo su coordinación, Colex, Madrid, 2003, pp. 1224-1225, quien en la búsqueda de criterios armonizadores del Derecho sucesorio europeo considera plausible a tal fin «La vinculación de la legítima a las necesidades reales de sus titulares y una mayor libertad de testar», lo cual garantizaría mejor la protección de la familia, por lo que si bien «no su eliminación radical, al menos su flexibilización puede conseguir este objetivo»; de VAQUER ALOY, Antoni, «Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima», en *Indret*, No. 3/2007, en *www.indret.com*, consultado el 18 de enero del 2009, p. 15, quien llega a afirmar que «... la opción más aconsejable parece la de optar por cuotas legitimarias fijas. La extensión de estas cuotas es una cuestión ciertamente difícil de determinar, en la que deben sopesarse diversas fuentes concurrentes, a saber: el peso de la libertad de testar, la realización de la solidaridad intergeneracional y, en particular, la posición del cónyuge sobreviviente en la sucesión», de COBAS COBIELLA, María Elena, «Hacia un nuevo enfoque de las legítimas», en *Revista de Derecho Patrimonial*, N.º 17, 2006, p. 63, quien aboga por una posición ecléctica, moderada, de modo que las legítimas cumplan su cometido de solidaridad a que están avocadas, pero enfilado hacia las personas que así lo requieran; en este sentido propone dos soluciones, una encaminada a la reducción de la cuota de legítima, con lo cual se amplía la cuota de libre disposición y con ello la libertad de testar, y la segunda «el establecimiento de determinados límites, los cuales serían obligatorios de presentarse determinadas circunstancias que siempre estarían en relación a personas discapacitadas, incapacitados y menores». Y también en esta dirección se pronuncia GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Pablo, «La legítima no es intocable», en *El Notario del siglo XXI*, Revista del Colegio Notarial de Madrid, N.º 24, marzo-abril 2009, pp. 92-93, quien a pesar de criticar duramente a las legítimas por convertirse «en cierta medida, en una especie de seguro del hijo a la herencia del padre, cualquiera que sea el comportamiento afectivo del hijo con su progenitor», beneficiando ello, a su juicio, al hijo apático e indolente, prefiriendo de cara una modificación del Derecho común español, una legítima formal, al estilo del sistema navarro, acepta la opción de una reducción de la legítima al cuarto del haber hereditario, debiendo suprimirse la legítima a favor de los ascendientes, en tanto que la mejora, de mantenerse, propone sea percibida como mitad de ese cuarto, solo por aquellos hijos y descendientes menores o que sufran alguna minusvalía física o psíquica. En relación con el cónyuge viudo, se afilia al criterio de la legislación gallega, o sea, «una atribución *ex lege* de la vivienda habitual familiar sin derecho a indemnización o de compensación a los hijos o herederos, o al menos al usufructo vitalicio de dicha vivienda».

III. POST SCRIPTUM

Estoy conteste con que las personas dependientes y vulnerables pueden encontrar en la figura de la legítima asistencial, regulada en el Código Civil cubano en sus artículos 492 y 493, el cauce idóneo para poder recibir por causa de muerte bienes con los cuales hacer frente a sus más apremiantes necesidades y paliar la situación económica en la que pueden quedar, tras el fallecimiento de la persona que en vida era su pivote patrimonial. Empero, si queremos estar a tono con el enunciado del artículo 12.5 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, es necesario ajustar nuestras normas de Derecho sucesorio a ésta.

No basta con el reconocimiento de la condición de legitimario de este sector vulnerable de la población, es necesario que bajo el prisma de la especial protección se perfilen las normas jurídicas reguladoras de la transmisión de la vivienda en Cuba, o al menos se releen en clave judicial. No puede resultar prevalente el concepto de ocupación, sobre el de herencia, cuando de «herederos» especialmente protegidos se trate. No puede exigírsele ocupación del inmueble a una persona con discapacidad, como presupuesto para que herede el máspreciado bien patrimonial que el Derecho cubano reconoce, son precisamente bienes de esta naturaleza, por los que vela la Convención, para que sean heredados. De la misma manera que tampoco debe ser ello el presupuesto para adjudicarse lo que se reconoce en el Código Civil (artículos 542 al 544) como bienes de uso doméstico, en nuestro entorno social, la gran mayoría de los que se han atesorado durante la vida, cuya transmisión por causa de muerte, hoy está condicionada a la adjudicación de la vivienda, de modo que el hecho de la ocupación, no solo genera como efectos la transmisión del inmueble, con motivo de la muerte de su titular, sino también de todos los bienes de uso doméstico⁽²⁶⁾.

Pero hay más, de *iure condicto* los «herederos» especialmente protegidos, atributarios de una legítima asistencial, ven disminuida ésta, o incluso esfumada por normas especiales que menoscaban los valores informantes de la institución, uno de cuyos exponentes lo constituye, por poner un ejemplo palmario, la Resolución N.º 76/1988 del Presidente del Banco Popular de Ahorro, reguladora de la figura del beneficiario por causa de muerte en cuentas bancarias, que conforme con la interpretación dada hoy por los operadores bancarios permite que en toda cuenta, el beneficiario designado pueda atribuirse hasta un máximo de 5.000 unidades monetarias, con la siguiente merma que sufre el caudal hereditario, al no formar parte dicho saldo de la herencia, por lo cual se reduce notoriamente la base contable para determinar el monto de la legítima y, como consecuencia, puede esta reducirse a proporciones insospechables, e incluso, desvanecerse⁽²⁷⁾.

No tengo la menor duda que, en comparación con otros ordenamientos jurídicos, la regulación de una legítima asistencial en el Derecho positivo cubano como medida de apoyo patrimonial a quienes la muerte de su sostén económico les representa una situación de vulnerabilidad evidente, entre las cuales pueden incluirse personas con discapacidad, está

(26) Vid. PANADERO DE LA CRUZ, Ediltrudis, «Transmisión por causa de muerte de los enseres de uso doméstico», en *Derecho de Sucesiones*, tomo III, Leonardo B. Pérez Gallardo (coordinador), Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 160-258.

(27) Vid. PÉREZ GALLARDO, L.B., *De la designación de beneficiario mortis causa en cuenta de ahorro*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 254-260.

a tono con el dictado del artículo 12.5 de la tantas veces citada Convención internacional, sin embargo, ello no resulta suficiente, en tanto tales normas legales deberían ajustar enteramente su contenido al dictado de la Convención. Se trata de matizar en algunos casos y de ampliar la esfera de aplicación subjetiva en otros. La supletoriedad del Código Civil, regulada en su artículo 8 y en su disposición final primera, se erige a su vez, en un dédalo jurídico, necesario superar para lograr la verdadera simetría que el ordenamiento legal requiere, dado que hoy día las normas de naturaleza especial socavan los valores informantes de la regulación de la figura de la especial protección, al punto que llegan a neutralizarlos. Hay que actuar con una concepción de sistema jurídico, lamentablemente abandonada por una voraz proliferación normativa, que ha sectorizado el Derecho civil. De *iure condendo*, se impone la necesidad de actuar a tono con ese sentido de sistema jurídico, en el que los valores amor, solidaridad y utilidad, actúen como ejes cardinales informantes de las normas sucesorias destinadas a proteger a las personas con discapacidad.

IV. BIBLIOGRAFÍA

1. Fuentes doctrinales

- CALATAYUD SIERRA, ADOLFO, «Consideraciones acerca de la libertad de testar», en *Academia Sevillana del Notariado*, tomo IX, EDESA, 1995.
- CÁMARA LAPUENTE, SERGIO, «¿Derecho europeo de sucesiones? Un apunte», en *Derecho privado europeo*, bajo su coordinación, Colex, Madrid, 2003.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, «Aportes integrativistas al Derecho de Sucesiones (La sucesión como hora de la verdad de la persona física)», en *Investigación y Docencia*, N.º 40. disponible en: www.centrodefilosofia.org.ar; consultado el 4 de abril del 2010.
- COBAS COBIELLA, MARÍA ELENA, «Hacia un nuevo enfoque de las legítimas», en *Revista de Derecho Patrimonial*, N.º 17, 2006.
- DE LA ESPERANZA RODRÍGUEZ, PABLO, «Perspectiva de la legítima. Notas para una posible revisión», en *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, volumen I, Consejo General del Notariado, 2002.
- GARCÍA SÁNCHEZ, JOSÉ ARISTÓNICO, *El Notario del siglo XXI*, Revista del Colegio Notarial de Madrid, N.º 24, marzo-abril 2009.
- GOMÁ LANZÓN, IGNACIO, Tema 8 «Atribuciones legales (Legítimas, los derechos del cónyuge viudo y de las parejas, reservas)», Parte segunda «Los derechos del cónyuge viudo», en *Instituciones de Derecho Privado*, Juan Francisco Delgado de Miguel (coordinador general), tomo V-Sucesiones, volumen 3.º-*Las atribuciones legales*, Martín Garrido Melero (coordinador), Thomson-Civitas, Madrid, 2005.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, PABLO, «La legítima no es intocable», en *El Notario del siglo XXI*, Revista del Colegio Notarial de Madrid, N.º 24, marzo-abril 2009.
- LEÑA HERNÁNDEZ, RAFAEL, «El tráfico jurídico negocial y el discapacitado», en *La protección jurídica de discapaces, incapaces y personas en situaciones especiales*, 1.ª edición, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2000.
- PANADERO DE LA CRUZ, EDILTRUDIS, «Transmisión por causa de muerte de los enseres de uso doméstico», en *Derecho de Sucesiones*, tomo III, Leonardo B. Pérez Gallardo (coordinador), Félix Varela, La Habana, 2004.

PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. y MARÍA ELENA COBAS COBIELLA, «A una década de la promulgación del Código Civil cubano: reflexiones sobre algunos aciertos y desaciertos de su Libro Cuarto», en *Revista Derecho Privado*, año N.º 82, diciembre de 1998.

PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. (coordinador) et al., *Derecho de Sucesiones* (en tres tomos), bajo mi coordinación, Félix Varela, La Habana, 2004.

PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B., *De la designación de beneficiario mortis causa en cuenta de ahorro*, Dykinson, Madrid, 2005; *Compilación de Derecho de Sucesiones* (en dos tomos), Editora del Ministerio de Justicia, La Habana, 2006; «El Derecho de Sucesiones en cifras. Recuentos y pronósticos», en *El Derecho de Sucesiones en Iberoamérica. Tensiones y retos*, bajo su coordinación, Temis, Ubijus, Reus, Zavalia, Bogotá, México D.F., Madrid, Buenos Aires, 2010.

RIVAS MARTÍNEZ, JUAN JOSÉ, *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*, tomo I, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 1997.

VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B., *Panorama del Derecho Civil*, 2.ª edición, Bosch, Barcelona, 1973; *Estudios de Derecho sucesorio*, vol. I, Montecorvo, 1980; «La función notarial de tipo latino», en *Revista de Derecho Notarial*, N.º C, abril-junio 1978.

VAQUER ALOY, ANTONI, «Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima», en *InDret*, N.º 3/2007, en www.indret.com, consultado el 18 de enero del 2009.

2. Fuentes legales

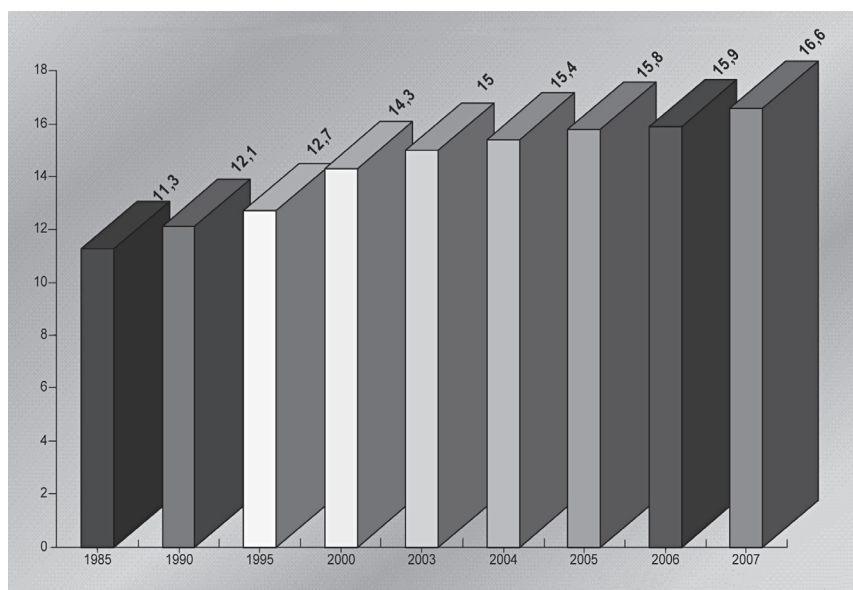
Constitución de la República de Cuba, reformada en 1992 y en el 2002, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, N.º 7, de 1 de agosto de 1992, última modificación, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, N.º 3, de 31 de enero de 2003; *Código Civil de la República de Argentina* de 25 de septiembre de 1869, edición al cuidado del Dr. Ricardo de ZAVALÍA, Buenos Aires, 1996; *Proyecto de Código Civil de la República Argentina*, Ministerio de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 1999; *Código Civil de la República de Bolivia*, Decreto-Ley N.º 12760/1975 de 6 de agosto, edición de 1998; *Código Civil Comentado* (Código Civil del Brasil), por Nelson NERY JUNIOR y Rosa María DE ANDRADE NERY, 4.ª edición revisada, ampliada y actualizada hasta el 20 de mayo del 2006, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006; *Código Civil de la República de Chile* de 14 de diciembre de 1855, edición oficial al 31 de agosto de 1976, aprobada por Decreto N.º 1937/1976 de 29 de noviembre del Ministerio de Justicia, Editorial Jurídica de Chile; *Código Civil de la República de Colombia*, sancionado el 26 de mayo de 1873 y puesto en vigor por Ley N.º 57 de 1887, edición a cargo de Luis César PEREIRA MONSALVE, Medellín, marzo, 1994; *Código Civil de la República de Costa Rica* de 26 de abril de 1886 (revisado y actualizado), 9.ª edición, Porvenir, San José, 1996; *Código Civil de la República de Cuba*, Ley N.º 59/1987 de 16 de julio, anotado y concordado con los ordenamientos cubano y español por Ángel ACEDO PENCO y Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, Dykinson, Madrid, 2005; Divulgación del MINJUS, La Habana, 1988; *Código Civil de la República de Ecuador*, 7.ª edición, Codificación RO-S 104: 20 noviembre de 1970, actualizado a junio de 1997, editado por Corporación de Estudios y Publicaciones, S.L.; *Código Civil del Reino de España* de 6 de octubre de 1888, 24.ª edición, Tecnos, Madrid, 2005; *Código Civil de la República de Francia* de 21 de marzo de 1804, 6.ª edición, Petit Codes, Dalloz, 1976-1977; *Código Civil de la República de Honduras*, sancionado por Decreto N.º 76/1906 de 19 de enero, Graficentro Editores, Tegucigalpa. s. f.; *Código Civil de la República de Italia* de 16 de marzo de 1942, Casa Editrice La Tribuna, Piacenza, 1993; *Código Civil de los Estados Unidos Mexicanos para el Distrito y Territorio Federales en materia común y para toda la República en materia federal*, de 30 de agosto de 1928, edición a cargo de Jorge OBREGÓN HEREDIA (concordado), Porrúa, México, 1988; *Código Civil de la República del Perú*, promulgado por Decreto Legislativo N.º 295/1984, de 24 de junio, en vigor desde el 14 de noviembre de 1984,

edición a cargo de Jorge PALMA MARTÍNEZ, Ediciones y Distribuciones «Palma», Lima, 1994; *Código Civil de Puerto Rico* de 1930, edición a cargo de Ramón Antonio GUZMÁN, Santa Fe de Bogotá, septiembre 1993; *Código Civil de la República Oriental del Uruguay*, sancionado en 1914, edición al cuidado de la Dra. Jacqueline BARREIRO DE GALLO, Barreiro y Ramos S.A. Editores, Montevideo, 1994; *Código Civil de la República de Venezuela*, reformado en julio de 1982, PANAPO, 1986; *Código de Familia de la República de Cuba*, Ley N.º 1289 de 1975, vigente desde el 8 de marzo de 1975, Divulgación del MINJUS, La Habana, 1999; Ley N.º 65/1988 de 25 de diciembre, *Ley General de la Vivienda*, (actualizada) (anotada y concordada por la Dirección de Legislación y Asesoría del Ministerio de Justicia), Editorial del Ministerio de Justicia, La Habana, 2004; Ley N.º 105/2008 de 27 de diciembre, *Ley de Seguridad Social*, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, N.º 4, de 22 de enero de 2009; Resolución N.º 76/1988, de 22 de abril, del Presidente del Banco Popular de Ahorro, contentiva de las Reglas del Servicio de Ahorro, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Ordinaria, N.º 41, de 6 de junio de 1988; Anteproyecto de Código de Familia (última versión de 21 de mayo del 2008, en versión digital).

ANEXO I

GRÁFICO I

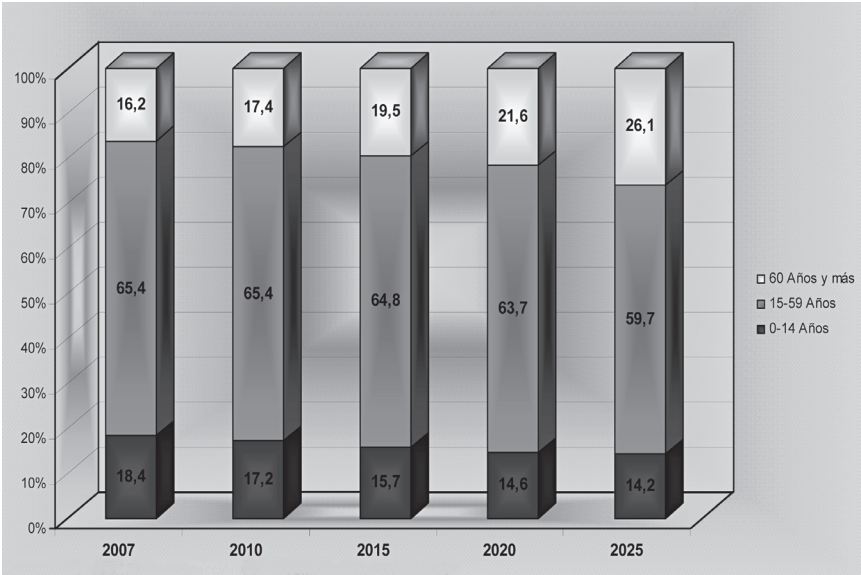
**PROPORCIÓN (%) DE PERSONAS DE 60 AÑOS Y MÁS EN EL TOTAL DE LA POBLACIÓN
PERÍODO 1985-2006**



Fuente: Oficina Nacional de Estadísticas. Cuba

1985	1990	1995	2000	2003	2004	2005	2006	2007
11,3	12,1	12,7	14,3	15,0	15,4	15,8	15,9	16,6

GRÁFICO 2
ESTRUCTURA PORCENTUAL POR GRUPOS DE EDADES DE LA POBLACIÓN
PROYECTADA AL 30 DE JUNIO DE CADA AÑO
PERÍODO 2007-2025



Fuente: ONE/CEPDE (2006) Proyección de la población cubana período 2007-2025

Años	Total		0-14 años	15-59 años	60 años y más
2007	100,0		18,4	65,4	16,2
2010	100,0	1	7,2	65,4	17,4
2015	100,0	15,7	64,8	19,5	
2020	100,0	14,6	63,7	21,6	
2025	100,0	14,2	59,7	26,1	

Fuente: ONE/CEPDE (2006). Cuba: Proyección de la Población.
Nivel Nacional y Provincial. Período 2007-2025. La Habana.

GRÁFICO 3
CUBA. PIRÁMIDE DE POBLACIÓN, POR SEXO Y POR GRUPOS DE EDADES
AÑOS 2007-2025



Fuente: Censo de los años seleccionados y ONE-CEPDE. Indicadores Demográficos Ob. Cit.

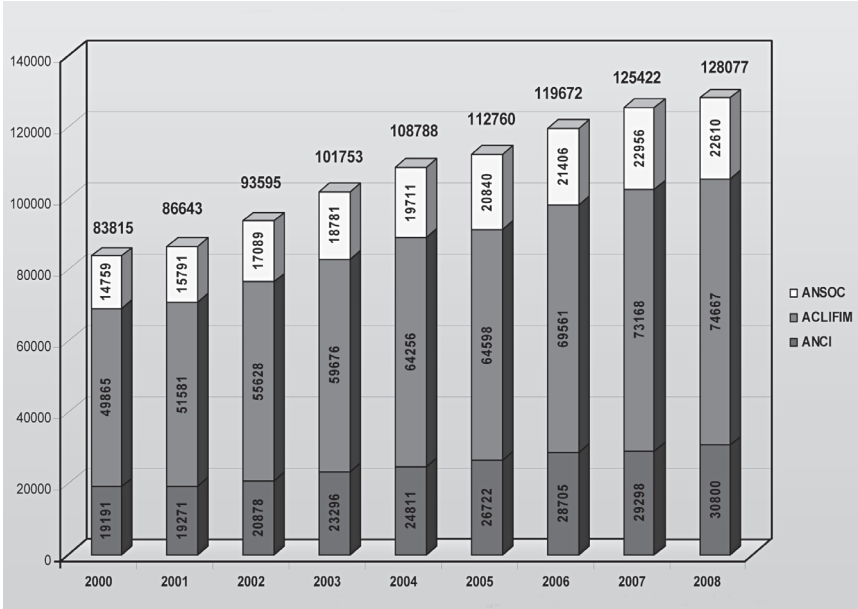
ANEXO II

GRÁFICO I
ESTUDIO PSICOSOCIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, PSICOPEDAGÓGICO
Y CLÍNICO GENÉTICO REALIZADO EN TODO EL PAÍS DURANTE LOS AÑOS 2001-2003

RESULTADOS DEL ESTUDIO		
<i>Población con Discapacidad</i>	TOTALES	Total de Discapacitados: 366 864
<i>Físicos Motores</i>	92 506	Tasa Nacional: 3,23 (Por 100 habitantes)
<i>Visual</i>	46 455	
<i>Auditiva</i>	23 620	
<i>Mental</i>	36 869	
<i>IRC</i>	1 831	Tasa de RM: 1,25 (Por 100 habitantes)
<i>Mixta</i>	25 094	
<i>Discapacidad Intelectual</i>	140 489	

Fuente: Dirección de Seguridad Social del MTSS

GRÁFICO 2
COMPORTAMIENTO DE LOS DISCAPACITADOS ASOCIADOS EN EL PAÍS
PERÍODO 2000-2007



Fuente: Dirección de Seguridad Social del MTSS

AÑO	ANCI	ACLIFIM	ANSOC	TOTAL
2000	19 191	49 865	14 759	83 815
2001	19 271	51 581	15 791	86 643
2002	20 878	55 628	17 089	93 595
2003	23 296	59 676	18 781	101 753
2004	24 811	64 256	19 711	108 788
2005	26 722	64 598	20 840	112 160
2006	28 705	69 561	21 406	119 672
2007	29 298	73 168	22 956	125 422
2008	30 800	74 667	22 610	128 077

Revista de

Derecho de Familia

TRIBUNA ABIERTA

PATRIA POTESTAD Y ENFERMEDADES PSÍQUICAS: PROBLEMÁTICA JURÍDICA

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

Abogada

La institución de la patria potestad está enfocada, en la actualidad, al beneficio del hijo, teniendo siempre en perspectiva el desarrollo, libre y saludable, de la personalidad del menor. Es por ello que determinados incumplimientos de los deberes inherentes a la patria potestad pueden llegar a ser considerados, en nuestro Ordenamiento Jurídico-Civil, como merecedores de la privación de esa especial función que es la patria potestad, no tanto como sanción al progenitor incumplidor, sino más bien en previsión de evitar futuros, o posibles, daños al bienestar emocional del hijo. En definitiva, no se trata más que de velar por la prevalencia del *favor filii*, principio que debe regir en todas las materias relacionadas con el Derecho de Familia.

Como consecuencia de ello, voy a entrar a analizar la problemática que puede plantearse cuando uno de los progenitores —o ambos— se ve imposibilitado para ejercer adecuadamente los deberes inherentes a la patria potestad debido a padecer una enfermedad, patología o trastorno de la personalidad.

En primer lugar, y como aproximación a este tema, hay que subrayar que no basta con la existencia de trastornos mentales en el progenitor para acordar la privación de la patria potestad en función de ello, sino que es requisito necesario probar la incidencia, o influencia, de la enfermedad, o del trastorno, más o menos negativo, en la vida y en el entorno tanto afectivo y emocional, como personal, del hijo.

Desde mi punto de vista, abogo por enlazar los conceptos de trastornos de la personalidad, o enfermedad mental, o psíquica, con el concepto, más amplio y omnicompreensivo, de «incapacidad para asumir los deberes inherentes al ejercicio de la patria potestad», teniendo siempre en cuenta que el principio prioritario es el del beneficio, o interés, del hijo, en función, asimismo, de los Textos Internacionales y Declaraciones de Derechos que velan por su bienestar.

Si me detengo, brevemente, en la Jurisprudencia existente en nuestro país, sobre este controvertido tema, veremos que no hay uniformidad de criterios, aunque la tendencia, en procesos de separación o de divorcio, está enfocada a la no atribución de la guarda y custodia al progenitor que sufre una enfermedad mental, pero sin que se le prive de la patria potestad, si bien he podido consultar algunas Sentencias dictadas en la década de 1990, en las que sí se declaraba la privación de la patria potestad. En este sentido, cabe citar la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Granada, que entró a resolver en torno al problema planteado en relación con una progenitora que padecía graves trastornos de personalidad que la incapacitaban para cuidar, de manera continua y eficaz, de su hija menor.

A petición del progenitor, tanto en la primera instancia como en la apelación, se la privó a la madre de la patria potestad. Son interesantes los Hechos a los que atendió la resolución citada, concretándose la Audiencia en los padecimientos depresivos de la progenitora, sus antecedentes de bulimia, sus intento de suicidio, circunstancias todas ellas que, de por sí, indicaban que la patria potestad ejercida por la madre no podía cumplir con la finalidad que a tal institución asigna el artículo 154 del Código Civil y, fundamentalmente, los de velar por el hijo y procurarle una formación integral, ya que, ante una clara situación de desequilibrio emocional, tales posibilidades —funciones— quedan evidentemente reducidas, ya que otra cosa no cabe deducir de una situación en la que la progenitora es la persona necesitada para salir de una situación de crisis que la sobrepasa. Ello vino, además, corroborado por los Informes de la Junta de Castilla y León y del CEAS de Guardo, que incidieron en la situación del menor, lo que dio paso a las actuaciones, y haciendo desaconsejable el ejercicio de la patria potestad por parte de la madre, al menos en el momento actual. Y, a mayor abundamiento, y acreditativo del incumplimiento de sus deberes como madre, se citaba el episodio de su viaje a Madrid, con la consecuencia necesaria de la compañía y atención del menor por parte de su tía y abuela, que, aunque no perfectamente aclarado en su etiología y circunstancias —cosa, por otra parte, lógica ante lo difícil que es entrar en la intimidad de las personas y de las familias— sí revela, desde luego, un grado de desprendimiento hacia su hijo, sin duda producto de sus mismas circunstancias, pero que incide en lo inapropiado de que la patria potestad quede en el ejercicio de la madre, tal como la Sentencia declaró.

Puede parecer, sin duda, dura esta resolución, en la que se privó a la progenitora del ejercicio de la patria potestad, en una situación especialmente difícil para ella. Pero, en determinadas circunstancias, los Juzgados y Tribunales optan por la privación, y, evidentemente, los Hechos narrados y a los que la Sentencia hubo de dar resolución, parece que no era factible, ni conveniente para el menor que su madre continuara con el ejercicio de una función tuitiva que no estaba en condiciones de asumir, ni de desempeñar con las debidas garantías de atención y cuidado, así como de formación integral del hijo.

En cambio, una Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 20 de febrero de 1998, resolviendo la solicitud del progenitor en el sentido de que se privara a la madre del ejercicio de la patria potestad, basándose en los trastornos psíquicos que ésta padecía, resolvió que la enfermedad de la progenitora podía, en todo caso, determinar una relación limitada con su hijo, pero no la privación de la patria potestad, ya que una medida de esta naturaleza no reportaría ningún beneficio para la hija.

Otras Sentencias, como la de la Audiencia Provincial de Murcia, de 5 de febrero de 2003, consideró que la progenitora se encontraba incurso en causa de privación de la patria potestad, al padecer un trastorno disocial de la personalidad, además de ser drogadicta.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 31 de octubre de 2001, también estimó que la progenitora se hallaba incurso en causa de privación de la patria potestad, al faltarle autonomía personal y padecer limitaciones cognitivas, con una minusvalía del 43%. Y, en relación con la problemática de la adopción, la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 13 de diciembre de 1999, resolvió que la enfermedad mental que la progenitora padecía, junto con las «condiciones nefastas» en que vivía la hija menor,

eran hechos que justificaban que pudiera prescindirse del asentimiento de la madre en el proceso de adopción de la hija.

En similares términos, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 2 de marzo de 2001, estimó que la progenitora, que estaba afectada por una deficiencia psíquica, que carecía de vivienda, de recursos económicos y de condiciones higiénicas mínimas, y que utilizaba a su hija menor para la mendicidad, estaba incurso en causa de privación de la patria potestad.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 16 de octubre de 1998, estimó que la progenitora, que tenía trastornos graves de la personalidad, estaba incapacitada para, en la actualidad y en el futuro, atender adecuadamente a las necesidades del hijo. La Audiencia Provincial decidió privar a la madre de la patria potestad, como medida de protección a la menor, en aras del principio del *favor filii*.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 18 de septiembre de 1997, resolvió privar a ambos progenitores de la patria potestad, en cuanto que el progenitor sufría una demencia mental con ligeros problemas de conducta que le hacían agresivo cuando se enojaba, y la madre sufría oligofrenia media agravada por una dependencia alcohólica.

Hay que resaltar, sobre esta cuestión, que, cuando la enfermedad mental afecta a la capacidad de uno, o de ambos progenitores, para asumir sus obligaciones paternofiliales, pero se prevé que esa situación pueda mejorar en el futuro próximo, bien con un tratamiento adecuado, o con unos programas de deshabitación progresiva, no se priva de la patria potestad. La dificultad, sin embargo, tal como apuntaba, con acierto, Covadonga RUI-SÁNCHEZ CAPELASTEGUI, radica en determinar las perspectivas de convivencia entre el hijo menor de edad y el progenitor afectado, así como los efectos del mantenimiento de los vínculos entre ambos sobre el desarrollo del menor de edad. En este sentido, expresa esta jurista que la carencia de un modelo familiar, cuando son desaconsejables las visitas entre padres e hijos, y la cronificación de una situación de internamiento para un menor de edad, pueden, evidentemente, causar un daño al hijo que justifique la privación de la patria potestad de los progenitores, o de uno de ellos, en orden a posibilitar la adopción, en su caso, del menor de edad.

Parece oportuno, debido a su actualidad, y a la compleja y delicada problemática que se plantea en el seno del Derecho de Familia, aludir a determinados trastornos, y patologías, que inciden, o pueden incidir, negativamente en el marco del desarrollo integral (emocional, afectivo, educativo) del hijo menor de edad.

Comenzando por el alcoholismo y la toxicomanía, es un tipo, o categoría, de trastorno que abarca las distintas manifestaciones y alteraciones de la personalidad producidas por el consumo, habitual y excesivo, de alcohol, y de otras sustancias psicoactivas.

Un progenitor alcohólico, o toxicómano, no es, desde luego, el mejor ejemplo para el hijo menor de edad. Tengamos en cuenta que la persona toxicómana es, ante todo, una persona enferma —no viciosa, como se decía hace años— que necesita de un tratamiento y de unos programas de desintoxicación especiales y que, en consecuencia, no está en condiciones de asumir los deberes inherentes a la patria potestad.

Sin embargo, no todas las resoluciones que he tenido ocasión de consultar lo estiman así. Entre otras, cabe citar la dictada por el Tribunal Supremo, el 20 de mayo de 1997, que

estimó que no era causa para privar de la patria potestad a la progenitora por el hecho de que ésta había sido drogadicta, ya que, en el momento de interponerse la demanda, las circunstancias de la madre habían cambiado de forma incontestable.

Otras resoluciones, en cambio, sí son favorables a estimar que debe privarse a uno de los progenitores, o a ambos, de la patria potestad, por constituir esa adicción un grave trastorno de la personalidad que, lógicamente, va a incidir en el marco de los deberes inherentes a esa función tuitiva.

Por lo que respecta al trastorno bipolar, hoy en día muy frecuente, se incluye en el marco de los estados anímicos. A lo largo de este estado, se presentan períodos de normalidad aparente y otros en los que, con claridad, se detectan fases atenuadas de hipomanía, es decir, predominio de un estado de ánimo elevado, expansivo o irritable, o depresión.

La dificultad que supone ejercer las funciones propias de la patria potestad hace que me decante por el estudio, caso por caso, de los supuestos.

Otros trastornos o patologías mentales vienen referidos a la neurosis, la esquizofrenia, el trastorno delirante y los trastornos psicóticos, todos ellos son graves y se hace necesario establecer las medidas oportunas de protección de los hijos, por lo que lo lógico y más recomendable, cuando se trata de patologías de este tipo, es la privación de la patria potestad al progenitor afectado, con el fin de evitar perjuicios al menor.

Me interesa detenerme en algunas Sentencias dictadas en nuestro país referidas a este complejo tema.

La Sentencia de la Audiencia provincial de Palencia, de 6 de julio de 1998, entró a resolver en relación con unos Hechos que, a mi juicio, son muy interesantes y complejos: se trataba de una progenitora que tenía antecedentes depresivos, con manifestaciones de bulimia e intentos de suicidio. Estas circunstancias fueron indicativas para el Tribunal de la incapacidad de la madre, en este estado, para asumir los deberes inherentes a la patria potestad, no siendo capaz, según estimó el Tribunal, de cumplir con la finalidad que a tal institución asigna el artículo 154 del Código Civil y, fundamentalmente, la función de velar por el hijo menor y procurarle una formación integral, ya que la situación de claro desequilibrio emocional de la madre dejada reducidas las posibilidades, no pudiendo decir sino que es la propia progenitora la que necesita de atención para salir de una situación de crisis emocional tan grave, lo cual vino, asimismo, corroborado por los Informes emitidos por la Junta de Castilla y León, haciendo desaconsejable el ejercicio de la patria potestad por parte de la progenitora, al menos mientras persistiera la inestabilidad psíquica de ésta.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 11 de septiembre de 2000, privó de la patria potestad a unos progenitores que padecían enfermedades psíquicas: el padre era esquizofrénico, y la madre presentaba un trastorno bipolar. Era una situación de riesgo para el recién nacido que había que paliar de manera inmediata, en función del principio del *favor filii*. Efectivamente, en esta Sentencia, el trastorno bipolar fue considerado como afectante a la capacidad de la madre en orden a hacerse cargo de su hijo. En otras resoluciones que he consultado no se procede así, porque se estima que el trastorno bipolar no es altamente incapacitante y que el progenitor —o la progenitora— en estas condiciones es capaz de asumir las obligaciones inherentes a la paternidad y/o maternidad. Como ya quedó apuntado anteriormente, es discutible que esto sea cierto en todos los supuestos.

A mi juicio, habría que enlazar, de forma causal, los conceptos de «trastornos de la personalidad» o «enfermedad mental», con el concepto, amplio, de incapacidad para asumir los deberes inherentes a la patria potestad. Si existe incapacidad para el ejercicio de la patria potestad a causa de alguna enfermedad mental o trastorno de la personalidad que haya quedado fehacientemente probado, habría que resolver en el sentido de privar de dicha función tuitiva al progenitor afectado, todo ello en aras del beneficio o bienestar del hijo. En cualquier caso, la privación de la patria potestad, que se contempla en nuestro Ordenamiento Jurídico como una forma de sanción, no debería ser tal, ya que lo importante, lo fundamental, es el interés del hijo y no la sanción —en cuanto castigo— al progenitor que, en muchos supuestos de forma involuntaria, por enfermedad mental, se ve inmerso en un proceso en el que puede perder la custodia del hijo (o hijos).

Algunas resoluciones, en nuestro país, responden, con cierta claridad, a este planteamiento. En este sentido, me interesa citar la dictada por la Audiencia Provincial de Soria, el 2 de septiembre de 1996, en la que, recogiendo la doctrina contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1991 y 20 de enero de 1993, declaró que «los padres deben prestar asistencia en todo momento a sus hijos durante la minoría de edad y si ello no es así, independientemente del tipo de imposibilidad para hacerlo, o de que ésta sea o no voluntaria, la extinción —de la patria potestad— puede prosperar».

En similares términos, la Sentencia de la Audiencia Provincial de León, de 15 de septiembre de 1994, señaló que «al no distinguir el Cuerpo legal si es o no voluntario el incumplimiento de los deberes que encarnan la patria potestad, basta con que se produzca el mismo en una extensión tal que conlleve objetivamente abandono psíquico y material o de ayuda al menor, para que pueda acordarse la decisión peticionada, ya que en definitiva lo que importa es el bien de los hijos, cuyo interés es el único y exclusivo fundamento de dicho derecho —deber o derecho—, función en que la patria potestad viene configurada en los artículos 154 y siguientes del Código Civil». Idéntica argumentación, a mi juicio impecable, es la mantenida en la Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 7 de octubre de 1994.

Por lo general, los Juzgados y Tribunales atienden a las circunstancias personales de los progenitores y, en función de ello, dictan la correspondiente resolución. Cuando uno de los progenitores es incapaz de asumir las obligaciones inherentes a la patria potestad, pero de manera transitoria, es decir, cuando se prevé que el trastorno que padece puede experimentar una mejoría con un adecuado tratamiento, no se priva a ese progenitor de la función tuitiva, sino se le impide ejercer la patria potestad en ese momento o período de enfermedad en el que se encuentra. Así he podido comprobarlo en diversas Sentencias, como, por ejemplo, por su interés, la dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, de 23 de marzo de 2006. Los Hechos se recondujeron a un progenitor habitual consumidor de estupefacientes —adicción a la cocaína, opiáceos y alcohol—, que le produjeron un síndrome ansioso depresivo, tal como constaba en el Informe Médico. Ello comportaba un riesgo respecto al cumplimiento de las responsabilidades propias del cuidado, protección y educación del hijo menor, lo que aconsejó que su relación con el niño estuviera controlada durante todo el tiempo que lo tuviera a su cargo. La Sentencia puso de relieve que «hay que tener presente que la constancia que hay en autos es, precisamente, la del fracaso habido en el programa de deshabituación del consumo de cocaína y opiáceos. El principio de tutela judicial del interés del menor significa, entre otras cosas, que, frente a los indicios de la

situación de riesgo para la salud física y psíquica de un niño, sea exigible a la persona que sufre una determinada enfermedad, como es la toxicomanía, que desarrolle un esfuerzo especial para acreditar de forma indubitada ante el Tribunal que ha superado la adicción o, cuando menos, que está siguiendo un programa de deshabituación y rehabilitación serio y controlado por profesionales de la salud. El demandado ha omitido la diligencia debida al respecto...».

La Sala se pronunció en el sentido de entender que la privación de la patria potestad era una medida excesiva, si bien el progenitor no había cumplido, hasta ese momento, con sus obligaciones básicas para con el menor, como son el soporte afectivo, cuidados y asistencia personal psíquica y material, y la obligación de educar al hijo y procurarle una formación integral.

La Sala estimó que, si, en el futuro, no hubiera constancia cierta de la evolución favorable en la situación paterna, entonces sí podría ser planteada la medida de privación de la patria potestad, cuando no fuera razonablemente recuperable una relación responsable del progenitor para con el hijo, y siempre que no se acreditare la evolución favorable del tratamiento de su enfermedad, así como su reinserción social y laboral.

Por último, parece oportuno hacer una breve referencia al problema que plantean las minusvalías física y psíquica de los progenitores, o de uno de ellos, en relación con la privación de la patria potestad. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 11 de julio de 2005, entró a resolver los siguientes Hechos: la progenitora padecía una minusvalía psíquica y física, tenía una hija y sus padres la ayudaban a cuidarla. Se solicitó la privación de la patria potestad, alegando que el incumplimiento de las obligaciones maternas por parte de la demandada tuvo como causa un accidente que le restó minusvalía psíquica, aportándose una certificación de minusvalía de la Diputación Foral de Vizcaya, de un 33%, con «síndrome posconmocional, monoparesia de miembro superior derecho, alteración gastrointestinal y rigidez de columna cervical». Las declaraciones de las partes versaron sobre que, en materia de alimentación y educación del hijo menor de edad, en la actualidad de quince años, se han encargado siempre sus abuelos maternos, viviendo la madre, el menor y los abuelos maternos como un núcleo familiar, por lo que dichas manifestaciones, junto con la anterior documentación aportada en autos, revelan no ser causa para privar a la progenitora de la patria potestad. En ningún caso, además, se acreditó que la minusvalía psíquica que padecía la progenitora le impidiera ejercer convenientemente los deberes y facultades propios de la patria potestad.

CONCLUSIONES

La patria potestad se configura, hoy en día, como una función, una medida de protección en beneficio del hijo menor de edad, para intentar paliar, en lo posible, los efectos perjudiciales, dañinos, que pudieran tener lugar en incidir en el libre desarrollo de su personalidad, así como en sus planos afectivo y emocional, como consecuencia de determinadas enfermedades, trastornos o alteraciones psíquicas y/o mentales de sus progenitores, o de uno solo de ellos.

Es evidente que una medida tan dura como lo es la privación de la patria potestad no debe ser considerada, en la actualidad, como una sanción, o castigo, al progenitor incurso

en una enfermedad mental, sino que no es más que una medida protectora para con el hijo en estas circunstancias.

En cualquier caso, no es frecuente que, en nuestro país, los Tribunales impongan una medida de esta naturaleza, sino que, por lo general, se dicta la suspensión del régimen de visitas —cuando los progenitores están separados o divorciados—, haciendo que la situación sea más tolerable para el progenitor afectado y para el hijo. En definitiva, se espera a que el progenitor recobre la sanidad mental, o se vea liberado, a través del oportuno tratamiento médico, de su patología o trastorno.

En cualquier caso, hay que tener presente que determinadas enfermedades mentales muy graves tales como la esquizofrenia, la paranoia y las psicosis, entre otras, son incapacitantes para el ejercicio adecuado de la patria potestad, teniendo en cuenta que hay que velar, en el marco del derecho de Familia, por el bienestar del hijo, en aras al respeto a su libre desarrollo y desenvolvimiento de su personalidad, que pudiera quedar afectada y alterarse al contacto con el progenitor que padece una patología mental de carácter grave (con interés clínico).

El artículo 170 del Código Civil es el precepto que regula este tema, aunque es muy parco, al establecer que «el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial».

«Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación».

Por lo general, cuando parece evidente que la alteración o patología mental que el progenitor sufra va a remitir, o a experimentar una clara mejoría, o incluso una total curación de los síntomas, los Tribunales proceden a reintegrar la función tuitiva en el progenitor que, en su día, fue privado de la misma. Todo ello, hay que insistir, en el marco del beneficio e interés del hijo.

Revista de

Derecho de Familia

**PUBLICACIONES, NOTICIAS
Y DATOS DE INTERÉS**

INTERÉS LEGAL DEL DINERO

Año	%
1985	11
1986	10,50
1987	9,50
1988	9
1989	9
1990	10
1991	10
1992	10
1993	10
1994	9
1995	9
1996	9
1997	7,50
1998	5,50
1999	4,25
2000	4,25
2001	5,50
2002	4,25
2003	4,25
2004	3,75
2005	4
2006	4
2007	5
2008	5,50
2009 (desde el 1-I hasta el 31-III)	5,50
2009 (desde el 1-IV hasta el 31-XII)	4
2010	4
2011	4

SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL (SMI) PARA 2011

21,38 euros/día o 641,40 euros/mes.

ÍNDICE DE PRECIOS DE CONSUMO (DATOS INTERANUALES)

Año	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Septiem.	Octubre	Noviem.	Diciem.
1985	9,4	9,7	9,5	10,2	9,9	8,9	7,9	7,3	8,3	8,2	8,5	8,2
1986	9,3	9,0	8,6	7,8	7,8	8,9	9,4	9,5	9,5	9,3	8,2	8,3
1987	6,0	6,0	6,3	6,3	5,8	4,9	4,9	4,6	4,4	4,7	4,7	4,6
1988	4,5	4,3	4,5	3,9	4,0	4,4	4,7	5,8	5,7	5,2	5,4	5,8
1989	6,4	6,2	6,1	6,7	6,9	7,1	7,4	6,6	6,8	7,1	7,3	6,9
1990	6,7	7,3	7,0	7,0	6,8	6,5	6,3	6,5	6,5	7,0	6,7	6,5
1991	6,7	5,9	5,9	5,9	6,2	6,2	6,1	6,0	5,7	5,5	5,7	5,5
1992	6,0	6,8	6,9	6,5	6,5	6,2	5,2	5,8	5,8	5,2	5,1	5,3
1993	4,7	4,0	4,0	4,6	4,6	4,9	4,9	4,6	4,3	4,6	4,7	4,9
1994	5,0	5,0	5,0	4,9	4,9	4,7	4,8	4,8	4,5	4,4	4,4	4,3
1995	4,4	4,8	5,2	5,2	5,1	5,1	4,7	4,3	4,4	4,3	4,4	4,3
1996	3,9	3,7	3,4	3,5	3,8	3,6	3,7	3,7	3,6	3,5	3,2	3,2
1997	2,9	2,5	2,2	1,7	1,5	1,6	1,6	1,8	2,0	1,9	2,0	2,0
1998	2,0	1,8	1,8	2,0	2,0	2,1	2,2	2,1	1,6	1,7	1,4	1,4
1999	1,5	1,8	2,2	2,4	2,2	2,2	2,2	2,4	2,5	2,5	2,7	2,9
2000	2,9	3,0	2,9	3,0	3,1	3,4	3,6	3,6	3,7	4,0	4,1	4,0
2001	3,7	3,8	3,9	4,0	4,2	4,2	3,9	3,7	3,4	3,0	2,7	2,7
2002	3,1	3,1	3,1	3,6	3,6	3,4	3,4	3,6	3,5	4,0	3,9	4,0
2003	3,7	3,8	3,7	3,1	2,7	2,7	2,8	3,0	2,9	2,6	2,8	2,6
2004	2,3	2,1	2,1	2,7	3,4	3,5	3,4	3,3	3,2	3,6	3,5	3,2
2005	3,1	3,3	3,4	3,5	3,1	3,1	3,3	3,3	3,7	3,5	3,4	3,7
2006	4,2	4,0	3,9	3,9	4,0	3,9	4,0	3,7	2,9	2,5	2,6	2,7
2007	2,4	2,4	2,5	2,4	2,3	2,4	2,2	2,2	2,7	3,6	4,1	4,2
2008	4,3	4,4	4,5	4,2	4,6	5,0	5,3	4,9	4,5	3,6	2,4	1,4
2009	0,8	0,7	-0,1	-0,2	-0,9	-1,0	-1,4	-0,8	-1,0	-0,7	0,3	0,8
2010	1,0	0,8	1,4	1,5	1,8	1,5	1,9	1,8	2,1	2,3	2,3	2,3

**TABLA ESTADÍSTICA DE PENSIONES ALIMENTICIAS
(CUANDO UN SOLO PROGENITOR OBTIENE INGRESOS)**

Ingresos	1 hijo	2 hijos	3 hijos	4 hijos
800	181,6	263,3	299,6	350,5
875	198,6	288,0	327,7	383,3
950	215,7	312,7	355,8	416,2
1.025	232,7	337,4	383,9	449,1
1.100	249,7	362,1	412,0	481,9
1.175	266,7	386,8	440,1	514,8
1.250	283,8	411,4	468,2	547,6
1.325	300,8	436,1	496,3	580,5
1.400	317,8	460,8	524,4	613,4
1.475	334,8	485,5	552,5	646,2
1.550	351,9	510,2	580,6	679,1
1.625	368,9	534,9	608,6	711,9
1.700	385,9	559,6	636,7	744,8
1.775	402,9	584,2	664,8	777,6
1.850	420,0	608,9	692,9	810,5
1.925	437,0	633,6	721,0	843,4
2.000	454,0	658,3	749,1	876,2
2.075	471,0	683,0	777,2	909,1
2.150	488,1	707,7	805,3	941,9
2.225	505,1	732,4	833,4	974,8
2.300	522,1	757,0	861,5	1.007,7
2.375	539,1	781,7	889,6	1.040,5
2.450	556,2	806,4	917,6	1.073,4
2.525	573,2	831,1	945,7	1.106,2
2.600	590,2	855,8	973,8	1.139,1
2.675	607,2	880,5	1.001,9	1.171,9
2.750	624,3	905,2	1.030,0	1.204,8
2.825	641,3	929,8	1.058,1	1.237,7
2.900	658,3	954,5	1.086,2	1.270,5
2.975	675,3	979,2	1.114,3	1.303,4
3.050	692,4	1.003,9	1.142,4	1.336,2
3.125	709,4	1.028,6	1.107,5	1.369,1
3.200	726,4	1.053,3	1.198,6	1.402,0
3.275	743,4	1.078,0	1.226,7	1.434,8
3.350	760,5	1.102,7	1.254,7	1.467,7
3.425	777,5	1.127,3	1.282,8	1.500,5

TABLA ESTADÍSTICA DE PENSIONES ALIMENTICIAS
(CUANDO EXISTE UN SOLO HIJO Y AMBOS PROGENITORES PERCIBEN INGRESOS)

	900	1.050	1.200	1.350	1.500	1.650	1.800	1.950	2.100	2.250	2.400	2.550	2.700	2.850
600	190	225	259	293	327	361	395	429	463	497	531	565	599	633
650	190	224	258	292	326	360	394	428	462	496	530	564	598	632
700	188	222	257	291	325	359	393	427	461	495	529	563	597	631
750	187	221	255	289	323	358	392	426	460	494	528	562	596	630
800	186	220	254	288	322	356	390	424	459	493	527	561	595	629
850	185	219	253	287	321	355	389	423	457	491	526	560	594	628
900	184	218	252	286	320	354	388	422	456	490	524	558	592	627
950	183	217	251	285	319	353	387	421	455	489	523	557	591	625
1.000	182	216	250	284	318	352	386	420	454	488	522	556	590	624
1.050	180	215	249	283	317	351	385	419	453	487	521	555	589	623
1.100	179	213	247	281	316	350	384	418	452	486	520	554	588	622
1.150	178	212	246	280	314	348	382	417	451	485	519	553	587	621
1.200	177	211	245	279	313	347	381	415	449	484	518	552	586	620
1.250	176	210	244	278	312	346	380	414	448	482	516	550	585	619
1.300	175	209	243	277	311	345	379	413	447	481	515	549	583	617
1.350	174	208	242	276	310	344	378	412	446	480	514	548	582	616
1.400	173	207	241	275	309	343	377	411	445	479	513	547	581	615
1.450	171	205	239	274	308	342	376	410	444	478	512	546	580	614
1.500	170	204	238	272	306	341	375	409	443	477	511	545	579	613
1.550	169	203	237	271	305	339	373	407	442	476	510	544	578	612
1.600	168	202	236	270	304	338	372	406	440	474	508	543	577	611
1.650	167	201	235	269	303	337	371	405	439	473	507	541	575	609
1.700	166	200	234	268	302	336	370	404	438	472	506	540	574	608

NOTA: Los valores deben multiplicarse por 1,45 si hay dos hijos, 1,65 si hay tres hijos y 1,93 si hay cuatro hijos. Los valores de la primera columna corresponden a los ingresos del progenitor custodio, y los valores de la primera fila corresponden a los ingresos del progenitor no custodio.

Revista de

Derecho de Familia

AVANCES JURISPRUDENCIALES

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

Para la acreditación del derecho marroquí el órgano judicial debe prestar su asistencia teniendo en cuenta que dispone de medios a su alcance baratos y expeditivos (base de datos del Cendoj).

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 14 de octubre de 2010]

PATRIA POTESTAD

La falta de contacto del padre con el hijo sin impedimento alguno demuestra el desinterés de aquél por el menor y debe ser privado de la patria potestad siendo buena muestra de su conducta que ni siquiera se haya personado en autos.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 13 de octubre de 2010]

No puede privarse al padre de la patria potestad por que fuese condenado por un delito contra la libertad sexual de un menor por padecer un trastorno psicológico conocido como paidofilia o pedofilia, ya que dicha condena se produjo hace veinticinco años sin que se hayan vuelto a producir los hechos que la motivaron, que, además, eran conocidos por la apelante en el momento de contraer matrimonio.

[AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 5 de octubre de 2010]

Los hechos que se denuncian suponen un incumplimiento de las reglas que rigen el ejercicio de la patria potestad pues, ciertamente, algo como la educación religiosa (el padre querellante es de origen musulmán) debe ser acordado por ambos progenitores de común acuerdo y, a falta de éste, por aquel a quien por resolución judicial se atribuya la facultad de decisión, pero los hechos carecen de relevancia penal.

[AP Cáceres, Sec. 2.ª, Auto de 15 de septiembre de 2010]

GUARDA Y CUSTODIA

Concurren todas las circunstancias objetivas para acceder a la petición de guarda compartida formulada por el padre, en tanto dicho sistema es el que mayor semejanza tiene con el modelo de convivencia y de cuidado llevado a cabo cuando los padres vivían juntos y con el modelo de convivencia acordado por los padres después de la ruptura que, aunque breve en el tiempo, no se ha evidenciado perjudicial para los niños. Los cambios de domicilio de los menores se producen igualmente con el régimen de comunicación establecido en la sentencia apelada que contempla una tarde entre semana con pernocta y en tanto no se ha

probado que resulten perjudiciales para los hijos, no pueden servir como única razón para denegar la guarda compartida en los términos en que ha sido solicitada.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 7 de octubre de 2010]

No es de aplicación al presente supuesto la Ley de 20 de mayo de 2010 sobre igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de los padres, en todo caso no se ha acreditado ningún cambio de circunstancias que aconseje la fijación de la custodia compartida.

[AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 5 de octubre de 2010]

La medida de la guarda y custodia compartida debe acordarse siempre en interés del menor, que es el criterio fundamental a tener en cuenta para tomar esta decisión, criterio que es independiente de las opiniones de quien deba adoptar dicha medida y que debe basarse en razones objetivas debiendo evitarse decisiones arbitrarias.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 1 de octubre de 2010]

Aunque se acredita que la madre delega en exceso las funciones de guarda en la abuela materna no se considera por el momento adecuado el cambio de custodia dado que si bien parece que el padre ha superado su antigua adicción no podemos olvidar que la menor tiene solo 6 años y, por tanto, con escasos recursos para autoprotegerse de cualquier eventualidad sobre una circunstancia sobrevenida relativa a una ingesta puntual por parte del padre cuando esté en su compañía. No obstante se accede a una ampliación del régimen de visitas.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2010]

Se acuerda el cambio de custodia a favor del padre al acreditarse la desatención de la madre para con su hijo menor, lo que se manifiesta en considerables e injustificadas ausencias al centro escolar donde cursa estudios, disminución constante y progresiva del rendimiento académico del menor (el tutor, en conversación telefónica con el equipo psicosocial, llegó a calificarlo de «nulo»), así como mal comportamiento por cuanto no presta atención y no acata las normas.

[AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 23 de septiembre de 2010]

Se desestima la petición de cambio de custodia con base en la enfermedad psíquica que padece la madre, ya que ello no fue obstáculo para que se le atribuyese la custodia en el anterior procedimiento no recurriendo la sentencia el padre, constando además en autos informes médicos que informan de una gran mejoría en su estado personal.

[AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 23 de septiembre de 2010]

El padre mantiene una actitud pasiva y de escasa implicación y participación con sus hijos cuando está con ellos durante el régimen de visitas, delegando su cuidado en sus padres, abuelos paternos, por lo que no procede concederle la custodia.

[AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 15 de septiembre de 2010]

RÉGIMEN DE VISITAS

No desconoce esta Sala que el padre ha sido diagnosticado de esquizofrenia, que requiere el correspondiente tratamiento y ha tenido varios ingresos psiquiátricos; no obstante, estas circunstancias no inhabilitan al padre para que pueda relacionarse con sus hijos, si bien adoptando las garantías que sean necesarias para salvaguardar el bienestar de aquellos.

[AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 11 de octubre de 2010]

Dividir las vacaciones de verano en cuatro períodos semanales alternos —como pretende la madre— no se estima una decisión adecuada porque desnaturaliza, sin causa justificada, la esencia de las vacaciones, donde debe procurarse una estancia más prolongada en el tiempo como fomento necesario de las relaciones paterno filiales, propósito que —con las especiales connotaciones que presenta el supuesto de autos— se logra con el establecimiento de dos períodos alternos de quince días, mediando entre ambos quince días en los que el menor estaría con su madre.

[AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 5 de octubre de 2010]

Se considera más adecuado no establecer una obligación al padre de difícil o imposible cumplimiento, atendiendo a la distancia entre las poblaciones de residencia del padre y de la madre y la hija, que distan unos 1.500 km, máxime teniendo en cuenta el importante gasto de desplazamiento que representa para aquél que tiene escasos medios económicos, por lo que sólo procederá fijar los fines de semana que sean «puente», tal como solicitó el padre.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2010]

Se acuerda la suspensión del régimen de visitas desestimándose la alegación del padre en cuanto a la existencia de un «síndrome de alienación parental» porque ello supone tanto como desconocer las verdaderas razones que condujeron a que los hijos no quieran ver ni estar con su padre, destacando los gravísimos problemas de alcoholismo padecidos por el padre, los episodios generados en el seno del núcleo familiar en presencia de los propios hijos, origen de diversos procesos penales y la actitud del padre generadora de una situación en los menores de miedo y terror.

[AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 23 de septiembre de 2010]

La circunstancia de que la madre y la hija hayan trasladado su residencia a Cataluña no justifica que el régimen de visitas con el padre comprenda todas las vacaciones de Semana Santa y Navidad.

[AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Sentencia de 23 de septiembre de 2010]

El menor está a punto de cumplir los dos años de edad y difícilmente es creíble que continúe con lactancia materna en horas nocturnas, por lo que no existe ningún obstáculo para que pernocte con el padre durante los fines de semana fijados en el régimen de visitas.

[AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 23 de septiembre de 2010]

No se ha acreditado que el padre tenga una dependencia al alcohol, pero sí consta un episodio de consumo abusivo de alcohol unido a un intento de autolisis, por lo que se encuentra ajustada a derecho la medida de que las visitas deban desarrollarse en casa de su hermana, tía de la menor.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 21 de septiembre de 2010]

No procede fijar régimen de visitas ya que la menor no tiene relación alguna con su padre desde que tenía un año y medio, siendo para aquella un total desconocido, y además, a pesar de tener conocimiento personal del proceso, no ha comparecido permaneciendo en rebeldía.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2010]

La distribución quincenal de las vacaciones de verano resulta más adecuada a la corta edad del menor —2 años—, en tanto evita largas separaciones de uno y otro progenitor que pueden causar confusión y sensación de abandono.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 17 de septiembre de 2010]

No se accede a la petición de que el régimen de visitas incluya la pernocta del domingo a fin de evitarles a los hijos madrugones innecesarios para viajar el lunes al comienzo de las clases escolares.

[AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 15 de septiembre de 2010]

VIVIENDA Y AJUAR FAMILIAR

Las partes asumirán el pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar en los mismos términos estipulados en el título constitutivo de tal obligación.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 13 de octubre de 2010]

Habiendo prestado el consentimiento la esposa en la constitución de la hipoteca sobre la vivienda familiar propiedad privativa del esposo, la posterior atribución del uso a favor de aquélla y de los hijos no puede oponerse al adjudicatario del inmueble tras la subasta del procedimiento de ejecución hipotecaria.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 8 de octubre de 2010]

El dejar de vivir en la vivienda que fue en su día familiar determinó que ese domicilio quedara desafectado de tal naturaleza de vivienda familiar, sin que vuelva a adquirirla por el hecho de que la madre manifieste que tiene intención de volver a ocuparlo.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2010]

Se estima la demanda de reclamación de daños y perjuicios interpuesta por la ex esposa contra su ex esposo dado que éste teniendo atribuido el uso de la vivienda familiar durante más de diez años omitió las elementales obligaciones de conservación y mantenimiento.

[AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2010]

El pago de la hipoteca debe efectuarse por mitad entre ambos cónyuges dado que no hubo ninguna petición expresa en otro sentido, siendo por tanto incongruente el pronunciamiento de la sentencia que acuerda que el esposo la abone en su integridad por más que el Ministerio Fiscal hubiese efectuado dicha petición en el acto de la vista ya que se trata de una materia de derecho dispositivo ajena a la protección tutelada por el Ministerio Fiscal.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 10 de septiembre de 2010]

Para que pueda otorgarse el uso de la vivienda al cónyuge no guardador de los hijos es necesaria la enervación de la muy sólida y fundada presunción que la sustenta, con la prueba en contrario de la necesidad o de las circunstancias que hacen del interés de aquél (el no guardador) el más necesitado de protección, y en el presente no se ha acreditado dicho interés.

[AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Sentencia de 10 de septiembre de 2010]

PENSIÓN ALIMENTICIA

La edad de la hija —24 años— y su inserción en el mercado laboral desde hace cuatro años, impiden la fijación de alimentos a cargo del padre, de conformidad con lo prevenido en el artículo 66 de la Ley del Derecho de la Persona de Aragón, y ello pese a que su salario no le permita una vida absolutamente independiente.

[AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 11 de octubre de 2010]

Tienen carácter extraordinario los gastos de mobiliario para la habitación de la menor.

[AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Auto de 11 de octubre de 2010]

Alegar que se encuentra en situación de desempleo y que sus ingresos se han visto reducidos prácticamente a la mitad con la percepción del subsidio de desempleo, no constituye una causa idónea para reducir la pensión alimenticia dado que la trayectoria laboral del demandante ha sido fluctuante, con períodos de empleo alternados con otros de desempleo.

[AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 7 de octubre de 2010]

Se acuerda mantener vigente la pensión alimenticia de la hija hasta el momento en que cobre de manera real y efectiva su primer sueldo como médico interno residente tras aprobar el MIR en las últimas oposiciones.

[AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2010]

Estando vigente una pensión alimenticia de 2.000 euros, se desestima la demanda en la que se solicita su elevación a 6.000 euros dado que lo que realmente encubre esta petición es conseguir una pensión compensatoria para la conviviente de hecho que no fue concedida en su momento, pues con aquella cantidad la hija tiene cubiertas todas sus necesidades aunque cambie a un colegio privado.

[AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 23 de septiembre de 2010]

Las dos hijas tienen una edad ya avanzada —31 y 28 años— como para que se procuren sus propios ingresos, no existiendo ninguna justificación ni de estudios ni de salud que im-

pliquen algún tipo de impedimento para el acceso al mercado laboral. Ni se ha acreditado que por parte de ellas se haya realizado un esfuerzo por acceder seriamente al mercado laboral.

[AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 20 de septiembre de 2010]

Se acuerda que en un año se extinga la pensión alimenticia del hijo que decidió abandonar los estudios, con un resultado totalmente negativo en los últimos cursos que realizó. Ciertamente el hijo carece de una formación especializada y el mercado de trabajo no está en sus mejores momentos, pero durante estos años tampoco se ha acreditado por parte del hijo un esfuerzo por acceder seriamente al mercado laboral.

[AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 13 de septiembre de 2010]

Aunque el padre lleve cuatro años en el paro y no perciba ingresos, procede fijar una pensión alimenticia a favor del hijo dado que consta su aptitud para la obtención de ingresos, su cualificación profesional como soldador, la actitud mostrada para hallar un medio de vida (acreditado desinterés o desidia en la búsqueda de empleo), la ausencia de cualquier tipo de imposibilidad para la obtención de recursos económicos, su juventud (nació en 1981) así como la inexistencia de gastos al residir en el domicilio de sus padres.

[AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Sentencia de 10 de septiembre de 2010]

No procede aumentar la cuantía de la pensión alimenticia dado que ya en el convenio regulador se pactó no atribuir el uso de la vivienda familiar, si bien se acordó que hasta tanto se procediese a su venta la esposa e hijos podrían permanecer en ella, llevada a cabo la venta y teniendo el padre los mismos ingresos no existe causa para modificar la cuantía de la pensión.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 9 de septiembre de 2010]

PENSIÓN COMPENSATORIA

Teniendo en cuenta que la esposa trabajó durante once años antes del matrimonio, que éste ha durado siete años y la edad de la beneficiaria, debe reducirse dicho período de tiempo al de dos años, que se considera suficiente para compensar el desequilibrio económico que la esposa ha sufrido como consecuencia de la ruptura de la convivencia y teniendo en cuenta que está cualificada para acceder al mercado laboral y que tiene experiencia y ha realizado diversos cursos con dicho fin.

[AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 13 octubre de 2010]

Encontrar trabajo o no depende de la formación, la edad, la experiencia laboral, las condiciones del mercado y factores aleatorios (relaciones personales, por ejemplo). En un entorno como el actual y con las condiciones personales de la ex esposa no es llamativo —y mucho menos reprochable— que no haya encontrado trabajo desde la separación, por lo que la pensión compensatoria debe mantenerse tal y como se pactó sin limitación temporal alguna.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 7 de octubre de 2010]

En el caso analizado está justificada la no fijación de limitación temporal a la pensión compensatoria dado que la esposa tiene 49 años, una minusvalía del 33%, falta de experiencia profesional continuada y ausencia de cualificación.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2010]

Encontrándose el esposo en situación de desempleo en el momento de declararse el divorcio siendo la esposa profesora, se fija a favor de aquél una pensión compensatoria de 280 euros durante tres años.

[AP Pontevedra, Sec. 6, Sentencia de 24 de septiembre de 2010]

Se trata de una convivencia de 26 años, la esposa tiene 54 años, tiene cualificación laboral pero carece de experiencia, no habiendo ejercido ninguna actividad remunerada relevante durante el matrimonio, por tales consideraciones no parece probable la supresión del desequilibrio existente en el momento de la ruptura con el transcurso del tiempo, por lo que procede declarar la pensión sin limitación temporal.

[AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 23 de septiembre de 2010]

Es cierto que el actor percibe unos ingresos netos mensuales de unos 5.000 €, pero también acredita importantes gastos mensuales superiores a los 3.000 € mensuales, y ello motivado esencialmente por la amortización de préstamos que ha tenido que contratar para saldar deudas de la mercantil que le fue adjudicada tras la liquidación de los bienes gananciales. Esta situación actual en la economía del actor constituye una evidente alteración sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta hace cinco años para fijar la cuantía de la pensión compensatoria y por ello ésta debe reducirse.

[AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 22 de septiembre de 2010]

Al fijar la pensión compensatoria en el anterior procedimiento se valoró a la hora de establecer la duración de dicho derecho, la posibilidad de que la beneficiaria accediera a un puesto de trabajo y se consideró aun así, que el plazo de tres años era necesario para reestablecer el equilibrio económico, por lo que la circunstancia de que haya comenzado a trabajar no es causa para extinguir la pensión compensatoria antes del plazo fijado.

[AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 21 de septiembre de 2010]

El importe obtenido por la ex esposa como consecuencia de venta de los bienes que se adjudicó en las capitulaciones matrimoniales no constituye motivo para solicitar la extinción de la pensión compensatoria, y ello a pesar de que vaya a percibir una cantidad cercana al millón de euros.

[AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 15 de septiembre de 2010]

Atendiendo a la edad de la esposa —49 años— y al hecho de haber desempeñado trabajos por cuenta ajena hasta el año 2003, resulta aconsejable limitar la duración del período del devengo de la pensión compensatoria a siete años.

[AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 15 de septiembre de 2010]

CUESTIONES PROCESALES

La parte actora no acredita que se haya producido una alteración sustancial de las circunstancias, entre otras razones porque no se presentan los elementos comparativos que se tuvieron en cuenta cuando se dictó la sentencia de separación y los que puedan concurrir en la actualidad.

[AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 21 de septiembre de 2010]

El Juez no puede oponerse a la aprobación del convenio regulador que contiene la liquidación de la sociedad de gananciales en base a que las adjudicaciones no respetan el principio de igualdad al tratarse de una cuestión exclusivamente económico-patrimonial privada entre los cónyuges.

[AP Cáceres, Sec. 1.ª, Auto de 21 de septiembre de 2010]

Cuando dos tribunales de distintos países están conociendo de demandas matrimoniales no pueden plantearse cuestiones de competencia sin perjuicio de poder denunciarse ante el tribunal polaco que conoce del asunto su posible falta de competencia a los fines contemplados en el artículo 17 del Reglamento.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 20 de julio de 2010]

Puesto que la propia sentencia razona en los fundamentos jurídicos la inconsistencia de las pruebas aportadas para el éxito de la pretensión planteada en el escrito de demanda de modificar las medidas, no existe motivo alguno para considerar que concurren dudas de hecho o de derecho que impidan aplicar el criterio general del vencimiento objetivo, en sede de procedimiento de modificación de efectos y por tanto se condena en costas a la parte actora.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 13 de julio de 2010]

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

No habiendo residido la hija con la madre durante los meses cuyo pago alimenticio reclama, sino que lo ha hecho con el padre, de manera que aquél se hizo cargo de las necesidades alimenticias de la referida hija durante los meses que se reclaman, no procede estimar la reclamación que aquélla efectúa, con indudable abuso de derecho, pues ello motivaría una situación de enriquecimiento injusto a favor de la acreedora y en contra de la persona obligada al pago.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 21 de octubre de 2010]

No existe el incumplimiento de visitas por parte del padre alegado por la madre, dado que es el menor, hoy de catorce años, quien no quiere irse con el padre.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 7 de octubre de 2010]

La cláusula de actualización está perfectamente determinada y es conocida y accesible por el demandado, tratándose de un índice objetivo y fácilmente cognoscible por lo que no

se exige previa comunicación por parte del acreedor, ni previo requerimiento, ni procedimiento judicial alguno.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 7 de octubre de 2010]

Puede ser injusto que, de acreditarse la independencia económica de los dos hijos beneficiarios de la pensión alimenticia, el padre tenga que seguir abonando ésta a la madre tal y como viene condenando en sentencia firme, pero en lugar de dejar de cumplir la sentencia de forma unilateral, pudo y debió acudir al procedimiento previsto en la Ley, cuando se produzca una alteración sustancial de las circunstancias.

[AP Cáceres, Sec. 1.ª, Auto de 21 de septiembre de 2010]

En los procesos de ejecución la condena en costas viene determinada por imposición legal, de manera que cuando se trata de una ejecución dineraria, las costas del proceso de ejecución se integran junto con los intereses.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 21 de septiembre de 2010]

Los pagos realizados directamente a los hijos o en forma distinta a la establecida en la sentencia, no pueden reputarse en principio como realizados en cumplimiento de la obligación alimenticia.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 21 de septiembre de 2010]

Los gastos de comedor de los días que los hijos permanecen en compañía del padre no pueden ser descontados de la pensión de alimentos.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 17 de septiembre de 2010]

El artículo 556 de la LEC exige para que las transacciones puedan oponerse a la ejecución que estén documentadas y que el documento sea público, por lo que negada la existencia del pacto por la parte ejecutante, sólo puede tener virtualidad como causa de oposición la presentación de un documento público que recoja el pacto, documento que no existe en el caso de autos y que no puede sustituirse por prueba testifical.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 17 de septiembre de 2010]

El hecho de que esté asumiendo el pago de los gastos alimenticios de la hija que con él convive no le exime de su obligación de pago de los alimentos del otro hijo, tal como se acordó en sentencia de divorcio, debiendo, en su caso, tal como le indica la resolución hoy recurrida, acudir al procedimiento de modificación de efectos de sentencia para solicitar la contribución de la madre a los alimentos de la hija, si le conviniera.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 14 de septiembre de 2010]

Se estima la petición de restitución de los menores dado que fue el padre quien decidió unilateralmente fijar su residencia en España con los niños, aprovechando el período vacacional no habiéndose acreditado que existiese consentimiento de la madre en dicho cambio.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 1 de septiembre de 2010]

Se inadmite la demanda ejecutiva interpuesta por el padre en la que reclamaba que se dicte resolución instando a los servicios técnicos del Punto de Encuentro competente para que remitan informe sobre el cumplimiento del régimen de visitas del hijo menor ya que si los empleados del Punto de Encuentro aprecian un incidente de trascendencia en el desarrollo del régimen de visitas remiten informe sin necesidad de reclamárselo.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 21 de julio de 2010]

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

La homologación judicial, en un proceso de divorcio, de la errónea calificación del régimen económico matrimonial no puede cambiar su verdadera naturaleza. El régimen económico del matrimonio es el que es y si los cónyuges por un error, de ellos mismos o de su asistencia letrada, declararon en un convenio regulador que su régimen económico es otro distinto, dicha manifestación, aun cuando forme parte del convenio regulador aprobado por sentencia no es más que una mera manifestación que no cambia ni determina la naturaleza del régimen económico.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 21 de octubre de 2010]

Carece de sentido práctico una administración compartida del negocio común ya que el grado de conflictividad existente entre las partes llevaría a una situación de difícil salida para él.

[AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 5 de octubre de 2010]

No se estiman las excepciones de prejudicialidad penal ni civil dado que las consecuencias tanto de la querella como de la demanda civil interpuestas por la ex esposa en su caso podrían dar lugar a la acción de complemento de la partición, pero no suponen ningún obstáculo para continuar con el procedimiento de liquidación del consorcio conyugal.

[AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2010]

El inmueble es propiedad exclusiva o privativa de la esposa, no ya porque el contrato privado de compraventa fue firmado y otorgado exclusivamente por ella, sino sobre todo y, fundamentalmente, porque los efectos de la disolución del régimen económico matrimonial han de retrotraerse —cuando menos— al día 21 de abril de 2006, fecha en la que los cónyuges ya se encontraban separados de hecho, siendo por tanto intrascendente que la sentencia de divorcio fuese de fecha posterior.

[AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 24 de septiembre de 2010]

El carácter ganancial de la vivienda expresado en la escritura pública ha quedado desvirtuado, porque dicha vivienda junto a la parcela que integraban el lote fue adjudicada por el SEREA al padre de don Julio desde el año 1975, quien abonó las cantidades estipuladas por dicha adjudicación, y al fallecimiento de dicho progenitor, todos los hijos y herederos acordaron que se adjudicase a don Julio la vivienda que formaba parte de dicho lote pues en ella reside el hermano discapacitado de quien se ocupa el demandado.

[AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 21 de septiembre de 2010]

No procede incluir en el activo un crédito por las cantidades retiradas por el esposo de una cuenta común al no haberse acreditado su destino privativo.

[AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de septiembre de 2010]

Tendrán reflejo en la liquidación de la sociedad de gananciales las obras o trabajos de suficiente entidad o relevancia y no de simples reformas vinculadas a la mera conservación del inmueble en razonables condiciones de habitabilidad, ya que el gasto de conservación ordinaria debe recaer sobre la persona que disfruta o posee el bien y éste no tiene incidencia en la liquidación.

[AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Sentencia de 16 de septiembre de 2010]

No puede incluirse en el pasivo de la sociedad consorcial una deuda por la instalación de calefacción y aire acondicionado en el inmueble común ya que dichas instalaciones tuvieron lugar mucho después de la sentencia de separación.

[AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 15 de septiembre de 2010]

Como la indemnización por despido se calcula sobre la base del número de años trabajados, no tienen naturaleza ganancial las cantidades correspondientes a los años en que no existía la sociedad de gananciales. Dado que la mayor parte de la indemnización por despido aún no se ha cobrado debido a la situación de insolvencia de la empresa existe un crédito de la sociedad de gananciales contra la empresa por el importe de la indemnización y salarios pendientes de pago.

[AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 10 de septiembre de 2010]

Sobre la petición de rescisión de la escritura de capitulaciones matrimoniales por causa de lesión, a la que puede acudir por la remisión genérica a las normas sobre partición de la herencia, procede cuando se lesione a una parte en más de la cuarta parte de los bienes, pero no cuando se hayan omitido algunos bienes. En este caso procede el complemento o adición.

[AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 6 de septiembre de 2010]

Si la parte demandada alega que el pago se efectuó al otorgarse la escritura de capitulaciones (se hizo constar que dicha cantidad era «en efectivo») corresponde a dicha parte procesal acreditar este extremo con base en lo dispuesto en el artículo 217 LEC, justificando por ejemplo la transferencia bancaria realizada desde una cuenta común de los cónyuges a una cuenta privativa de la esposa, acreditando bien la retirada de dicha suma con anterioridad al otorgamiento de la escritura, o bien la emisión de cheque o pagaré.

[AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 6 de septiembre de 2010]

No puede incluirse en el activo de la sociedad la vivienda que figura inscrita a nombre de la hija común apareciendo también ésta como titular del préstamo hipotecario, sin que puedan tampoco incluirse los pagos realizados por los padres para la compra de dicho inmueble pues el carácter gratuito de tales actos no genera crédito alguno a favor de la sociedad de gananciales.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 29 de julio de 2010]

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Se declara la nulidad del procedimiento de oposición al desamparo al no haberse dado traslado de los autos al padre de el menor.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 25 de octubre de 2010]

Los progenitores se encuentran incursos en causa de privación de la patria potestad al quedar constatado que el menor vivía una grave situación familiar de inestabilidad y desequilibrio debido a los problemas de salud mental de la madre, de adicción del padre al alcohol, de conflictividad familiar y malos tratos entre la pareja, y de negativa a colaborar con el Servicio y aceptar las indicaciones y recursos ofrecidos para la aplicación del programa de intervención. El alegado cambio de circunstancias no ha quedado debidamente acreditado.

[AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 5 de octubre de 2010]

Se confirma la resolución de desamparo dado que la madre no cumplió el programa de Asistencia a adicciones de la Cruz Roja, al que acudió irregularmente, minimizando y negando su problema con el alcohol.

[AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 5 de octubre de 2010]

Si bien es cierto que la madre niega los malos tratos, de los que existen importantes indicios, lo que impide ser protegida mediante los medios existentes en la actualidad a disposición de las víctimas de los delitos de violencia de género, no por eso debe denegarse la protección a los menores que, asimismo, al vivir en un entorno violento, son víctimas también de tal ambiente agresivo. Por ello se confirma la resolución de desamparo y el acogimiento con los abuelos maternos que le ofrecen un ambiente adecuado.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2010]

FILIACIÓN

Practicada la prueba biológica no puede llevarse a cabo una segunda prueba cuando no se ha probado que se haya producido error o fallo en la cadena de custodia de las muestras como se alega, sino todo lo contrario, están perfectamente identificadas e individualizadas las tres personas a las que se tomaron las muestras y con ellas se hizo la posterior prueba biológica.

[AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 7 de octubre de 2010]

Se considera prescrita la acción de responsabilidad extracontractual por daño moral interpuesta por el ex esposo tras la declaración de que no era el padre de una de las hijas, dado que aunque estamos ante un supuesto de daños continuados existe un plazo determinado para el ejercicio de la acción.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de julio de 2010]

El derecho a percibir una pensión alimenticia a favor de descendiente es exigible no desde la fecha de interposición de la demanda, sino desde la fecha en que se dicte la sentencia en que se fije la pensión tras haberse declarado la paternidad.

[AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 23 de junio de 2010]

El resultado de la prueba biológica es que existe una probabilidad de paternidad del 99,99%, lo que permite declarar plenamente acreditado que el demandado es el padre del menor y, en todo caso, como efectivamente queda un porcentaje de un 0,01% de que no lo sea, ante la contundencia del resultado, correspondería a la parte demandada la carga de probar que se encuentra en ese 0,01%.

[AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 23 de junio de 2010]

UNIONES DE HECHO

Teniendo ambos progenitores de nacionalidad marroquí residencia en nuestro país debe admitirse a trámite la petición de adopción de medidas paterno filiales, sin que constituya obstáculo alguno que por un tribunal de Marruecos se haya dictado ya sentencia de divorcio dado que ésta aún no ha obtenido el correspondiente exequátur.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 14 de octubre de 2010]

No se fija pensión compensatoria al cesar la convivencia de una pareja de hecho pues dicha pretensión la fundamentó la conviviente en el artículo 97 del Código Civil, rechazándose la posibilidad de aplicar analógicamente este precepto, previsto como efectos de la disolución o separación del matrimonio a las rupturas de las uniones de hecho.

[AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 24 de septiembre de 2010]

No existe ningún obstáculo procesal para que en un procedimiento de adopción de medidas paterno filiales el juzgado se pronuncie sobre la adjudicación del uso de la vivienda o domicilio familiar ni sobre la obligación de contribuir los progenitores a satisfacer, por mitad, el préstamo hipotecario que grava la indicada vivienda.

[AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 23 de septiembre de 2010]

La sentencia no hace ningún pronunciamiento sobre el uso de la vivienda por cuanto no hay precepto legal que ampare dicha petición en las uniones estables de pareja si no va unido a la custodia de los hijos menores, máxime cuando el progenitor que solicita su uso no está ocupando de forma efectiva la vivienda.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 21 de septiembre de 2010]

No procede fijar la compensación económica a favor de la conviviente de hecho al no constar que el otro integrante de la pareja haya adquirido a su costa un patrimonio durante la convivencia.

[AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 15 de septiembre de 2010]

SUCESIONES

El contrato de vitalicio constituye en realidad donación encubierta dirigida exclusiva y directamente a favorecer en la herencia a una de las hijas, por lo que estamos en presencia de una donación que perjudica la legítima y que debe reducirse.

[AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Sentencia de 16 de septiembre de 2010]

Extinguído el usufructo universal y vitalicio de la herencia del esposo al contraer la esposa nuevas nupcias, la posterior declaración de nulidad de este segundo matrimonio no rehabilita el usufructo.

[AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Sentencia de 10 de septiembre de 2010]

En la posesión de los bienes de la herencia y el cobro de rentas y frutos no se aplican las normas sobre la posesión de buena fe sino las que regulan la sociedad de gananciales y la partición hereditaria.

[AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 6 de septiembre de 2010]

CUESTIONES PENALES

No se vulnera ningún derecho fundamental por que la condena por delito de lesiones en el ámbito familiar lleve implícita «en todo caso» la pena accesoria de prohibición de aproximación a la víctima aunque sea en contra de la voluntad de la lesionada, disponiendo además el tribunal de un amplio margen temporal para imponer dicha pena.

[Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia n.º 60/2010, de 7 de octubre]

No se causó indefensión al acusado por el hecho de que la mujer aportase en el acto del juicio un informe pericial no anunciado como prueba en el escrito de acusación dado que aquél ni en ese momento ni en ninguno posterior solicitó la suspensión del acto del juicio ni propuso nuevas pruebas, por lo que la indefensión que se denuncia es imputable a su falta de diligencia procesal.

[Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia n.º 52/2010, de 4 de octubre]

Aunque la víctima no se ha opuesto expresamente a la concesión de la gracia de indulto se ha de decir que estamos ante delitos públicos y que no se han dejado en manos de los perjudicados a fin de evitar precisamente la disposición y manipulación de éstos según las circunstancias personales, familiares y económicas en un momento determinado.

[AP Cáceres, Sec. 2.ª, Auto de 23 de septiembre de 2010]

Se condena al padre por un delito de impago de pensiones dado que el que los abuelos ayudasen económicamente a las necesidades de la menor no exime al padre de cumplir con sus obligaciones para con su hija, pues a quien le correspondía y le corresponde la obligación es a él, algo reconocido en su obligación judicial.

[AP Cáceres, Sec. 2.ª, Sentencia de 23 de septiembre de 2010]

OTRAS CUESTIONES

No se dan los presupuestos para fijar la indemnización del artículo 41 del CF pues la esposa no ha dejado nunca de trabajar ni ha abandonado su carrera profesional, siempre ha trabajado y su dedicación al hogar no puede calificarse de prevalente, porque su hija pasaba poco tiempo en casa y porque ha tenido ayuda doméstica.

[AP Barcelona, Sec. 18.^a, Sentencia de 21 de septiembre de 2010]

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

1. **Contenido.** La *Revista de Derecho de Familia* publica exclusivamente artículos y colaboraciones originales que versen sobre temas de actualidad en materia de Derecho de Familia desde un punto de vista eminentemente práctico.
2. **Lengua y formato.** Los artículos deberán estar redactados en castellano y escritos en Word u otro formato compatible. Deberán escribirse a espacio y medio, a cuerpo 12 y su extensión no deberá superar, salvo excepción aprobada por el Comité de Evaluación de la Revista, las 30 páginas, incluidas notas, bibliografía y anexos, en su caso. En el encabezamiento del artículo debe incluirse, junto al título, el nombre del autor o autores y su filiación académica, profesional o cargo.
3. **Resúmenes en español e inglés.** Los artículos deben acompañarse de un breve resumen de un máximo de 10 líneas en español e inglés. Si el resumen se presenta sólo en castellano, la Revista lo traducirá al inglés para su publicación.
4. **Dirección de envío.** Los originales se deben enviar, preferentemente, en soporte informático o por correo electrónico a Editorial Lex Nova, calle General Solchaga núm. 3, 47008 Valladolid, Tlf.: 983 457 038, Fax: 983 457 224, e-mail: redaciv@lexnova.es con indicación de su destino a la *Revista de Derecho de Familia*. También pueden remitirse en papel a la misma dirección postal. Se hará constar expresamente en el envío el teléfono de contacto y la dirección de correo electrónico del autor.
5. **Evaluación.** Los originales serán evaluados por el Comité de Evaluación de la Revista, a efectos de su publicación. La Revista comunicará a los autores el resultado de la evaluación y la fecha aproximada de publicación, en su caso.

NOTAS

NOTAS

NOTAS

NOTAS

NOTAS
