Revista de Derecho de familia

DOCTRINA · JURISPRUDENCIA · SECCIÓN PRÁCTICA · NOTICIAS

Revista de
Derecho
de Familia
núm. 45
octubre-diciembre 2009

Director:
**Antonio Javier
Pérez Martín**

Sumario

Presentación	3
Índice	5
Estudios Doctrinales	23
Jurisprudencia	67
Resoluciones de la DGRN	223
Sección Práctica	229
Derecho Comparado	243
Tribuna Abierta	273
Publicaciones, Noticias y Datos de Interés	285
Avances Jurisprudenciales	315

LEX NOVA

Revista de
**Derecho
de Familia**

La versión on line 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 2009

Edición

Lex Nova, S.A.
General Solchaga, 3
47008 Valladolid
Tel. 983 457 038
Fax. 983 457 224
E-mail. clientes@lexnova.es

Diseño

MAC-115

ISSN

1139-5168

Depósito Legal

VA. 803-1998

Printed in Spain
Impreso en España

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase 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.

PRESENTACIÓN

Síndrome de alienación parental, por favor, un momento de reflexión

Hay que ver lo que se está liando con el SAP. Las discusiones en torno a su existencia y negación nos recuerdan a muchos debates estériles entre el PSOE y el PP discutiendo sobre un tema. Los dos partidos saben perfectamente dónde está el problema, pero cada uno entiende que debe solucionarse de una manera, y en el camino se entrecruzan disputas, recuerdos del pasado y a veces insultos, y todo esto no sirve de nada porque el problema sigue estando allí, pero las fuerzas se gastan en el debate dialéctico.

Eso es lo que está pasando con el SAP, se están malgastando los esfuerzos de muchos profesionales y parece que se va a ganar algo si finalmente el SAP se incluye o no en el DSM.

Actualmente hay que reconocer que el SAP no está catalogado como una enfermedad y desde un punto de vista estrictamente doctrinal y académico hay que darles la razón a quienes niegan su existencia. Pero los que nos dedicamos al derecho de familia sabemos que existen situaciones en las que un progenitor, con malas artes y en su propio beneficio (con ello quiere justificar que el fracaso de la relación de pareja se debe al otro), influye determinantemente en un menor para apartarlo del otro. Y esto no puede aceptarse, y aquí debe darse la razón a los que pretenden que se catalogue médicamente la situación por la que atraviesa ese menor.

Imaginemos que finalmente el SAP no se incluye en el DSM ¿Significa esto que cuando un hijo no quiere ver su padre ni en pintura, las cosas se quedan así? Parece que no, que habrá que investigar el porqué de esta situación y buscar las soluciones para normalizar la relación paterno-filial.

Pero supongamos también que el SAP se incluye en el DSM. En este caso habrá que ser realistas y pensar que será difícil que los tribunales acuerden en un proceso la práctica de una prueba pericial médica para que lo diagnostique. Esto es lo que pasa en la actualidad cuando un cónyuge imputa al otro alguna enfermedad mental para impedir que le atribuyan la custodia o que no exista régimen de visitas, o que sea restringido. Hemos visto muy pocos casos en los que, sin existir antecedentes psiquiátricos, se admite una prueba pericial para que diagnostiquen la enfermedad psíquica que puede padecer uno de los progenitores. Y no se admite, porque el procedimiento civil no está para detectar enfermedades. Que alguno haga la prueba y en un próximo juicio solicite una prueba pericial médica para ver si el marido o la mujer tiene algún tipo de problema psíquico porque le parece que tiene unas conductas raras.

Ahora bien, qué es lo realmente importante y en qué hay que aunar esfuerzos. Sencillamente detectar las interferencias parentales que impiden la relación paterno-filial. ¿Por qué los que niegan la existencia del SAP no negarán que estas situaciones se producen en la realidad?

Para los juristas es muy difícil conocer por qué un hijo no quiere irse con su padre, y hay que ser realistas, la dinámica del proceso no permite muchas veces a los jueces y tribunales conocer el fondo del problema, y para eso precisamente están las pruebas periciales. En este punto, como señalaba el otro día en una entrevista el profesor Domènec Luengo, «es necesaria la tecnificación de los jueces. El juez de familia debe saber mucho más que repartir coches, casas y alimentación. Tiene que controlar afectos. Y eso, mayoritariamente, no lo hace». Pues bien, aquí es donde entran en juego los equipos psicosociales y los peritos de parte que con sus informes ilustran a los jueces para que dicten sentencia y adopten las medidas paterno-filiales más adecuadas en cada caso.

¿Qué es lo que hay que trasladarle al juez antes de que dicte el auto de medias provisionales, la sentencia o el auto resolviendo un incidente de ejecución? Pues sencillamente las causas que impiden que un hijo se vaya con su padre, su origen, y lo que es más importante, qué remedios hay para normalizar la relación. Habrá casos graves, posiblemente los menos, que exigirán apartar al menor del progenitor custodio ya que otra solución intermedia sería ineficaz; habrá casos en los que puede mantenerse la custodia, pero exigirá un tratamiento profesional para el grupo familiar; habrá casos en los que una readaptación del régimen de visitas para ir de menos a más solucionará el problema; habrá casos en los que el simple apercibimiento judicial sirva para encauzar de nuevo la relación, y habrá casos en los que el padre, por su actitud, no merezca relacionarse con el menor.

El estudio de todas estas cuestiones es lo importante y no si finalmente el SAP se incluye o no en el DSM, o es que creemos que el informe de un médico diagnosticando el SAP va a resolver el problema (alguno pensará que saldrán fármacos para curar el SAP). Cuánto acertó el Juez Francisco Serrano al citar en un artículo las palabras del doctor Marañón: «los síndromes y las enfermedades no existen, lo que existen son personas enfermas». Los SAP o las interferencias parentales, o como se les quiera llamar se ven a diario en los juzgados, pero lo importante es lo que viene después y aquí es donde todos los esfuerzos son pocos.

ÍNDICE

ESTUDIOS DOCTRINALES

Nueva regulación tras la Ley 54/2007 de adopción internacional de los efectos jurídicos en España de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras.

Sandra García Cano

25

La obligación de alimentos entre los miembros de la pareja estable.

Beatriz Verdera Izquierdo

51

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

LESIONES EN EL ÁMBITO FAMILIAR

Se declara la nulidad de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial que modificando los hechos probados de la sentencia del Juzgado condenó a un señor como autor de un delito de lesiones en el ámbito familiar cuando había sido absuelto por el Juzgado de lo Penal.

Tribunal Constitucional, Sec. 2.ª, Sentencia 144/2009, de 15 de junio

69

DELITO DE IMPAGO DE PENSIONES

Se declara la nulidad de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial que condenó a un señor por el delito de impago de pensiones sin darle la posibilidad de ser oído por el Tribunal de apelación, teniendo en cuenta que fue absuelto por el Juzgado de lo Penal.

Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 144/2009, de 15 de junio

71

TRIBUNAL SUPREMO

FILIACIÓN

Declaración de la filiación paterna no matrimonial y exclusión del padre de las facultades de la patria potestad conservando el hijo los dos apellidos de la madre, al haberse declarado la filiación con la oposición expresa del padre.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 12 de noviembre de 2008

76

La filiación no matrimonial determinada por virtud de reconocimiento, aun siendo de complacencia, puede ser impugnada por falta de correspondencia con la realidad biológica por la vía y con los presupuestos establecidos en el artículo 140 del Código Civil, y no únicamente por vicio de consentimiento, que afecta al acto del reconocimiento, y no a la filiación determinada por éste, según lo dispuesto en el artículo 141 del mismo cuerpo legal.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 5 de diciembre de 2008

78

PENSIÓN COMPENSATORIA

Puede fijarse la pensión compensatoria sin limitación temporal cuando las circunstancias concurrentes lejos de conducir a una previsión favorable a una fácil reinserción laboral, aplicando la lógica y la razón, son más bien indicadoras de lo contrario: que no va a poder procurarse en poco tiempo un medio de vida que le permita prescindir de la pensión y que no va a lograr por sí desenvolverse autónomamente y superar el desequilibrio.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de noviembre de 2008

83

Es intrascendente para establecer una pensión compensatoria a favor de la esposa que ésta se adjudicase en la liquidación de la sociedad de gananciales bienes por valor de más de un millón de euros.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de marzo de 2009

90

VIVIENDA FAMILIAR

La cesión de la vivienda que hizo la madre del esposo en consideración al matrimonio de su hijo y con objeto de que él y su esposa establecieran en ella el hogar conyugal y familiar donde iban a residir junto con los hijos habidos en el matrimonio, al que de esa forma se ayudaba económicamente, no permite por sí sola reconocer a la demandada un título capaz de enervar la acción de desahucio.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 13 de noviembre de 2008

95

Se mantiene el uso de la vivienda acordado a favor de la ex esposa e hijos a pesar de la procedencia de su división, siendo doctrina jurisprudencial que la persona a quien dicho uso se atribuyó en la sentencia de separación o divorcio tiene un título que puede oponer a los terceros adquirentes mientras subsista la situación que dio lugar a su atribución. El ejercicio de la facultad de pedir la división no constituye un acto de disposición que requiera el consentimiento del otro cónyuge copropietario.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 3 de diciembre de 2008

98

MENORES

Vulnera el derecho a la intimidad la publicación hasta en tres ocasiones de unas fotos en las que en el Real de la Feria de Sevilla aparecen dos niños de corta edad ataviados con los trajes típicos de esas fechas en la parte trasera de un coche de caballos, iniciando el gesto de darse un beso. Cada niño deberá de ser indemnizado con 3.000 euros.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 19 de noviembre de 2008

101

ÍNDICE

Se desestima la reclamación de una indemnización solicitada por los padres de un menor que sufrió graves lesiones en la clase de gimnasia al no considerarse suficientemente relevantes desde el punto de vista de la imputación objetiva las omisiones que se atribuyen al profesor.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de febrero de 2009

106

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Obligación de las herederas de la esposa de hacerse cargo de la parte proporcional de la deuda tributaria generada por la venta de un inmueble propiedad de aquella en *pro indiviso* con su ex esposo.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de febrero de 2009

109

UNIONES DE HECHO

Se estima la reclamación efectuada por la conviviente y se le conceden 161.715 euros por haber existido una relación de pareja durante quince años y haber trabajado aquella durante varios años como empleada administrativa, sin salario, para la sociedad propiedad del conviviente.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 11 de diciembre de 2008

113

SUCESIONES

Ante la reclamación de legítima correspondiente a una hija extramatrimonial, dada la iliquidez de la cuantía y aplicando el principio *in iliquidis non fit mora* se desestima la petición de que los intereses se abonen desde la fecha de interposición de la demanda.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de noviembre de 2008

118

Efectuada la partición de forma consensual por los herederos, el contador partidor designado por el testador carece de legitimación para impugnarla.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 5 de diciembre de 2008

120

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

PENSIÓN ALIMENTICIA

Extinción de la pensión alimenticia de la hija que abandonó sus estudios a los 16 años, colocándose voluntariamente en disposición de poder trabajar en aquellas ocupaciones a las que puede accederse desde dicha preparación, y tuvo desde entonces varios trabajos de poca entidad, abandonados voluntariamente, no habiendo acreditado que en la actualidad lleve a cabo una búsqueda activa de empleo, lo que supone que ella misma, con su inactividad, ha creado esa situación de necesidad.

TSJ Aragón, Sentencia de 2 de septiembre de 2009

123

AUDIENCIAS PROVINCIALES

GUARDA Y CUSTODIA

Habiéndose atribuido el padre la guarda sobre el hijo mayor y la madre la concerniente al hijo pequeño, la diferencia de edad entre los hermanos merma la incidencia de su separación, atenuada por la convivencia en períodos de visitas y vacaciones.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 26 de mayo de 2009

125

El padre viene diagnosticado de trastorno bipolar cuya trascendencia se ha de ponderar en orden a su estabilidad emocional y la tensión que aparejan conflictos vitales, por lo que no se estima adecuado atribuirle la custodia a pesar de que por su condición de jubilado tiene más tiempo para atender al menor.

AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 14 de mayo de 2009

126

Detectado un caso de alienación por parte de la madre, aunque se mantiene la custodia, se acuerda el ingreso de la menor en un centro de acogida por un plazo de tres meses con la finalidad de que reciba la terapia y el control adecuado por parte de los profesionales del Centro, iniciándose los contactos con el padre de forma progresiva y suspendiéndose por el momento los contactos con la madre.

AP Almería, Sec. 2.ª, Sentencia de 13 de mayo de 2009

127

La voluntad de los hijos no es decisiva a la hora de adoptar una solución a estos conflictos, aunque deban ponderarse con atención y mesura las razones esgrimidas por ellos, lo que en el caso de autos conduce a relativizar su importancia, cuanto más si se tiene en cuenta su edad –de 10 y 7 años, respectivamente– con la inmadurez de juicio que ello supone.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 8 de mayo de 2009

130

Se otorga la custodia compartida si bien condicionando su efectividad a que el padre fije su domicilio en la misma ciudad donde reside el menor.

AP Alicante, Sec. 9.ª, Sentencia de 24 de abril de 2009

131

Siendo tanto los hijos como los padres de nacionalidad holandesa y habiendo surgido la crisis al poco tiempo de trasladarse la familia a nuestro país, se acuerda atribuir la custodia al padre que ha vuelto a fijar su residencia en Holanda, ya que la madre regenta un bar y carece de entorno familiar de apoyo.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 7 de abril de 2009

133

La excesiva judicialización de las relaciones entre los progenitores con respecto a la menor, el elevado grado de conflictividad existente entre ellos y la constatada actitud de la madre reacia a permitir una adecuada y normalizada relación de la menor con su padre y hermanas mayores consanguíneas, pese a las advertencias y apercibimientos judiciales, desaconsejan el establecimiento de una custodia compartida.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 1 de abril de 2009

134

ÍNDICE

El Equipo Psicosocial no ha detectado síndrome de alienación parental en la menor, pero sí ha constatado la realidad de un conflicto de lealtad, con sensación de culpa, en la niña, y por ello debe ratificarse la atribución al padre de la custodia de Felicidad, como recomienda el informe del Equipo Psicosocial en aras de la estabilidad emocional de la propia menor.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 1 de abril de 2009

135

RÉGIMEN DE VISITAS

El aumento de tardes con el padre, que poco añadiría a lo acordado, sí que podrá suponer un trastorno para el desenvolvimiento de los menores, modificando lo que es usual, de asistencia al colegio y estancia posterior en su domicilio.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 29 de mayo de 2009

135

No hay que olvidar que es el progenitor no custodio, el que de forma voluntaria ha trasladado su residencia fuera de la localidad donde reside su hija, ocasionando con ello unos gastos que deben ser por él costeados, debiendo igualmente asumir las consecuencias en cuanto a desplazamientos que conlleva el cumplimiento de derecho a realizar las visitas.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2009

136

Es procedente el régimen de visitas establecido en función de que el hijo menor cumpla tres años de edad.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2009

136

Se establece como régimen de visitas y comunicaciones con el progenitor no custodio durante los primeros tres meses, una hora a la semana, que coincidirá con el horario de visitas en prisión, debiendo la madre conducir al menor al centro penitenciario, en la puerta del cual será recogido por el tío paterno o por persona que se designe quien conducirá al menor al encuentro con su padre y estará presente durante la visita.

AP Alicante, Sec. 6.ª, Sentencia de 18 de mayo de 2009

137

En el juicio quedó reconocido que el padre vive en una finca rústica donde la única edificación es una «casa de aperos», carente de servicios higiénicos esenciales. Por esta razón resultan inadecuadas las pernoctas de la hija en dicho lugar.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 13 de mayo de 2009

138

La presencia de la menor en los actos de violencia de género que motivaron la condena del padre y las diversas incidencias en el cumplimiento del régimen de visitas aconsejan la fijación de un régimen restrictivo de unas horas a desarrollar en el punto de encuentro.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 28 de abril de 2009

138

Hasta que el menor supere el rechazo hacia el padre se fija un régimen de visitas restrictivo en presencia de alguno de los abuelos paternos.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 24 de abril de 2009

139

Aunque el padre sustrajo al hijo menor siendo recuperado posteriormente por la policía (no transcurrieron 24 horas) se considera procedente fijar un régimen de visitas restrictivo con supervisión del punto de encuentro.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 7 de abril de 2009

140

VIVIENDA FAMILIAR

Es de aplicación el párrafo primero del artículo 96 del CC y procede atribuir la vivienda a la madre con la que convive la hija menor de edad. La limitación del uso a diez años no parece acorde con el precepto, que no sujeta dicho uso a ningún condicionante y cabe la probabilidad de que, pasado dicho plazo, aún las hijas o alguna de ellas tenga necesidad de mantener la convivencia con la progenitora.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 29 de mayo de 2009

140

Aunque exista una posibilidad cierta de que la esposa adquiera una vivienda para residir con los hijos, procede atribuirles el uso de la vivienda familiar, dado que aquella compra depende del dinero que obtenga en la liquidación de gananciales.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 22 de mayo de 2009

141

Atribuida la guarda y custodia de la hija menor común al padre, debe estarse al interés de la hija menor, que no es otro que la atribución de la vivienda familiar, sin que deba mover esta atribución *ex lege* motivaciones de un supuesto mayor interés digno de protección al cónyuge que queda sólo habiendo hijos comunes, pues, en cualquier caso, el padre no reside en vivienda propia.

AP Alicante, Sec. 9.ª, Sentencia de 22 de mayo de 2009

142

Si en el convenio regulador aprobado por la sentencia de separación se pactó el uso del domicilio familiar por tres años, aunque los hijos sean aún menores de edad la sentencia debe ejecutarse en sus propios términos.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Auto de 18 de mayo de 2009

143

Se modifica el uso de la vivienda a favor del esposo dado que su interés es el más necesitado de protección puesto que tiene una nueva pareja de la que próximamente va a tener descendencia, teniéndose en cuenta, además, que la esposa pasa la mayor parte del tiempo en casa de sus padres. Dicho uso se atribuye por plazo de dos años.

AP Granada Sec. 5.ª, Sentencia de 15 de mayo de 2009

143

Se establece a cargo del esposo la obligación de abonar el importe del alquiler de una vivienda para su uso y ocupación en favor de los hijos y la madre, en el supuesto del desalojo de la actual residencia familiar, por cualquier razón, renta que deberá abonar en un importe aproximado de 2.500 euros mensuales.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 3 de abril de 2009

145

PENSIÓN ALIMENTICIA

Aunque el hijo no trabaja ni estudia no procede dejar sin efecto la pensión alimenticia, ya que el ofrecimiento realizado por el padre para que trabaje con él es inviable dadas las malas relaciones existentes entre ambos.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 29 de mayo de 2009

146

ÍNDICE

Esta Sala se ha decantado, en supuestos como el presente de alimentista de más de 25 años que aún no había terminado sus estudios y no se había incorporado el mercado laboral, por establecer un límite temporal, pues ello ha de incentivar al alimentista a esforzarse para finalizar su trayectoria académica o encontrar un trabajo retribuido.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 22 de mayo de 2009

146

La única variación que observamos es la consistente en que el empresario para el que presta sus servicios no consigna en las nóminas el concepto de dietas, tal y como lo hacía con anterioridad, por lo que hemos de considerar que los ingresos son los mismos, con independencia de que se omita un concepto y su finalidad, pues estimamos que obviamente debe seguirse sufragando y percibiendo.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 15 de mayo de 2009

147

La cuota de Ampa y el Seguro Escolar son gastos indispensables que se encuadran dentro de los alimentos, por lo que deben quedar excluidos de la reclamación de gastos extraordinarios. Otros como el viaje a Picos de Europa, los viajes a Inglaterra, las clases de *ballet* o de *break-dance*, no son gastos que notoriamente se incluyen dentro de los que se acometen conforme a los usos sociales –lo que debe ser entendido en sentido restrictivo– ni menos aun son de urgente necesidad, sino que deben ser considerados como gastos superfluos de diversión o placer, por lo que era ineludible un acuerdo previo entre los cónyuges o, en su defecto, la necesaria decisión judicial previa.

AP Granada, Sec. 5.ª, Auto de 12 de mayo de 2009

148

Si bien es cierto que los trabajos por cuenta ajena los han venido realizando los hijos de forma discontinua, también es evidente que acreditan una capacidad para ejercer un oficio remunerado que les permita atender a sus necesidades, sin depender de la manutención del padre; lo que, puesto en relación con la deficiente situación económica de éste, justifica la extinción de la pensión alimenticia.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 28 de abril de 2009

149

Por mucho que el padre tenga derecho a acceder a una vivienda digna, la compra realizada y la deuda generada por ella no puede motivar una reducción de la pensión alimenticia del hijo.

AP Alicante, Sec. 9.ª, Sentencia de 28 de abril de 2009

150

PENSIÓN COMPENSATORIA

Para el cálculo de la pensión compensatoria la cantidad que percibe el esposo debe ser minorada en las cargas de carácter permanente y estable que debe soportar, entre las que se pueden incluir las pensiones alimenticias de los hijos, el pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar si hubiere hijos menores, el alquiler de vivienda u otras de carácter semejante que tenga que satisfacer.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 29 de mayo de 2009

150

En orden a la limitación temporal de la pensión compensatoria, esta Sala considera en el caso concreto de autos que debe quedar sin efecto, pues la esposa no cuenta con formación que le permita una inserción rápida en el mercado laboral y menos aun en situaciones como la presente, de crisis económica y de empleo acentuada.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 29 de mayo de 2009

151

Se reduce la cuantía de la pensión compensatoria ya que cuando se estableció, se tomaron en consideración los emolumentos que el esposo percibía como piloto, los cuales han quedado reducidos a una ínfima parte como consecuencia de la jubilación y los ingresos suplementarios a la pensión no han sido probados.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 22 de mayo de 2009

152

No se concede pensión compensatoria, en la medida en que las causas de extinción son también causas de no concesión o declaración del derecho. En el caso contemplado, ha de apreciarse dicha situación cuando la propia actora reconoce en su interrogatorio que tiene pareja desde hace año y medio o dos años, lo que confiere ese carácter estable exigido por el precepto para extinguir la pensión y, por lo dicho, para no reconocerse el derecho.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 15 de mayo de 2009

153

Con independencia de que los ingresos salariales del ex esposo puedan ser en este momento inferiores a los de la ex esposa, ello en absoluto justificaría por sí solo el reconocimiento de una pensión compensatoria, toda vez que al haberse contraído el matrimonio cuando ambos cónyuges estaban ya incorporados a la vida laboral, es claro que ni éste ni la ruptura de la convivencia han incidido en la situación económica del recurrente al no haber alterado ni influido en absoluto su situación laboral y autonomía económica.

AP Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 11 de mayo de 2009

154

No hay causa que dé lugar a una modificación de la pensión compensatoria, pues cuando se estableció, ya se tuvo en cuenta que esporádicamente la esposa realizaba labores de costura en su domicilio tal y como lo hacía cuando se presentó la demanda instando la modificación de medidas.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 8 de mayo de 2009

155

El premio de lotería de 108.000 euros no es causa para extinguir la pensión compensatoria.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 5 de mayo de 2009

156

Pensión compensatoria en un pago único de 50.000 euros tras 35 años de matrimonio dándose la circunstancia de que la esposa tiene una profesión estable como maestra ya que el importante patrimonio del esposo le permitió un elevado nivel de vida.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 28 de abril de 2009

157

La celebración por la esposa de un contrato de trabajo por cuenta ajena por un período de cinco años y que le ofrece altas posibilidades de consolidar su puesto como empleada con carácter indefinido para la empresa en la que presta sus servicios, comporta una variación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta a la hora de fijar la pensión y en consecuencia procede declarar su extinción.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 2 de abril de 2009

158

No se fija pensión compensatoria en el divorcio dado que en el convenio regulador de la separación se pactó una pensión temporal durante un año.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 2 de abril de 2009

159

CONVENIO REGULADOR

Se condena al padre al abono de 10.558 euros más los intereses legales en concepto de pensiones alimenticias pactadas contractualmente entre los progenitores, no siendo obstáculo que en la fijación de la pensión no interviniese ni el Juez ni el Ministerio Fiscal.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 3 de abril de 2009

159

CUESTIONES PROCESALES

En el escrito de preparación únicamente se combatió la pensión compensatoria, por lo que es extemporáneo ahora referirse en el recurso a la pensión alimenticia de los hijos.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 29 de mayo de 2009

159

Habida cuenta de que el Juzgado de Familia tenía ya señalada la celebración de la comparecencia de medidas provisionales, no procedía la inhibición al de Violencia, con independencia de que se hubiera localizado al demandado, pues una vez más ha de insistirse en que la finalidad de la Ley es conseguir la rápida resolución de la situación familiar.

AP Alicante, Sec. 5.ª, Auto de 29 de abril de 2009

160

Estando tramitándose en Alemania un procedimiento de separación entre los cónyuges, se desestima la demanda interpuesta en nuestro país por el esposo solicitando que se regule el uso compartido de la vivienda actualmente ocupada por la esposa.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2009

161

Nulidad de la sentencia de modificación del régimen de visitas al no haber sido oída la hija mayor de doce años.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 15 de mayo de 2009

162

Nulidad de lo actuado en un procedimiento de divorcio en el que se solicitaba la extinción de la pensión alimenticia del hijo mayor de edad al no haber sido demandado este último.

AP Córdoba, Sec. 2.ª, Auto de 13 de abril de 2009

162

En el procedimiento de divorcio no puede resolverse la petición de alzamiento de la retención del sueldo del esposo que se acordó en la ejecutoria de la sentencia de separación.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 3 de abril de 2009

163

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

La obligación de alimentos ha sido establecida y determinada *ex novo* y por primera vez en dicha sentencia, con motivo de la actual demanda de fijación de medidas de una pareja de hecho, siendo que ésta no ha ido precedida de pronunciamiento alguno, ni en el presente procedimiento, ni en ningún otro previo, por lo que la decisión del Juzgador *a quo* de retrotraer la obligación de pago de la demandada a la fecha de interposición de la demanda se ajusta plenamente al precitado artículo 148.

AP Alicante, Sec. 6.ª, Sentencia de 29 de mayo de 2009

164

Al no tener las Sentencias constitutivas efectos retroactivos, en tanto no se diga en ellas expresamente lo contrario, es obvio que la pensión compensatoria que se fija en la sentencia de apelación no produce efectos retroactivos desde la fecha en que se dictó la sentencia en primera instancia.

AP Asturias, Sec. 7.ª, Auto de 25 de mayo de 2009

165

Ineficacia de un documento privado suscrito por la esposa en el que se hace constar que ha recibido el importe de las pensiones alimenticias de la hija hasta el año 2012, al negarse por ella la percepción de la cantidad que allí consta y no aportar el esposo prueba del pago.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Auto de 20 de mayo de 2009

166

Cuando hay atribución temporal a un cónyuge de la vivienda familiar privativa o ganancial de uno de ellos, y hubiese transcurrido el tiempo por el que se confirió dicho uso, no cabe pedir el desalojo en procedimiento de ejecución, sino a través del juicio declarativo correspondiente, a menos que el título ejecutivo contuviese pronunciamiento de condena al desalojo.

AP Granada, Sec. 5.ª, Auto de 19 de mayo de 2009

167

Se estima la demanda de ejecución y se condena a la esposa a reintegrar al esposo todas las cantidades que se le retuvieron desde la sentencia de divorcio en concepto de contribución a las cargas del matrimonio, ya que dicha sentencia no fijó pensión compensatoria en favor de la esposa.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Auto de 8 de mayo de 2009

168

La negativa del hijo de once años a relacionarse con el padre no es causa para remitir a las partes al procedimiento de modificación de medidas, sino que con asistencia del equipo técnico debe indagarse en el motivo de tal negativa y paralelamente fijar un régimen de visitas restringido en el punto de encuentro.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 30 de abril de 2009

169

La menor se encuentra plenamente integrada en nuestro país y en el informe del equipo psicosocial se concluye afirmando que está debidamente atendida e integrada en su medio, y de su propia exploración pese a su corta edad se constata que no conoce a su progenitor (no sabe ni cómo se llama) y no quiere verlo ni vivir con él.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Auto de 3 de abril de 2009

170

Se condena a la esposa a reintegrar los bienes muebles que se llevó del domicilio familiar, estableciéndose una obligación sustitutoria de pago para el caso de que no lo verifique por importe de 36.000 euros con sus correspondientes intereses.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 2 de abril de 2009

171

Habiéndose acreditado una reanudación de la convivencia durante un período continuado, estable y tan duradero, lo que no puede tenerse por circunstancial, ha de entenderse como una verdadera reconciliación de hecho y si bien no puede producir los mismos efectos que la reconciliación legal, por su falta de comunicación al Juzgado, sí debe tener sus efectos en cuanto a considerar inexigible la reclamación de la pensión compensatoria durante dicho período.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 1 de abril de 2009

173

REGÍMENES ECONÓMICOS

Al entenderse que los préstamos hipotecarios fueron destinados a la mejora de un bien privativo de la esposa y al no constar elementos bastantes para afirmar que la contribución del esposo a su amortización se hizo con *animus donandi*, ha de concluirse que en las relaciones internas de los aquí litigantes era ella la única obligada al pago, por lo que ha de restituir la contribución del esposo so pena de enriquecerse injustamente a su costa.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2009 **174**

Suspensión del procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales hasta que recaiga resolución firme en el procedimiento penal seguido por denuncia de la esposa contra el esposo por presuntos actos delictivos llevados a cabo por éste respecto a los bienes comunes.

AP Granada, Sec. 5.ª, Auto de 27 de mayo de 2009 **175**

Aunque existe un único bien en el inventario debe seguirse el procedimiento establecido en los artículos 806 y siguientes de la Ley y no el procedimiento de división de cosa común.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2009 **175**

Teniendo en cuenta que el dinero procedente de una herencia que recibió la esposa se invirtió en un fondo de inversión a nombre de ambos esposos, la vivienda que posteriormente se adquirió tiene carácter ganancial.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2009 **176**

Admitido por ambas partes que la vivienda era y es privativa del marido, el pago de las sucesivas cuotas hipotecarias obedecía a una deuda de su exclusiva responsabilidad, de tal forma que si el otro cónyuge contribuyó a su pago tendrá el correspondiente derecho de crédito en el momento de la liquidación del régimen económico de separación de bienes. No existe razón en Derecho para entender que el cónyuge no propietario venía obligado a satisfacer cantidad alguna por su disfrute.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 26 de mayo de 2009 **176**

Para la cuantificación del crédito a favor de la sociedad de gananciales por la rehabilitación de la vivienda propiedad del esposo, no hay en las actuaciones dato alguno fiable sobre las cantidades invertidas en su momento para la rehabilitación del inmueble y, por tanto, es ajustado a Derecho partir para computar el crédito de la cantidad presuntamente invertida que justifica la hipoteca.

AP Asturias, Sec. 7.ª, Sentencia de 22 de mayo de 2009 **177**

La adjudicación realizada en la instancia no puede impugnarse sin formular pretensiones alternativas, limitándose el recurrente a esgrimir su hipotético derecho a la adjudicación de la vivienda familiar pero sin justificar ninguna razón para arrogarse tal preferencia.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 20 de mayo de 2009 **178**

Para asegurar la debida igualdad en la partición debe procurarse que todas las valoraciones se hagan en la misma fecha y que ésta sea lo más próxima posible a la confección del cuaderno particional. Ahora bien, en el presente momento procesal el recurrente carece de legitimación para oponerse a tales valoraciones pues no formuló alegación alguna cuando se le dio traslado del informe que ahora impugna y ni siquiera pidió la comparecencia del perito al acto de la vista para interesar las aclaraciones.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 20 de mayo de 2009 **179**

No puede aceptarse la tesis de que el auto de medidas provisionales extinguió el régimen de gananciales.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 15 de mayo de 2009

179

Es preciso acreditar fehacientemente dónde se ingresó el dinero obtenido por la venta de un bien privativo, así como que fue ese mismo el empleado para la compra. Por tanto, aunque pudiera presumirse que se pagó el precio con dinero privativo y ganancial mezclados, ello no supondría la ruptura de la presunción de ganancialidad de la totalidad del bien, debiendo invocarse el artículo 1355 del Código Civil que consagra el principio de autonomía de la voluntad, al afirmar el comprador en la escritura pública «que compra para su sociedad de gananciales, las fincas descritas, por el precio de su valor consignado», lo cual, cualquiera que pudiera ser la procedencia del dinero, no es contrario a las leyes, a la moral, ni al orden público.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 15 de mayo de 2009

180

Carácter privativo de la vivienda adquirida constante matrimonio al acreditar que los derechos sobre ella los adquirió el padre del esposo del Patronato Provincial de la Vivienda liquidándose por éste el precio de aquélla.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 13 de mayo de 2009

182

Nulidad de las capitulaciones matrimoniales por las que se modificaba el régimen económico del matrimonio, al entender que existió un fraude total a los derechos de la esposa al introducir en la escritura de capitulaciones como manifestación segunda la cláusula: «la sociedad conyugal formada por los comparecientes no tiene en el día de hoy bienes de carácter ganancial», cuando la realidad de hecho era distinta, por la existencia de éstos.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 13 de mayo de 2009

182

Nulidad de la compraventa de un bien ganancial al faltar el consentimiento de la esposa, quien al enterarse de la venta notificó al comprador la devolución de la cantidad entregada a cuenta del precio.

AP Sevilla, Sec. 6.ª, Sentencia de 11 de mayo de 2009

184

Al efecto de incluir en el activo los beneficios de la empresa familiar administrada por el esposo, no puede incluirse un salario a favor de aquél de 3.000 euros mensuales, dado que con cargo a los beneficios se abonaron todos los gastos que aquél decidió unilateralmente.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 11 de mayo de 2009

185

No se concede la indemnización del artículo 1438 del CC ya que, cuando se inicia el referido régimen de separación de bienes, el hijo mayor tenía 12 años de edad y el menor 6 años; de manera que estando escolarizados, y aunque la madre dedicara parte de su tiempo a ellos, al contar con la ayuda de servicio doméstico en las labores del hogar, nunca se vio privada de seguir ejerciendo su profesión de Magisterio, sino que continuó desarrollándola a lo largo de todo el tiempo de la convivencia matrimonial.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 28 de abril de 2009

185

ÍNDICE

No comparte esta Sala la alegación planteada por el apelante relativa a que la proindivisión, acordada por la juzgadora de instancia en la liquidación de la sociedad de gananciales, infringe lo dispuesto en el artículo 786 de la LEC, pues si bien es cierto que debe procurarse evitar la indivisión, a tenor del artículo 786.1, último párrafo, el citado precepto no impide que se acuerde la atribución pro indiviso como se ha realizado.

AP Alicante, Sec. 9.ª, Sentencia de 24 de abril de 2009

186

Se desestima la tercería de dominio interpuesta por la esposa en base a que ella es propietaria de la totalidad del inmueble embargado dado que aunque, en efecto, en la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada en el año 1980 se adjudica el inmueble, dichas capitulaciones matrimoniales no llegaron a inscribirse en el Registro de la Propiedad.

AP Sevilla, Sec. 6.ª, Auto de 21 de abril de 2009

189

Si se trata de una liquidación del Régimen económico que no va precedida de un proceso judicial para su disolución, entre los que pueden incluirse los supuestos de convenios formalizados por los cónyuges, la determinación de la competencia se atribuirá conforme a los cauces y normas ordinarias de reparto entre los Juzgados de Primera Instancia y no de Familia.

AP Granada, Sec. 3.ª, Auto de 3 de abril de 2009

190

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Se confirma la declaración de desamparo ante la creciente obesidad del menor.

AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 25 de mayo de 2009

191

De los autos no se deduce la existencia de un plan de intervención familiar a fin de lograr la convivencia de la menor con sus progenitores, por ello aunque pueda existir una situación de riesgo, no debe ésta ser confundida con la situación de desamparo, por lo que procede estimar la demanda interpuesta, revocar la sentencia dictada y dejar sin efecto la resolución administrativa por la que se declaraba a la menor en situación de desamparo.

AP Alicante, Sec. 6.ª, Sentencia de 21 de abril de 2009

193

Ninguna evolución se ha acreditado en la conducta de los padres y, tanto en el momento en que fue adoptada la resolución de desamparo y posteriormente con el acogimiento como en el momento presente, los demandantes no colaboraron en ningún momento con los servicios sociales para poder recuperar a la menor, no se interesaron por seguir un plan de intervención, ni se preocuparon por la menor durante su estancia en el Hogar Provincial, por lo que procede declararles incurso en causa de privación de la patria potestad.

AP Alicante, Sec. 6.ª, Sentencia de 21 de abril de 2009

194

Procede declarar la nulidad de lo actuado dado que no debió citarse por edictos a la madre biológica cuando se encontraba interna en un centro penitenciario.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 3 de abril de 2009

196

FILIACIÓN

La negativa a practicar la prueba biológica carece de justificación razonable, pues el principal de los argumentos invocados que es el mantener la paz en la familia que ha constituido con su nueva pareja, parece no tener en cuenta el interés del hijo en conocer su completa filiación amén del interés social y público que tiene la determinación de la verdadera filiación de la persona.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 22 de mayo de 2009

198

La prueba del acceso carnal con otros hombres en modo alguno invalida el indicio relevante que supone que el demandado se niegue a someterse a las pruebas biológicas.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 8 de mayo de 2009

199

Se considera que los nietos de la persona frente a quien se reclama la filiación tienen legitimación pasiva al haber fallecido su madre que era la hija de aquél.

AP Alicante, Sec. 6.ª, Sentencia de 14 de abril de 2009

201

La declaración de los testigos no cabe reputarla sólida ni bastante, dada su escasa edad en las fechas en las que acaecieron los hechos sobre los que depusieron y las fuentes de sus teóricos conocimientos, su madre, vecina de la actora y la propia demandante respecto a la segunda.

AP Alicante, Sec. 6.ª, Sentencia de 14 de abril de 2009

203

UNIONES DE HECHO

No se concede el uso de la vivienda familiar a la madre e hijos, ya que tratándose de una pareja de hecho no son de aplicación los artículos 91 y siguientes del CC, sino los que regulan la patria potestad, y en el caso de autos ya se ha fijado una pensión alimenticia a cargo del padre.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 29 de mayo de 2009

205

No resultaba procedente efectuar pronunciamiento alguno acerca del pago de las cuotas mensuales de amortización del préstamo hipotecario y, por ende, de las primas de los seguros de vida y vivienda vinculados a dicho préstamo, pues dichas cuotas deberán ser asumidas conforme a lo establecido en los títulos de constitución del préstamo. No podemos olvidar que nos hallamos en presencia de una unión de hecho y deben ser los pactos existentes entre ambos los que determinen sus relaciones patrimoniales, condominio, sociedad, etcétera.

AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 25 de mayo de 2009

207

Se declara que los fondos existentes en una cuenta bancaria son de la exclusiva propiedad de la conviviente de hecho aunque ambos fuesen cotitulares de la cuenta al no acreditarse voluntad de constituir una comunidad entre los integrantes de la pareja.

AP Alicante, Sec. 9.ª, Sentencia de 6 de mayo de 2009

208

Las obras efectuadas por el conviviente de hecho, aportando incluso su trabajo, aparecen realizadas desde una contribución voluntaria y gratuita orientada a servir de morada dentro de la relación afectiva finalmente frustrada que no hay mérito para entender merecedora de indemnización ni generadora de un derecho de crédito individualizado.

AP Granada, Sec. 3.ª, Sentencia de 30 de abril de 2009

209

SUCESIONES

Procede la inclusión en el inventario particional del bien propuesto, al ser la única vía posible para llevar a cabo la partición hereditaria discutida. La Juez de instancia debe entrar en el fondo del asunto y determinar si el bien que se designa debe incorporarse o no al inventario.

AP Sevilla, Sec. 6.ª, Auto de 16 de abril de 2009

211

OTRAS CUESTIONES

La necesidad de la enajenación no se ha acreditado, siendo significativo el argumento del Ministerio Fiscal en su informe, cuando aduce que a la incapaz le fueron adjudicadas en la partición de la herencia de su progenitora importantes sumas en metálico por lo que no parece indispensable la venta del inmueble para subvenir las necesidades de la incapaz.

AP Granada, Sec. 5.ª, Auto de 27 de mayo de 2009

212

La competencia para el conocimiento del procedimiento de internamiento corresponde al Juzgado de Primera Instancia del domicilio del incapaz cuando se solicitó el internamiento, que fue el que lo autorizó.

AP Alicante, Sec. 5.ª, Auto de 20 de mayo de 2009

213

Desestimación de la demanda en la que se ejercía una acción de responsabilidad extracontractual frente a un letrado por no interponer la demanda de divorcio de su compañero sentimental, produciéndose posteriormente su fallecimiento lo que le impidió tener derecho a una pensión de viudedad.

AP Alicante, Sec. 9.ª, Sentencia de 4 de mayo de 2009

214

JUZGADOS DE 1.ª INSTANCIA

CUESTIONES PROCESALES

Ineficacia del informe psicológico elaborado a instancia de la madre y sin la intervención del padre. Posible vulneración del Código Deontológico de la psicóloga al emitir conclusiones que afectarían a la capacidad e idoneidad del padre.

Juzgado de 1.ª Instancia núm. 7 de Sevilla, Sentencia de 9 de septiembre de 2009

216

GUARDA Y CUSTODIA

Distribuido el tiempo de convivencia entre ambos progenitores, se acuerda aperturar una cuenta común en la que ambos padres ingresarán 250 euros mensualmente y que estarán destinados al pago del colegio y libros.

Juzgado de 1.ª Instancia núm. 7 de Sevilla, Sentencia de 9 de septiembre de 2009

217

La mala relación entre los progenitores y la elevada conflictividad judicial de la pareja no debe implicar sin más que deba rechazarse el sistema de custodia compartida cuando su implantación resulta más beneficiosa para los menores.

Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Granollers, Sentencia de 8 de octubre de 2009

219

RESOLUCIONES DE LA DGRN

VIVIENDA FAMILIAR

Establecido en el convenio regulador de un divorcio que la esposa quedará como propietaria de la vivienda familiar y a cargo de los hijos menores y podrá vender tal vivienda siempre que, al adquirir otra lo haga por partes iguales para ella y los hijos, no necesita el concurso del padre para la compra de la nueva vivienda, con objeto de controlar si la adquirida es aquella a la que se refiere el convenio.

Resolución de 8 de junio de 2009

225

REGÍMENES ECONÓMICOS-MATRIMONIALES

En un procedimiento de ejecución de títulos judiciales en el que se embarga un bien ganancial habiendo fallecido uno de los cónyuges basta con que el juez dé por acreditado quiénes son los herederos, por haberse presentado el libro de familia y la certificación negativa del Registro de Actos de Última Voluntad, no siendo necesario designar un representante legal para la herencia yacente, como exige el Registrador.

Resolución de 9 de junio de 2009

225

Desde la entrada en vigor de la Ley 10/2007, de Régimen Económico-Matrimonial Valenciano, para la inscripción de una escritura de compraventa, ya no es suficiente manifestar el estar casados en régimen de gananciales, sino que debe hacerse constar expresamente si el régimen de gananciales es el legal.

Resolución de 15 de junio de 2009

226

SUCESIONES

Aunque al tratarse de una aceptación pura y simple de la herencia es necesaria la autorización judicial previa por aplicación del artículo 271.4 del CC, procede la inscripción de una escritura por la que la tutora de una persona incapacitada judicialmente formaliza la liquidación de la sociedad conyugal, la aceptación y la adjudicación de herencia causada por los padres de la tutelada, ya que dicha adjudicación hereditaria fue posteriormente objeto de aprobación judicial.

Resolución de 4 de junio de 2009

227

SECCIÓN PRÁCTICA

Modificaciones de la LEC en los procesos de familia.	231
Casos prácticos.	235

DERECHO COMPARADO

Régimen legal del divorcio, tenencia y visitas de los hijos menores, alimentos y atribución del hogar familiar en Argentina. <i>Luz María Pagano</i>	245
---	-----

TRIBUNA ABIERTA

Transexualidad y régimen de visitas. <i>Aurelia María Romero Coloma</i>	275
--	-----

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia.	287
Datos de interés.	311

AVANCES JURISPRUDENCIALES

Patria potestad.	317
Guarda y custodia.	317
Régimen de visitas.	318
Vivienda y ajuar familiar.	318

ÍNDICE

Pensión alimenticia.	319
Pensión compensatoria.	320
Cuestiones procesales.	321
Ejecución de sentencias.	322
Regímenes económico-matrimoniales.	323
Procedimientos de menores.	324
Cuestiones penales.	324
Sucesiones.	324
Otras cuestiones.	325

Revista de Derecho de

familia

ESTUDIOS DOCTRINALES

ESTUDIOS DOCTRINALES

NUEVA REGULACIÓN TRAS LA LEY 54/2007 DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL DE LOS EFECTOS JURÍDICOS EN ESPAÑA DE LAS ADOPCIONES CONSTITUIDAS POR AUTORIDADES EXTRANJERAS*

SANDRA GARCÍA CANO

Profesora contratada Doctora de Derecho Internacional Privado. Universidad de Córdoba

RESUMEN

La Ley 54/2007, de adopción internacional, pretende ofrecer una regulación integral y sistemática del fenómeno de la adopción internacional en España. Aunque ha sido recibida por la doctrina española de manera muy desigual, introduce importantes novedades en el sistema. El presente trabajo se centra exclusivamente en el nuevo sector del reconocimiento en nuestro país de las adopciones constituidas ante autoridades extranjeras, destacando sus principales novedades y ciertas carencias. Se hace un repaso sobre la incidencia de la normativa convencional en la materia, con especial referencia al Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, y se analizan las respuestas del nuevo régimen autónomo. Se aprecian novedades positivas, entre las que destacan la posibilidad de reconocimiento de las adopciones simples, así como la posibilidad de conversión de adopciones simples en adopciones plenas. También se verifican importantes ausencias, como ciertas lagunas en relación a los aspectos procedimentales o la necesaria adaptación de la normativa registral en la materia.

ABSTRACT

The new Spanish statute on international adoption, Ley 54/2007, aims to provide an integral and systematic regulation for inter-country adoptions. Though it has been received by the Spanish doctrine very unevenly, it introduces important innovations in the system. The present article is focused exclusively on the new sector of the recognition of the adoptions made before foreign authorities in our country, emphasizing its principal innovations and certain deficiencies. A review on the impact of conventional regulation in this subject is done, with special reference to the 1993 Hague Convention on Intercountry Adoption,

(*) Trabajo realizado en el marco de Proyecto SEJ2007-29469-E: «El bienestar y la integración de los adoptados internacionales: perspectivas multidisciplinarias». Las conclusiones generales de este trabajo fueron objeto de una ponencia titulada «Efectos jurídicos en España de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras», pronunciada en el Encuentro de la Red Temática del citado Proyecto, celebrado en Madrid los días 25 y 26 de septiembre de 2008.

and the regulation of the new Spanish law is analyzed. Some positive innovations are seen, among which, the possibility of recognising simple adoptions, and well as the possibility of converting simple adoption into a full adoption. Also important lacks happen, such as some gaps in relation to procedural issues or the necessary adjustment of the registration rules in this matter.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA NUEVA REGULACIÓN

III. INCIDENCIA ACTUAL DE LA NORMATIVA CONVENCIONAL

III.1. El principio de la prevalencia de las normas de origen internacional

III.2. Convenio de La Haya de 1993 en materia de adopción internacional

A) Incidencia en España del Convenio.

B) Incidencia de la LAI en el funcionamiento del Convenio.

III.3. Instrumentos internacionales bilaterales

IV. NOVEDADES DEL RÉGIMEN AUTÓNOMO

IV.1. Procedimiento

IV.2. Requisitos de regularidad internacional: el sistema del «doble control»

V. LAS ADOPCIONES SIMPLES EN LA LAI

V.1. Efectos legales en España de las adopciones simples

V.2. Conversión de la adopción simple extranjera en adopción plena española

VI. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

La reciente Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre adopción internacional (en adelante, LAI)¹, en vigor desde el 30 de diciembre de 2007, pretende regular la adopción internacional respondiendo a las especiales necesidades y demandas sociales que suscita este complejo fenómeno en España. La nueva regulación descansa sobre el interés superior del menor, «concepto jurídico indeterminado» que se traduce en la LAI, básicamente, en la concepción de la adopción internacional como medida de «protección del menor», en el deseo de evitar cualquier modalidad de tráfico internacional de menores² y conseguir adopciones

1. BOE núm. 312, de 29 de diciembre.

2. Sobre la lamentable relación entre ambos fenómenos, *vid.* mi trabajo «Aspectos civiles del tráfico de menores con fines de adopción internacional», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 32, julio-septiembre 2006, pp. 267-284.

internacionalmente «fuertes» o «no claudicantes». El objetivo legal es poner fin a la dispersión normativa y ofrecer una regulación integral, completa y sistemática de la adopción internacional en España.

Los escasos meses de vigencia de la LAI impiden realizar una valoración sobre su aplicación en la práctica, si bien como punto de partida debe ponerse de relieve que su recepción por la doctrina internacionalprivatista española ha sido muy diversa³, siendo máyor el número de autores que consideran que la complejidad técnica de sus soluciones, la falta de claridad y precisión, unido a ciertos contenidos de ésta, y su difícil aplicación en la práctica provocan, en conjunto, que la Ley no cumpla sus objetivos y no mejore sustancialmente el régimen anterior⁴.

Sin embargo, aun no habiendo sido saludada de manera demasiado amable por un amplio sector de la doctrina, ha de reconocerse que la LAI introduce importantes novedades legales en el régimen jurídico de la adopción internacional en nuestro país. Entre las principales aportaciones incorporadas por la LAI en la regulación de este tema de creciente importancia social destacan las normas de Derecho internacional privado (DIPr.) que integran el Título II de la Ley y, entre éstas, de manera primordial, las novedades legales introducidas en el sector de la eficacia en España de las adopciones constituidas ante autoridades extranjeras.

El objetivo de este estudio se centra exclusivamente en el análisis del sector del reconocimiento de las adopciones constituidas ante autoridades extranjeras en el DIPr. español tras la entrada en vigor de la LAI, destacando las principales novedades que aporta la nueva regulación y algunas carencias que se acusan en cuanto Ley integral de la adopción internacional.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA NUEVA REGULACIÓN

Antes de pasar al grueso del trabajo es interesante y necesario realizar, al menos, tres observaciones preliminares de carácter general sobre la nueva regulación de este sector normativo: sistemática, terminológica y sociológica. La última de ellas justifica la relevancia del tema objeto de estudio.

3. *Vid.*, especialmente, las «discrepancias» científicas en torno a la LAI entre CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre de 2007 sobre adopción internacional (reflexiones y comentarios)*, Comares, Granada, 2008; *id.*, «Constitución de la adopción internacional en la Ley 54/2007 de 28 de diciembre», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 6593, de 26 de mayo de 2008, y ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «El Proyecto de Ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente», *Actualidad Civil*, 2007, núm. 22, 2007, pp. 2597-2618; *id.*, «La Ley de adopción internacional, reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos», *AEDIPr.*, tomo VII, 2007, pp. 39-69; «Reflexiones sobre la Ley 54/2007 de adopción internacional», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 6910, 25 marzo de 2008.

4. También críticos con la LAI, ESPLUGUES MOTAS, C., «La nueva Ley de adopción internacional de diciembre de 2007: ¿una oportunidad perdida?», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008-2, pp. 363-380; CALVO BABÍO, F., «Revisión crítica de la nueva Ley de adopción internacional», *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, núm. 125, 2008, pp. 56-63; ESPINAR VICENTE, J.M., «Reflexiones sobre algunas de las complejidades que suscita la nueva regulación de la adopción internacional», *Bases de datos A.C.*, 2008, R1611; BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «Espagne. Nouvelle loi sur l'adoption internationale», *www.slc-dip.com*; PARADELA AREÁN, P., «Breve comentario a la Ley 54/2007, de adopción internacional», *www.reei.org*, núm. 16/2008.

En primer lugar, sistemáticamente, la ubicación del conjunto de normas que actualmente se ocupan de regular los efectos en España de las adopciones constituidas ante autoridades extranjeras es correcta, y supera con creces las deficiencias del sistema legal anterior. En concreto, la regulación se contiene en el Capítulo III del Título II LAI (artículos 25 a 31). Se trata de una ubicación sistemática coherente en un doble sentido: de un lado, con la estructura de la LAI, pues se inserta en su Título II, que es el Capítulo de la Ley que contiene las normas de DIPr. relativas a la adopción internacional; coherente, de otro lado, también con el *iter* o manera en que son susceptibles de suscitarse las cuestiones de DIPr. ante los tribunales españoles en un proceso de adopción internacional, pues la regulación se coloca justo después de las normas de competencia judicial internacional y de ley aplicable. Estas dos últimas previstas para los supuestos en que la adopción se constituya en nuestro país, y las normas relativas al reconocimiento previstas para los casos en que la relación adoptiva ya ha sido creada o constituida ante una autoridad extranjera mediante una resolución y lo que se desea es importar sus efectos constitutivos a nuestro Ordenamiento jurídico.

Afortunadamente, este Capítulo III sustituye al ya derogado texto del antiguo artículo 9.5, párrafo IV, del CC, precepto que, a pesar de su incorrecta ubicación sistemática en el angosto Título Preliminar del Código Civil (CC), era hasta el 30 de diciembre de 2007, la única norma de nuestro Derecho autónomo que se ocupaba de regular los efectos en España de las adopciones constituidas ante autoridades extranjeras. La insuficiencia y deficiencia de las soluciones contenidas en el artículo 9.5 del CC (IV), a pesar de las sucesivas reformas parciales experimentadas desde los años ochenta del siglo pasado, eran patentes (*vid.*, ampliamente, Resolución Circular DGRN de 15 de julio de 2006)⁵.

En segundo lugar, terminológicamente, el Capítulo III se titula de manera acertada, con precisión técnica, «Efectos en España de la adopción constituida por autoridades extranjeras», rechazando así implícitamente la habitual expresión empleada en la jerga jurídica para referirse a la cuestión (esto es, «adopción constituida en el extranjero»). El matiz terminológico es relevante⁶, pues lo que determina el carácter «extranjero» o «nacional» de la resolución de adopción que se desea importar a nuestro Ordenamiento jurídico no radica en el «lugar de la constitución», sino en el país del que depende la autoridad que constituyó la adopción. Así, en el caso de una adopción constituida por Cónsul extranjero en España, la adopción se constituye en España, pero es una adopción constituida por autoridad no española, y por ello será necesario obtener su reconocimiento para que surta efectos legales en España. De igual modo, la adopción constituida en un Estado extranjero por Cónsul español acreditado en dicho Estado, de acuerdo con el artículo 17 de la LAI, es una adopción constituida en el extranjero, pero por autoridad española, y por ello no será necesario su reconocimiento en España⁷.

5. BOE núm. 207, de 30 de agosto.

6. *Vid.* CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La Ley 54/2007...*, *cit.*, p. 162.

7. La supervivencia de la adopción consular ha sido una de las principales críticas vertidas por la doctrina española hacia la LAI, entre otras razones por su dudosa compatibilidad con el Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional (*vid.* BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «Espagne. Nouvelle loi sur l'adoption internationale», *www.slc-dip.com*, *cit.*, p. 1). También críticos, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Reflexiones sobre la Ley 54/2007...», *cit.*, p. 4; ESPLUGUES MOTA, C., «La nueva Ley española de adopción internacional...», *cit.*, pp. 377 y 378.

En tercer lugar, es preciso destacar la trascendencia que este conjunto de normas tienen en la aplicación práctica de nuestro sistema. En efecto, como acertadamente se recoge en la Exposición de Motivos de la LAI, las disposiciones que regulan los efectos jurídicos que pueden surtir en España las adopciones constituidas ante autoridades extranjeras competentes «revisten una especial importancia, visto que el número de adopciones constituidas en el extranjero por ciudadanos residentes en España es, en la actualidad, manifiestamente superior al número de adopciones constituidas en España». Por todos es sabido que, en España, Estado de recepción, el itinerario legal más usual de una adopción internacional es que los trámites administrativos para la adopción se inicien por los adoptantes en nuestro país, posteriormente, en su caso, se transmita el expediente a las autoridades del Estado de la residencia habitual del niño, quienes tras la respectiva fase administrativa proceden, en su caso, a la constitución de la adopción en el país de origen del niño asignado (con arreglo a las Leyes de dicho país, incluidas las respectivas normas de DIPr.). Perfeccionada la adopción en el extranjero, el cauce habitual es que los adoptantes procedan a inscribirla en el Registro Civil español (si resulta inscribible), y para ello será preciso que la adopción supere el reconocimiento.

Resulta indiscutible, pues, que el principal problema al que se enfrentan las autoridades españolas en la aplicación de las normas de DIPr. español relativas a la adopción internacional, y especialmente los Encargados del Registro Civil, es el relativo al reconocimiento de las adopciones constituidas ante autoridades extranjeras⁸.

Esta realidad sociológica, explicable por diversos motivos, y básicamente porque en la mayoría de las ocasiones los Ordenamientos jurídicos de los Estados de origen reivindicaban la competencia exclusiva de sus autoridades para constituir las adopciones de sus nacionales⁹ y también por cuestiones de derecho de extranjería en relación a la salida del niño sin adoptar del país¹⁰, se traduce en que desde un punto de vista cuantitativo el sector normativo más importante y más llamado a ser aplicado por nuestras autoridades de todo el Título II de la LAI es precisamente el relativo al reconocimiento de las adopciones constituidas ante autoridades extranjeras.

Teniendo en cuenta la fuerte incidencia práctica de tales normas, y en relación al aspecto sistemático al que se ha aludido en primer lugar, ha de reconocerse *a priori* que resulta positivo por parte de la LAI que, superando el angosto párrafo IV del artículo 9.5 del CC, que tanta práctica registral había generado (no sólo por la complejidad de la realidad a regular en sí, sino, debe reiterarse, fundamentalmente por sus insuficiencias y deficiencias técnicas), se pretenda ofrecer ahora una regulación exhaustiva de los efectos en España de las adopciones constituidas ante autoridades extranjeras.

8. La fuerte incidencia práctica de estas normas justifica que se trate de un tema que tradicionalmente ha ocupado a la doctrina. Entre otros, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Adopción internacional y sociedad multicultural», *Cursos de Derecho internacional de Vitoria Gasteiz*, 1998, pp. 175-211; BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., «Reconocimiento de efectos en España a las adopciones constituidas ante la competente autoridad extranjera», *Aranzadi Civil*, junio 1999, pp. 1733-1753; CAMPA FERRER, S., «Las adopciones internacionales y su reconocimiento en España», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 351, 1998, pp. 1-11; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Reconocimiento e inscripción en el registro civil de las adopciones internacionales», *REDI*, 2006-2, pp. 683-710.

9. *Vid.*, mi obra, *Protección del Menor y Cooperación Internacional entre Autoridades*, Colex, 2003, pp. 52, 53 y 180.

10. *Vid.* ADROHER BIOSCA, S., «Capacidad, idoneidad y elección de los adoptantes en la adopción internacional: un reto para el ordenamiento jurídico español», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 701, pp. 949-1004, conc. p. 989.

Asentadas estas tres ideas preliminares en relación al sector –sistemática, terminológica y sociológica–, el estudio se dividirá en dos partes. En la primera se hará una referencia a la incidencia actual de la normativa convencional en la materia (III) y la segunda parte se centrará en lo que afortunadamente es el grueso de la nueva regulación LAI, y que se refiere al reconocimiento de las adopciones constituidas ante autoridades extranjeras al margen de los mecanismos convencionales. En esta segunda parte, Derecho autónomo o de origen interno, se hará referencia, en primer lugar, a las novedades introducidas por la LAI en cuanto al régimen diseñado para obtener el reconocimiento de las adopciones constituidas ante autoridades extranjeras (IV) y, en segundo lugar, por su relevancia, nos ocuparemos del tratamiento que el legislador ofrece *ex novo* a las adopciones simples constituidas válidamente ante autoridades extranjeras (V).

III. INCIDENCIA ACTUAL DE LA NORMATIVA CONVENCIONAL

III.1. El principio de la prevalencia de las normas de origen internacional

El artículo 25 que abre el Capítulo III de la LAI consagra acertadamente en esta sede «El principio de prevalencia de las normas de origen internacional *versus* las normas de origen interno»: «La adopción internacional constituida por autoridades extranjeras será reconocida en España con arreglo a lo establecido en los Tratados y Convenios internacionales y otras normas de origen internacional en vigor para España, y en particular, con arreglo al Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional. Tales normas prevalecerán, en todo caso, sobre las reglas contenidas en esta Ley».

El artículo 25 de la LAI es una «norma o cláusula recordatoria», ya que la prevalencia normativa de las normas de origen internacional deriva directamente *in genere* del artículo 96 de la CE. La LAI aparte de recepcionarla, aspecto ya tradicional en nuestro sistema y positivo *per se*, la recoge en términos afortunados, pues se refiere genéricamente a «normas internacionales», permitiendo así incluir en su ámbito en un futuro a posibles Reglamentos comunitarios que regulen el reconocimiento de adopciones constituidas en los Estados miembros¹¹. Asentado el principio de prevalencia, se observa también en la redacción del artículo 25 de la LAI que existe una referencia específica al *Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional* (en adelante, Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional). La previsión pone de relieve efectivamente cuál es el instrumento internacional más relevante que actualmente existe en el marco internacional en materia de adopción internacional¹², que se

11. También puede decirse que se trata de una «cláusula de futuro» (*vid.* CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La Ley 54/2007...*, *cit.*, p. 161).

12. Sin olvidar en momento alguno la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño (CDN), de alcance cuasi universal, en cuanto norma suprema del sistema de protección de menores desde su promulgación, y de la que es desarrollo el Convenio de La Haya de 1993 (*in genere, vid.* RODRÍGUEZ MATEOS, P., «La protección jurídica del menor en la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989», *REDI*, vol. XLIV, 1992, 2, pp. 465-468; BENOUNNA, M., «La Convention des Nations Unies relative aux droit de l'enfant», *AFDI*, 1989, pp. 433-445). En relación a la institución de la adopción internacional, la CDN consagra en su artículo 21 de manera universal y programática una serie de principios que concretan el «interés superior del menor» en los procesos de adopción internacional, y que deben informar y ser respetados por cualquier reglamentación internacional o autónoma que afecte a la institución [*vid.*, mi trabajo, «Globalización, multiculturalismo y protección internacional del menor» en ADAM MUÑOZ, M.D. y GARCÍA CANO, S. (dirs.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Colex, 2004, pp. 9-29].

ocupa específicamente, entre otras cuestiones, de regular y potenciar el reconocimiento de las adopciones realizadas conforme a sus normas en los Estados partes, y del que España es Estado parte desde su puesta en marcha el 1 de noviembre de 1995 (fue el primer Estado europeo de recepción de niños en firmarlo)¹³.

El operador jurídico se encuentra, a partir del artículo 25 de la LAI, que el régimen del reconocimiento en España de las adopciones constituidas ante autoridades extranjeras se encuentra sujeto en nuestro Ordenamiento jurídico a una pluralidad normativa, cuya elección vendrá dada por el Estado al que pertenezca la autoridad extranjera que constituyó la adopción. *A grosso modo*, son tres los posibles cauces legales para obtener el reconocimiento en nuestro país de una adopción constituida ante autoridades extranjeras: 1.º) Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional; 2.º) Ciertos instrumentos internacionales bilaterales firmados por España; 3.º) Régimen de producción interna o Derecho autónomo, contenido hoy en el Capítulo III del Título II de la LAI, y que es el que interesa básicamente en este momento por su novedad.

Excede de los objetivos de este trabajo analizar el funcionamiento de la normativa convencional en la materia, aunque sí resulta preciso ofrecer una serie de datos/reflexiones sobre estas normas convencionales que permitirán: primero, conocer cuál es la incidencia real actual de la normativa convencional en la materia (y, en consecuencia, cuál es el radio de acción o de intervención del Derecho autónomo); segundo, comprobar saludablemente cómo la entrada en vigor de la nueva regulación de nuestro Derecho autónomo puede coadyuvar al mejor funcionamiento de los mecanismos convencionales en España. Estos *datos-flash* se resumen del siguiente modo:

III.2. Convenio de La Haya de 1993 en materia de adopción internacional

A) Incidencia en España del Convenio

Este Convenio multilateral, uno de los grandes éxitos políticos de la Conferencia de La Haya de DIPr., vincula a España al día de hoy nada menos que con 78 Estados (40% de los Estados que son parte de la Comunidad internacional)¹⁴. Las adopciones procedentes de países que son Parte del Convenio escapan del régimen autónomo y quedan sujetas al régimen de reconocimiento de pleno derecho previsto en el artículo 23 del Convenio¹⁵.

13. BOE núm. 182, de 1 de agosto de 1995.

14. Estados parte (junio 2009): Albania, Alemania, Andorra, Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyan, Belarús, Bélgica, Belice, Bolivia, Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Burundi, Camboya, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, China, Chipre, Cuba, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Filipinas, Finlandia, Francia, Georgia, Guatemala, Guinea, Hungría, India, Islandia, Israel, Italia, Kenia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Madagascar, Mali, Malta, Mauricio, Méjico, Moldavia, Mónaco, Mongolia, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República Dominicana, Rumanía, San Marino, Seychelles, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Turquía, Uruguay y Venezuela (para datos posteriores a la fecha y otras informaciones sobre el Convenio, *vid. www.hccb.net*).

15. El Convenio de La Haya de 1993 es un texto eminentemente pragmático, que gravita en torno a la idea de la cooperación administrativa internacional (GARCÍA CANO, S., *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*, cit., pp. 172-182). Su regulación se centra en tres frentes: 1.º) Reglamenta el procedimiento de instrucción previo a la constitución de la adopción mediante un sistema de cooperación entre las autoridades del Estado de origen y las autoridades del Estado de recepción; 2.º) Establece los requisitos mínimos del marco institucional de los mediadores privados en los procesos de adopción internacional; 3.º) Regula un régimen privilegiado de circulación de las decisiones relativas a la adopción entre los Estados

Teniendo en cuenta este alto número de Estados, así como que muchos de ellos son países de origen de menores (de ahí, una de las principales clave del éxito del Convenio), *a priori* puede deducirse que la eficacia real de nuestra normativa autónoma en sede de reconocimiento es actualmente muy escasa, quedando limitada a los pocas adopciones de países para los que no rija el Convenio¹⁶.

Sin embargo, esta conclusión al día de hoy ha de matizarse¹⁷. En primer lugar, numerosos Estados parte del Convenio de La Haya de 1993, que son Estados de origen, han reducido los procesos de adopción internacional desde su adhesión al Convenio, endureciendo extraordinariamente las condiciones. Es el caso por todos conocidos de China. Esta circunstancia se ha traducido en nuestro país en que desde que entró en vigor el Convenio de La Haya de 1993 en China (año 2006), las adopciones constituidas por adoptantes españoles en este país han descendido cerca de mil anualmente [aunque sigue siendo en España el principal país de origen de los menores adoptados (en 2007, concretamente, 1059)]. También será el caso a corto plazo de la Federación Rusa, que ocupa el segundo puesto de los países de origen de los menores adoptados por españoles en 2007 (955 niños). En la Federación Rusa no ha entrado en vigor todavía el Convenio, pero la firma de este país del Convenio ya ha provocado un descenso en España de 335 niños adoptados en Rusia por adoptantes españoles respecto al año anterior (26%). En segundo lugar, la práctica española actual es que numerosos adoptantes con residencia habitual en España deciden adoptar en Estados no parte del Convenio (el proceso de adopción suele ser más rápido, aunque también peligrosamente con menos garantías). Etiopía y Ucrania (Estados no parte del Convenio de La Haya de 1993) han visto incrementados los expedientes de adopción en España durante el año 2007. Etiopía se consolida como el tercer país de origen (481 niños adoptados por familias españolas, un 36% más que en 2006) y Ucrania, asimismo, resolvió favorablemente 338 expedientes, casi el doble que el año anterior¹⁸. Otros países como Vietnam, Chad, Congo, Corea del Sur o Laos son también actualmente Estados de origen elegidos por adoptantes españoles, y ninguno de ellos es Estado parte del Convenio de La Haya.

En conclusión, puede afirmarse que la incidencia de la normativa convencional multilateral vía Convenio de La Haya de 1993 es muy relevante, al tratarse de un Convenio de gran éxito que nos vincula con numerosos Estados de origen (al día de hoy, se aplica especialmente con China), pero la eficacia real de la normativa LAI en sede de reconocimiento no es en absoluto reducida, teniendo un radio de acción cuantitativamente importante e incluso pudiendo apreciarse una tendencia a su mayor intervención.

contratantes. La bibliografía en torno a éste es muy prolija. Resultan básicos, entre otros, MEYER-FABRE, N., «La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale», *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1994, 2, pp. 259-295; MUIR WATT, H., «La Convention de La Haye de 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale», *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1994, pp. 49-62; CARRILLO CARRILLO, B.L., *Adopción internacional y Convenio de La Haya de 1993*, Comares, 2003.

16. *Vid.*, en este sentido, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «El Proyecto de Ley sobre adopción internacional...», *cit.*, p. 2599.

17. Ya lo hacen CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La Ley 54/2007...*, *cit.*, pp. 175-176.

18. Datos todos ellos recogidos en *Westlaw*, 23 de julio de 2008.

B) Incidencia de la LAI en el funcionamiento del Convenio

La LAI tiene un ingrediente básico para mejorar sensiblemente el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1993 en nuestro país, al incorporar, como se analiza a continuación, una regulación específica en torno a las adopciones simples y, especialmente, un procedimiento *ad hoc* de conversión de la adopción simple extranjera en adopción plena española. Efectivamente, uno de los problemas con los que España, al igual que otros Estados parte del Convenio que desconocen la adopción simple, se ha venido enfrentado en la aplicación de la normativa convencional es el de la eficacia en nuestro país de las adopciones simples certificadas conforme al Convenio por autoridades extranjeras de Estados parte de éste. Ha de recordarse que en el Convenio de La Haya de 1993 tienen cabida materialmente tanto las adopciones simples como las adopciones plenas¹⁹, siendo el criterio determinante que la adopción establezca un vínculo de filiación, y las adopciones simples establecen un vínculo de filiación, aunque de carácter y contenido distinto a los demás²⁰.

Teniendo en cuenta que en el Derecho español no existe la adopción simple desde 1987, sino exclusivamente la adopción plena que implica un acceso a un *status filii* pleno, aquellas adopciones simples certificadas conforme al Convenio de La Haya quedaban sujetas antes de la LAI a la ingrata incertidumbre existente en la práctica española, frente a la laguna legal, respecto a los efectos jurídicos en nuestro país de estas adopciones simples y su posible conversión en adopciones plenas. Hay que tener presente en este punto que aunque el Convenio de La Haya de 1993 prevé en su artículo 27 la posibilidad de conversión de una adopción simple en plena en el Estado de recepción, la viabilidad queda sujeta convencionalmente a una serie de requisitos, entre los que concurre que la Ley material del Estado de recepción lo permita [artículo 27.I.a)], y la legislación española guardaba silencio hasta la LAI en este punto²¹.

Estas dificultades en relación al funcionamiento del Convenio de La Haya de 1993 en nuestro país pueden considerarse afortunadamente superadas con la LAI, pues ésta se ocupa por primera vez de regular un procedimiento específico de conversión *ex* artículo 30.4. La solución legal actual (y en los términos que más adelante se examinan) permite que las adopciones simples certificadas conforme al Convenio de La Haya de 1993 puedan convertirse en España en adopciones plenas si concurren los requisitos del artículo 27 del Convenio, acudiendo al procedimiento del artículo 30.4 de la LAI. Esta novedad aportada por la LAI, completando así la aplicación del Convenio de La Haya de 1993 en nuestro país en relación a las adopciones simples certificadas conforme al Convenio, debe entenderse de manera muy positiva²². En efecto, la solución provoca un resultado mucho más satisfactorio

19. Vid. MEYER-FABRE, N., «La Convention de la Haye du 29 mai 1993...», *cit.*, pp. 259-295; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Adopción internacional y sociedad multicultural», *cit.*, pp. 175-211.

20. Vid. ESPINAR VICENTE, J.M., *Tratado elemental de Derecho internacional privado*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, 2008, pp. 579-602, esp. p. 588; Sobre las adopciones simples, *amplius*, CALVO BABÍO, F., *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, Servicios de Publicaciones, 2003.

21. Un análisis exhaustivo del procedimiento de conversión puede verse en CARRILLO CARRILLO, B., *Adopción internacional y Convenio de La Haya...*, *cit.*, pp. 294-299.

22. Se trata de un desarrollo legislativo interno exigido por la mayoría de los Convenios de Cooperación internacional entre autoridades en tanto Convenios marcos, y a diferencia de los Convenios clásicos de DIPr. (sobre esta característica intrínseca a los Convenios de cooperación, *vid.* GARCÍA CANO, S., *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*, *cit.*, pp. 70-74).

y acorde con el «interés superior del menor» que la «técnica de seguridad jurídica preventiva» sostenida en los últimos años por la DGRN en relación a las adopciones simples en el marco del Convenio de La Haya de 1993. La técnica del Centro Directivo abogaba de manera muy discutible y criticable por paralizar en estos casos el procedimiento de adopción internacional por parte de las autoridades españolas, acudiendo al decisivo procedimiento de codecisión del artículo 17.c) del Convenio (o conocido *matching*)²³. Esta opción, que impedía que el proceso de adopción ya iniciado en España pudiera culminarse con éxito, podía considerarse no obstante jurídicamente más correcta que la sostenida por la DGRN en los primeros años de la aplicación del Convenio en nuestro país, que consistía en acudir sistemáticamente al artículo 9.5 IV del CC para denegar el reconocimiento de la adopción ya certificada conforme al Convenio, infringiendo así el principio de prevalencia de las normas de origen convencional e incumpliendo las obligaciones del Convenio de La Haya de 1993²⁴. Sin embargo, aun reconociendo que jurídicamente la técnica de la seguridad jurídica preventiva era más afortunada que la de aplicar directamente nuestro Derecho autónomo, pues se movía dentro de las previsiones convencionales, sin embargo desde el punto de vista de la protección del interés superior del menor y del respeto a sus derechos fundamentales no era en absoluto la más satisfactoria. Efectivamente, el hecho de que las autoridades españolas acudieran al artículo 17.c) del Convenio para impedir así la constitución de la adopción internacional *in casu* ponía de relieve, en definitiva, la imposición de la concepción del Estado español, en un marco de cooperación internacional, de sus parámetros sociales y jurídicos sobre los intereses de un concreto menor y del resto de personas implicadas ya en el proceso de adopción internacional²⁵. De ahí que, en conclusión, la introducción del procedimiento específico de conversión por la LAI debe ser recibida muy positivamente, pues facilita a las autoridades públicas españolas la correcta aplicación del Convenio de La Haya de 1993, contribuyendo así a la realización del objetivo convencional: el interés superior del niño y el respeto a sus derechos fundamentales. Por otra parte, la solución legal española sigue en este aspecto las Recomendaciones que la Conferencia de La Haya de DIPr. ofrece en su recién publicada «Primera Guía de Buenas Prácticas del Convenio» (20 de agosto de 2008) a los Estados parte que se enfrentan en sus respectivos países al mismo problema por desconocer la adopción simple en sus Derechos internos²⁶.

III.3. Instrumentos internacionales bilaterales

En relación al otro segundo grueso de la normativa convencional en la materia, es decir, Convenios internacionales bilaterales concluidos entre España y terceros Estados en sede

23. «Toda vez que el artículo 17.c) del Convenio asumiendo una técnica de seguridad jurídica preventiva ... permite a las AACC españolas denegar su conformidad a la constitución de adopciones simples que no puedan ser objeto de conversión en plena» (Resolución Circular DGRN de 15 de julio de 2006).

24. Un análisis de las Resoluciones de la DGRN en esta primera etapa respecto a las adopciones simples certificadas conforme al Convenio puede verse en ESTEBAN DE LA ROSA, G. (coord.), *Regulación de la Adopción Internacional. Nuevos problemas, nuevas soluciones*, Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 347-349.

25. Sobre las consecuencias negativas del desacuerdo del artículo 17.c) sobre el «efecto útil del Convenio», *vid.* CARRILLO CARRILLO, B., *Adopción internacional y Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993*, cit., pp. 186-190.

26. «Primera Guía de Buenas Prácticas. La puesta en funcionamiento de la Convención de La Haya de 1993 sobre adopción internacional», 20 de agosto de 2008, www.hccb.net. p. 125. Fue también la solución adoptada en Francia por la reforma operada en el Código Civil por la Ley de 6 de febrero de 2001. Se prevé expresamente la posibilidad de conversión de la adopción simple en plena «si los consentimientos requeridos han sido expresamente otorgados con conocimiento de causa (artículo 370.5 del CC).

de reconocimiento de adopciones constituidas ante autoridades extranjeras, el punto de partida debe ser reconocer su escasa intervención o eficacia real en la práctica actual española. Esta afirmación se verifica en relación a los tres grupos de instrumentos internacionales bilaterales potencialmente llamados a ser aplicados, pues se encuentran en vigor en nuestro Ordenamiento jurídico:

1.º) *Convenios bilaterales generales de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil que resultan aplicables ratione materiae*. Se trata de ciertos Convenios bilaterales generales de reconocimiento de nuestro DIPr. español que son aplicables materialmente para regular la validez en España de resoluciones extranjeras mediante las que se constituyen adopciones²⁷. Es el caso de los Convenios concluidos con Francia (1969)²⁸, Italia (1973)²⁹, Alemania (1983)³⁰, Austria (1984)³¹, Brasil (1989)³², Federación Rusa (1990)³³ o Túnez (2001)³⁴.

La mayoría de los Estados con los que España tiene celebrados este tipo de Convenios son Estados parte del Convenio de La Haya de 1993 (salvo Túnez y en Rusia, donde todavía no ha entrado en vigor), y aunque los Convenios no han sido derogados formalmente por el Convenio multilateral (artículo 39.1 del Convenio de La Haya de 1993), todas las piezas del sistema permiten afirmar que la tramitación y posterior reconocimiento de una adopción internacional que vincule a España con alguno de estos países se hará vía Convenio de La Haya de 1993 y no aplicando el Convenio bilateral *ad hoc*. Efectivamente, de un lado, por el principio de especialidad material en caso de conflicto de Tratados, el Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional es el instrumento específicamente concluido para regular las adopciones internacionales entre Estados partes, incorporando al efecto unos mecanismos *suis generis* sobre la base de una determinada concepción del «interés superior del menor» y mediante un mecanismo de control administrativo a lo largo del procedimien-

27. Aunque existen en el DIPr. español otros Convenios bilaterales de reconocimiento en materia civil y mercantil, algunos no resultan claramente aplicables en materia de adopción, pues excluyen de su ámbito de aplicación material las cuestiones relativas al estado y la capacidad (es el caso de Brasil, Israel, México, Rumanía, el Salvador y Uruguay). En otros, en cambio (*ad. ex.*, Bulgaria o China), la inclusión material es dudosa, aunque prevalece la conclusión de su exclusión [*vid.* ESTEBAN DE LA ROSA, G. (coord.), *Regulación de la Adopción Internacional...*, cit., pp. 276-278].

28. Convenio sobre reconocimiento de decisiones judiciales y arbitrales y actos auténticos en materia civil o mercantil entre España y Francia, hecho en París el 28 de mayo de 1969 (BOE núm. 63, de 14 de marzo de 1970).

29. Convenio sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil entre España e Italia, hecho en Madrid el 22 de mayo de 1973 (BOE núm. 273, de 15 de noviembre de 1977).

30. Convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil entre España y la República Federal de Alemania, hecho en Bonn el 14 de noviembre de 1973 (BOE núm. 40, de 16 de febrero de 1988; corr. de errores, BOE núm. 230, de 24 de septiembre de 1992).

31. Convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil, entre España y Austria hecho en Viena el 17 de febrero de 1984 (BOE núm. 207, de 29 de agosto de 1985).

32. Convenio de cooperación jurídica en materia civil entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil, hecho en Madrid el 13 de abril de 1989 (BOE núm. 164, de 10 de julio de 1991; corr. de errores, BOE núm. 193, de 13 de agosto).

33. Convenio entre el Reino de España y la *Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas* sobre asistencia judicial en materia civil, hecho en Madrid el 26 de octubre de 1990 (BOE núm. 151, de 25 de junio de 1997). La referencia a la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas debe entenderse hecha a la Federación de Rusia, y por esta razón aparece en cursiva.

34. Convenio entre el Reino de España y la República de Túnez sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones, hecho en Túnez el 24 de septiembre de 2001 (BOE núm. 52, de 1 de marzo de 2003).

to, ausente en los Convenios bilaterales; de otro lado, es difícil imaginar, hoy por hoy, una adopción transnacional que vincule a España con Estados como Alemania, Francia, Italia o Austria que, al igual que nuestro país, son Estados de recepción de menores. Finalmente, también es relevante destacar que, de hecho, la postura de la DGRN al respecto es la no aplicación de estos Convenios bilaterales generales en materia de adopción al no regular específicamente la materia³⁵.

2.º) *Diversos Protocolos bilaterales sobre adopción internacional firmados por Ministerios españoles con organismos administrativos de Rumanía (2 de abril de 1993), Perú (21 de noviembre de 1994), Colombia (13 de noviembre de 1995), Ecuador (18 de marzo de 1997) y Bolivia (21 de mayo de 1997)*. Estos Protocolos concluidos en una primera etapa por España no son Convenios internacionales, sino acuerdos de naturaleza política celebrados por los Ministerios competentes de los Estados implicados y que establecen el procedimiento administrativo a seguir para la adopción de menores residentes en estos países³⁶. Su negativa recepción por la doctrina derivada del oscurantismo que los rodeaba y de su escasa eficacia, pues vinculaban en su mayoría a Estados parte del Convenio multilateral, ha propiciado que algunos de ellos se transformen en verdaderos Convenios internacionales (es el caso del Protocolo con Bolivia) y que se abandone definitivamente la opción del Protocolo *ad hoc*.

3.º) *Convenios bilaterales específicos en materia de reconocimiento en España de adopciones constituidas por autoridades extranjeras, inspirados en el Convenio de La Haya de 1993*. En este grupo se encontrarían: a) *Acuerdo entre España y Bolivia en materia de adopciones de 2001*³⁷. Supone la transformación del Protocolo de 1997 en Convenio internacional y ha tenido una escasa repercusión desde su entrada en vigor. Actualmente puede considerarse que se encuentra desactivado por su Disposición Final Primera, en cuanto que recoge que una vez que Bolivia haya ratificado el Convenio de La Haya de 1993 (ratificación que hizo el 12 de marzo de 2002) las adopciones se registrarán por el Convenio multilateral; b) *Protocolo sobre adopción internacional entre España y Filipinas de 12 de noviembre de 2002*³⁸. Este instrumento aunque adopte el *nomen* de Protocolo es un Convenio internacional³⁹. Sin embargo, es un texto con grandes deficiencias técnicas que, al igual que el Convenio hispano-boliviano, debe considerarse desactivado en la práctica a favor del Convenio de La Haya de 1993, al ser tanto España como Filipinas Estados parte del Convenio multilateral. En este caso, la «desactivación» del instrumento bilateral vendría dada por la remisión del artículo 1.b) del Protocolo;

35. Así, en una Consulta a la DGRN de 22 de diciembre de 2004 relativa al reconocimiento de las adopciones provenientes de Rusia, el Centro Directivo afirmó que el reconocimiento de las adopciones rusas quedaba sujeto al régimen previsto en nuestras normas conflictuales de producción interna, dado que Rusia no era Estado parte del Convenio de La Haya de 1993 y tampoco existía un Convenio bilateral específico sobre la materia (*vid. BIMJ*, núm. 1896, 2005, p. 173).

36. Para un estudio profundo de estos Protocolos, *vid. CALVO BABÍO, F.*, «Naturaleza y alcance de los Protocolos de adopción suscritos entre España, Colombia, Bolivia, Ecuador y Perú», *AEDIPr.*, tomo 0, 2000, pp. 455-464; ESPLUGUES MOTA, C., «Conclusión por parte de España de cuatro protocolos sobre adopción internacional», *REDI*, vol. XLVIII, 1996, 2, pp. 336-340.

37. Acuerdo bilateral entre el Reino de España y la República de Bolivia en materia de adopciones, hecho en Madrid el 20 de octubre de 2001 (*BOE* núm. 304, de 20 de diciembre de 2001).

38. Protocolo sobre adopción internacional entre el Reino de España y la República de Filipinas, hecho en Manila el 12 de noviembre de 2002 (*BOE* núm. 21, de 24 de enero de 2003).

39. *Vid. ESTEBAN DE LA ROSA, G.*, «Nota al Protocolo sobre adopción internacional entre el Reino de España y la República de Filipinas, hecho en Manila el 12 de noviembre de 2002», *AEDIPr.*, 2004, tomo 4, pp. 459-465.

c) *Convenio de cooperación en materia de adopción entre España y Vietnam de 2007*⁴⁰. Se trata del único instrumento bilateral que en sede de reconocimiento de adopciones puede tener actualmente una cierta trascendencia práctica, teniendo en cuenta que la República Socialista de Vietnam no es Estado parte del Convenio de La Haya de 1993 y que, como se ha visto anteriormente, el número de adopciones constituidas en Vietnam por adoptantes con residencia habitual en España ha aumentado en los últimos años. No obstante, la tramitación de adopciones en España basadas en el Convenio con Vietnam debe hacerse actualmente con todas las garantías y salvaguardas jurídicas pues, como es sabido por los medios de comunicación, actualmente las adopciones en Vietnam se encuentran «bajo sospecha»⁴¹.

En definitiva, actualmente la eficacia real en la práctica de los instrumentos bilaterales vigentes en la materia es extremadamente escasa. En relación, en concreto, a los bilaterales específicos es opinión compartida por la doctrina que no debe fomentarse la conclusión de este tipo de instrumentos entre Estados partes del Convenio de La Haya de 1993 *ex artículo 39.2* del Convenio multilateral. Respecto a los Estados no parte del Convenio multilateral, el objetivo de política legislativa de los Estados de recepción debe ser que los Estados de origen converjan en el sistema multilateral del Convenio de La Haya de 1993, que es el único instrumento que garantiza, hoy por hoy, como la realidad cotidiana demuestra, la legalidad del proceso de adopción en todas y cada una de sus fases, y, por ende, salvaguarda el interés superior del menor⁴².

Este breve examen sobre la normativa convencional permite concluir que aunque el sistema de reconocimiento en España de las adopciones constituidas ante autoridades extranjeras es potencialmente tripartito, en la práctica, salvo muy contadas excepciones que no deben fomentarse, el sistema es dual: régimen Convenio de La Haya de 1993 cuando el Estado de origen sea un Estado parte del Convenio (y completado con LAI en caso de adopciones simples certificadas conforme al Convenio) o régimen LAI para las adopciones que provengan de Estados no parte del Convenio de La Haya de 1993. Se pasará ahora, pues, al análisis del régimen LAI y a sus novedades conforme al esquema anunciado: novedades introducidas en el régimen autónomo para superar el reconocimiento y tratamiento *ex novo* de las adopciones simples.

40. Convenio de cooperación en materia de adopción entre el Reino de España y la República de Vietnam, hecho en Hanoi el 5 de diciembre de 2007 (*BOE* núm. 16, de 18 de enero de 2008; corr. de errores, *BOE* núm. 39, de 14 de febrero de 2008).

41. *Vid. www.parasaber.com*, 18 de octubre de 2008. Este artículo pone de relieve cómo el envío de las primeras solicitudes de adopción basadas en el Convenio firmado por España y Vietnam coincide con la publicación de un inquietante Informe del gobierno norteamericano sobre las adopciones en dicho país, donde se denuncian las irregularidades y la falta de garantías de las adopciones en el país asiático; *vid.*, en la misma línea, <http://todoadopcion-vietnam.blogspot.com/>, donde se recoge un comunicado de CORA (Coordinadora de Asociaciones en Defensa de la Adopción y el Acogimiento) a los Directores Generales de las CCAA, transmitiéndoles su preocupación frente a la situación de la adopción en Vietnam, pues no se dan actualmente las garantías necesarias para tramitar adopciones en dicho país.

42. En este punto ESPINAR VICENTE, J.M. sostiene que la mejor solución sería incorporar por referencia el Convenio de La Haya de 1993 a nuestro sistema de DIPr., y reducir las posibilidades de adopción a los menores provenientes de países con los que resultase posible establecer un mecanismo de cooperación similar al previsto en el Convenio (*vid.* «Reflexiones sobre algunas de las perplejidades de la adopción internacional», *cit.*, p. 8; *Tratado elemental de DIPr.*, p. 602).

IV. NOVEDADES DEL RÉGIMEN AUTÓNOMO

La primicia más positiva introducida en el régimen autónomo de reconocimiento es, sin duda, la relativa al tratamiento jurídico de las adopciones simples, aunque al margen de ella la LAI incorpora también ciertas novedades adelantadas paradójicamente en la conocida Resolución Circular DGRN de 15 de julio de 2006⁴³. Estas novedades se refieren tanto a los aspectos procedimentales como a los requisitos sustanciales.

IV.1. Procedimiento

En relación a los aspectos procedimentales, el sistema plasma legalmente en el artículo 27 de la LAI el reconocimiento incidental como procedimiento existente en nuestro Derecho interno para hacer valer los efectos de la adopción constituida por autoridad extranjera: «La autoridad pública española ante la que se suscita la cuestión de la validez de una adopción constituida por autoridad extranjera y, en especial, el Encargado del Registro Civil en el que se inste la inscripción de la adopción constituida en el extranjero, controlará, incidentalmente, la validez de dicha adopción en España con arreglo a las normas contenidas en esta Ley».

Es cierto que esta tesis fue ya avanzada por la DGRN antes de la LAI, y que la mayoría de la doctrina interpretaba en el régimen anterior que la adopción, en tanto acto de jurisdicción voluntaria, en caso alguno podría ser objeto de *exequatur* por los cauces de los artículos 951 a 954 de la LEC de 1881⁴⁴. La LAI consigue en este punto con la consagración del reconocimiento incidental en el artículo 27: 1.º) Descartar cualquier duda que pudiera planear sobre la posibilidad de acudir al procedimiento de *exequatur* de nuestro régimen autónomo para obtener un reconocimiento *erga omnes*; 2.º) Instaurar un reconocimiento incidental en el DIPr. español para aquellos supuestos en los que se desea que la adopción constituida ante autoridad extranjera despliegue en España sus efectos constitutivos de manera provisional e interpartes. *Ad. ex.*, un adoptado ante autoridad extranjera no español, con residencia habitual en España, reclama alimentos a su padre adoptivo extranjero; 3.º) Completar el cauce de la inscripción registral en cuanto vehículo existente en nuestro ordenamiento jurídico para que la adopción constituida ante autoridad extranjera pueda desplegar en nuestro país efectos procesales *erga omnes*.

En este punto, y he aquí una de las principales carencias de la LAI detectadas en sede de reconocimiento, sorprende, como ya ha sido denunciado por otros autores, que la LAI no haya emprendido la importante tarea pendiente de la adaptación de la normativa registral en materia de adopción internacional, siendo uno de los temas más controvertidos en la práctica española en relación al reconocimiento⁴⁵. La LAI dedica únicamente un precepto

43. *Vid.* un análisis exhaustivo y crítico sobre esta Resolución-Circular DGRN, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Reconocimiento e inscripción en el Registro Civil de las adopciones internacionales», *cit.*, *passim*. También crítico, sobre la paradoja que supone que algunas de las soluciones de la LAI ya lo eran para la DGRN en aplicación de las viejas normas, hoy derogadas, *vid. id.*, «Reflexiones sobre la Ley 54/2007 de adopción internacional», *cit.*, pp. 1 y 2.

44. En contra, DE MIGUEL ASENSIO, P., «Revisión del sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras», *AEDIPr.*, tomo 0, 2000, pp. 361-364.

45. Entre otros, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Adopción internacional y sociedad multicultural», *cit.*, p. 211; *id.*, «Reflexiones sobre la Ley 54/2007...», *cit.*, p. 8; ESPLUGUES MOTA, C., «La nueva Ley española...», *cit.*, p. 376.

a la dimensión registral de la adopción, precepto que parece que más que aportar o completar soluciones al sistema siembra importantes dudas interpretativas. Conforme al artículo 29 de la LAI: «Cuando la adopción internacional se haya constituido en el extranjero y los adoptantes tengan su domicilio en España podrán solicitar la inscripción de nacimiento del menor y la marginal de adopción conforme a las normas contenidas en los artículos 12 y 16.3 de la Ley de Registro Civil».

La no referencia a la regla general de competencia del artículo 15 de la Ley del Registro Civil (LRC) suscita, en efecto, dudas interpretativas de la relación entre preceptos LAI y LRC⁴⁶; relación que como J.M. ESPINAR VICENTE argumenta sólidamente ha de interpretarse en el sentido que el artículo 29 de la LAI debe leerse íntegramente junto con los artículos 15, 12 y 16.3 de la LRC⁴⁷. Según este autor, la lectura conjunta de tales preceptos integraría una disposición que habría de leerse del siguiente modo: Cuando, «[...] los adoptantes tengan su domicilio en España podrán solicitar la inscripción» (artículo 29 de la LAI) «[...] directamente en el Registro Civil de su domicilio» (artículo 16.3 de la LRC), pero sólo en el caso de que la adopción se constituya en España, afecte a españoles o si «[...] las correspondientes inscripciones deban servir de base a inscripciones marginales exigidas por el Derecho español» (artículo 15 de la LRC). Dicha lectura integral viene a provocar en la práctica una importante laguna legal en el sistema, pues inmediatamente surge la duda de cuál será el cauce legal existente en el DIPr. español para lograr reconocer en España con efectos *erga omnes* y definitivos aquellos supuestos de adopciones constituidas ante autoridad extranjera que no puedan acceder al Registro civil español⁴⁸.

La recepción del reconocimiento incidental en el artículo 27 de la LAI debe observarse, por tanto, como un avance del nuevo régimen autónomo del reconocimiento, pero provoca dudas interpretativas fundamentalmente por la ausencia de una adaptación paralela de la legislación registral en la materia y provoca ciertas lagunas legales. La LAI debería haber dado, al menos, dos pasos procedimentales en sede de reconocimiento de resoluciones constituidas ante autoridad extranjera: de un lado, regular las bases de un procedimiento *ad hoc* para aquellos supuestos de adopciones internacionales que no tengan acceso al Registro Civil español⁴⁹; de otro lado, y de manera coherente con la primera, emprender la necesaria reforma respecto a la dimensión registral en la materia.

IV.2. Requisitos de regularidad internacional: el sistema del «doble control»

Respecto al régimen de los requisitos exigidos en el artículo 26 de la LAI para que la adopción constituida por autoridad extranjera supere el reconocimiento en España, desplegando efectos procesales, acceda o no al Registro Civil español, el sistema se edifica, como ponen

46. Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «El Proyecto de Ley sobre adopción internacional...», *cit.*, pp. 2613 y 2614; ESPINAR VICENTE, J.M., «Reflexiones sobre algunas de las perplejidades de la adopción internacional», *cit.*, pp. 5 y 6.

47. Vid. ESPINAR VICENTE, J.M., «Reflexiones sobre algunas de las perplejidades de la adopción internacional», *cit.*, p. 5.

48. Sería el caso, *ad. ex.*, de adopción constituida en Suiza en 1990 por adoptantes alemanes sobre un menor ruso. Los adoptantes y el adoptado llevan residiendo en España desde el año 2000 y desean que la resolución suiza despliegue en España todos sus efectos como si se tratase de una decisión emitida por nuestras autoridades.

49. En el mismo sentido, ESPINAR VICENTE, J.M., «Reflexiones sobre algunas de las perplejidades de la adopción internacional», *cit.*, p. 6.

de relieve CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., sobre un enfoque metodológico completamente nuevo, en sintonía con el «sistema de control en origen» que inspira la LAI⁵⁰, cubriendo además importantes lagunas legales.

Este nuevo sistema descansa sobre dos ideas básicas que se recogen en la Exposición de Motivos de la Ley. La adopción constituida por autoridad extranjera sólo será reconocida en España si: 1.º Dicha adopción se ha constituido válidamente en el Estado de origen (control en origen); 2.º Además, dicha adopción debe satisfacer determinadas exigencias de regularidad jurídica o que giren en torno al interés del adoptado. Con este novedoso sistema de «doble control», cuestionado por algunos autores⁵¹, la LAI persigue alcanzar dos claros objetivos: de un lado, evitar que una adopción no constituida regularmente en el extranjero pueda desplegar efectos legales en España (pues, entre otras consecuencias, podría encubrir un tráfico de niños y su invalidez en origen supondría su invalidez también en España); de otro, garantizar que no se introduzcan en el Ordenamiento jurídico español adopciones constituidas por autoridad extranjera sin un respeto suficiente a los estándares de justicia, con especial atención al interés del menor.

Se traducirá, a continuación, este nuevo enfoque metodológico en los concretos requisitos exigidos en el artículo 26 de la LAI para que la adopción constituida ante autoridad extranjera supere la frontera y sea válida en España, destacando *a grosso modo* las novedades respecto al régimen anterior:

El primer eje del sistema, como acaba de verse, es que «la adopción debe haberse constituido válidamente en el Estado de origen». El artículo 26.1 de la LAI se dirige a verificar esta premisa. Para ello introduce reformulados dos conocidos controles heredados del régimen anterior: control de la competencia de la autoridad de origen y control de la ley aplicada a la constitución de la adopción.

En relación al «control de la competencia de la autoridad extranjera», el artículo 26.1.1.º de la LAI exige que «la adopción haya sido constituida por autoridad pública extranjera competente, sea o no judicial». A tal efecto, el precepto incorpora específicamente los parámetros de control: «Se considera que la autoridad extranjera es competente si se respetaron, en la constitución de la adopción, los foros recogidos en su propio Derecho» (se instaaura, por tanto, un doble control de legalidad). Además, como se deduce de la lectura del párrafo siguiente, el foro concretamente utilizado por dicha autoridad *in casu* no debe ser un foro exorbitante, pues en caso contrario la adopción, a pesar de haber sido constituida por autoridad competente, no superará la frontera.

La formulación supera sensiblemente al viejo artículo 9.5.IV del CC en este punto y básicamente por dos razones: de un lado, excluye expresamente del sistema las adopciones independientes, pues el precepto exige que sea autoridad pública la que constituyó la adop-

50. Un análisis exhaustivo del modelo construido en el artículo 26 de la LAI puede verse en CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La Ley 54/2007...*, cit., pp. 168-217.

51. Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «El Proyecto de Ley sobre adopción internacional...», cit., pp. 2606-2609; *id.*, «La Ley de Adopción Internacional...», cit., pp. 62 y 63.

ción⁵²; de otro, fundamentalmente, al inspirarse en el sistema de control en origen, cubre la laguna legal existente en este aspecto en el régimen anterior y supera la tan arraigada como cuestionada tesis de la «bilateralización» de nuestros foros de competencia. En efecto, el artículo 26.1.1.º de la LAI prevé, a diferencia del artículo 9.5.IV del CC, cuáles son los criterios conforme a los que la autoridad española ha de verificar la competencia internacional de la autoridad extranjera. Estos criterios son los foros previstos en el DIPr. del Estado cuya autoridad constituyó la adopción y acumulativamente el rechazo de la utilización *in casu* de un foro de competencia judicial internacional exorbitante.

Respecto al «control de la ley aplicable» (o, más correctamente, ley aplicada), el artículo 26.1.2.º de la LAI acoge en este punto, de nuevo, al igual que en sede de competencia, la tesis del control en origen, previendo que la autoridad española ha de controlar que la adopción se haya constituido con arreglo a la ley o leyes estatales designadas por las normas de conflicto del país del que depende la autoridad extranjera que constituyó la adopción.

Esta formulación es coherente con el nuevo sistema, supera ciertas incertidumbres interpretativas que suscitaba el control de este requisito en el viejo artículo 9.5.IV del CC y colma ciertas lagunas legales⁵³. En efecto, básicamente, eran tres las dudas suscitadas en este concreto aspecto en el régimen anterior y que han quedado solventadas con la LAI: 1.º) En cuanto a la *profundidad del control*: ¿se trataba de un control conflictual o de un control material? El artículo 26.1.2.º de la LAI acoge expresamente un control conflictual y no un mero control material, pues la autoridad española debe controlar que la autoridad extranjera aplicó a la constitución de la adopción internacional la «Ley a la que conducen sus propias normas de conflicto». El control se detiene ahí («no revisión del fondo»), salvo la importante excepción prevista en el artículo 26.1.2.º II de la LAI referido al necesario control de consentimientos y declaraciones de voluntad exigidos por la ley extranjera reguladora de la adopción. En este último punto la LAI «penetra» en el interior de la Ley aplicada a la adopción por la competente autoridad extranjera, aunque permite, en atención al *favor adoptionis*, que en caso de adopciones incompletas las declaraciones puedan ser completadas bien en España o bien ante cualquier otra autoridad extranjera competente; 2.º) En relación al *parámetro de referencia*: ¿cuál era la Ley del adoptado a la que se refería el artículo 9.5.IV del CC? La mayor parte de la doctrina, e incluso la práctica de la DGRN, venía interpretando que el parámetro de referencia era la Ley nacional del adoptado, pero ya en la Resolución Circular DGRN de 15 de julio de 2006 se alumbraba que la Ley del adoptando era la Ley del país que las autoridades extranjeras aplicaron a la adopción. Así se acoge en la LAI; 3.º) Respecto a la *extensión del control*: ¿sólo capacidad y consentimientos? En la normativa actual el control se extiende a todos los aspectos legales de la constitución de la adopción: capacidad, consentimientos y forma de la adopción.

52. Las adopciones independientes o adopciones privadas, usuales en Estados Unidos, son aquellas que se tramitan mediante un intermediario privado. En este tipo de adopciones se recurre a particulares que carecen de un vínculo oficial con la Administración, que actúan de vínculo entre los adoptantes y el país del menor que quiere ser adoptado. Su carácter no oficial en España no ha impedido que muchos residentes en España acudan a esta vía, más insegura y con menos garantías, que la realizada oficialmente a través de las ECAIS [vid. ESTEBAN DE LA ROSA, G. (coord.), *Regulación de la Adopción Internacional...*, cit., pp. 200-202].

53. Aunque se trata de un tipo de control criticado por parte de la doctrina, incluso antes de la entrada en vigor de la LAI, pues se considera que sería un requisito suficiente la ausencia de contrariedad con el orden público español en atención al interés superior del menor (en este sentido, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Reconocimiento e inscripción...», cit., p. 690; CALVO BABÍO, F., «Revisión crítica de la nueva Ley...», cit., p. 62).

En segundo lugar, una vez controlada por la autoridad española que la adopción se ha constituido válidamente en el Estado de origen, además, la autoridad española ha de controlar la regularidad jurídica de la adopción y que ésta satisface determinadas garantías en beneficio del adoptando. A este segundo objetivo se dirigen el resto de los requisitos exigidos por el artículo 26 de la LAI.

1.º) *Equivalencia de efectos entre la adopción extranjera y la adopción española* (artículo 26.2 de la LAI). Se trata éste, como es sabido, del requisito más especialmente polémico en la aplicación del régimen anterior. Su nueva formulación traduce, en aras de la seguridad jurídica, la interpretación construida sobre él por la DGRN en el pasado y que fue recogida en la Resolución Circular de 15 de julio de 2006. Se trata de evitar que las adopciones simples surtan efectos en España como adopciones y puedan acceder al Registro Civil español. Ello no significa, como se ha adelantado, que el legislador ignore la existencia de esta modalidad de adopciones, pero sólo serán reconocidas en España como adopciones aquellas que satisfagan los requisitos del artículo 26 de la LAI, y entre ellos es pieza determinante la igualdad de efectos de la adopción extranjera con la adopción española en los términos perfilados en el artículo 26.2 de la LAI. Tales términos son los siguientes: a) La correspondencia de efectos no ha de ser absoluta, pero sí fundamental o «sustancial» (como recoge *ex novo* el precepto); b) Será irrelevante, tal como indica el precepto también *ex novo*, el nombre legal de la institución en el Derecho extranjero; c) La correspondencia de efectos se exige no sólo, como en el régimen anterior, en los casos en que el adoptante sea español, sino que por la misma razón (pues se trata de adopciones que han de acceder al Registro Civil español) se extiende también a los casos en que el adoptando sea español; d) Los concretos efectos de la adopción extranjera que se deben corresponder con los previstos por la Ley española acertadamente se especifican en el artículo 26.2.III de la LAI y son los siguientes: a') Extinción de vínculos jurídicos sustanciales entre el adoptado y su familia anterior. Ha de subrayarse el importantísimo matiz introducido también *ex novo* de «correspondencia sustancial de efectos jurídicos de la adopción», pues cuando los vínculos jurídicos que se mantienen con la familia de origen son de escasa importancia o ceden en caso de incompatibilidad, como es el caso de la adopción según Leyes etíopes, existirá correspondencia sustancial; b') Identidad de vínculos de filiación que los de la filiación por naturaleza; c') Carácter irrevocable de la adopción por los adoptantes⁵⁴. En relación al requisito de la revocabilidad la LAI recoge y regula la posibilidad ya introducida en el régimen anterior de renuncia por parte del adoptante⁵⁵, aunque acertadamente introduce también *ex novo* la importantísima precisión de que la renuncia a la facultad de revocación del adoptante debe ser efectuada por éste «antes del traslado del menor a España». De este modo, se evitan los graves supuestos en que adoptantes con residencia habitual en España adoptan a un menor en el extranjero y se «deshacen» de él antes de haber renunciado a su facultad de revocación (revocan la adopción cuando el menor se encuentra en España, el menor queda en situación de desamparo y ha de ser restituido a su país de origen)⁵⁶.

54. En el Derecho español, como es sabido, la adopción es irrevocable (artículo 180 del CC) y no existen excepciones a dicho principio. La exigencia de la irrevocabilidad de la adopción constituida ante autoridad extranjera ha sido siempre exigida por la jurisprudencia española (*vid.*, entre otros, DIAGO DIAGO, P., «Revocable International Adoption and Spanish Law», *SYLL*, 1998, pp. 79-103).

55. *Vid.* ESPINOSA CALABUIG, R., «Una nueva reforma en materia de adopción internacional», *RGD*, 2000, núm. 667, pp. 4344-4361; RODRÍGUEZ BENOT, A., «Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del artículo 9.5 del CC en materia de adopción internacional», *REDI*, 1999-II, pp. 818-882.

56. *Vid.* CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La Ley 54/2007...*, *cit.*, p. 209.

2.º) *Exigencia del certificado de idoneidad español en los casos en que el adoptante sea español y residente en España al tiempo de la adopción* (artículo 26.3 de la LAI). Aunque el tratamiento de esta exigencia, así como del requisito siguiente, que introducen el elemento de la nacionalidad española como elemento diferenciador es una de las principales críticas vertidas hacia la LAI en sede de reconocimiento⁵⁷, el legislador español continúa entendiendo que, por consideraciones de «Derecho conflictual registral»⁵⁸, la situación debe sostenerse en el nuevo régimen⁵⁹. En relación al necesario certificado de idoneidad continúa exigiéndose, por tanto, exclusivamente en los supuestos de adoptantes españoles y con residencia en nuestro país, pero no respecto a adoptantes extranjeros o adoptantes españoles con residencia en el extranjero. La LAI introduce la precisión de exigir expresamente que la declaración de idoneidad del adoptante por la Entidad Pública española haya sido emitida «previamente» a la constitución de la adopción por el órgano competente extranjero. Se desea así superar de manera definitiva la doctrina de la DGRN que en el pasado admitió que el certificado de idoneidad podía obtenerse con posterioridad a la adopción constituida ante autoridad extranjera (RDGRN 3.ª de 25 de junio de 1999).

3.º) *En caso de adopción de español, la LAI continúa exigiendo, además del resto de requisitos, el consentimiento de la Entidad Pública correspondiente a la última residencia habitual del adoptando en España* (artículo 26.4 de la LAI). Se trata de un requisito que no ha experimentado variación alguna respecto al viejo texto del artículo 9.5.IV del CC⁶⁰. El precepto no precisa qué ocurre en la hipótesis de que tal residencia no haya existido nunca⁶¹, aunque se deduce que en tales supuestos el requisito no se exigirá. En la práctica, no obstante, continuará siendo de escasa aplicación en tanto España es esencialmente un Estado de recepción.

4.º) *Formalidades de la adopción extranjera* (artículo 26.5 de la LAI). La LAI incorpora expresamente, a diferencia del régimen anterior, el control formal externo de la resolución extranjera de adopción, que se venía exigiendo en la práctica registral acumulativamente al control de la competencia en origen y al control de la ley aplicada. Éste consiste, como es sabido, en la legalización o apostilla y la traducción del documento al idioma oficial español, exceptuándose los documentos eximidos de legalización o traducción en virtud de otras normas vigentes.

5.º) Finalmente, y he aquí una de las erratas advertidas en torno al texto definitivo de la LAI, las adopciones constituidas por autoridades extranjeras deberán pasar un último

57. Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «La Ley de adopción internacional...», *cit.*, pp. 60-62; *id.*, «Reflexiones sobre la Ley 54/2007...», *cit.*, p. 6; PARADELA AREÁN, P., «Breve comentario a la Ley 54/2007 internacional», *cit.*, pp. 9 y 10. Ambos autores entienden que en atención al interés superior del adoptando la previa declaración de idoneidad debería exigirse en todos los supuestos, con independencia de la nacionalidad o de la residencia del adoptante.

58. Vid., *amplius*, Resolución Circular DGRN de 15 de julio de 2006 (al respecto, pueden verse las críticas de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Reconocimiento e inscripcón...», *cit.*, pp. 695 y ss.)

59. Al argumento registral algunos autores añaden, justificando así la opción de la LAI, que el legislador considera que una adopción no vinculada con España (adoptantes extranjeros y adoptando extranjero), no se inserta en la sociedad española y, por tanto, el reconocimiento de dicha adopción no afecta de modo directo a la sociedad española (CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La Ley 54/2007...*, *cit.*, p. 203).

60. El requisito, inspirado en el interés superior del menor y en el deseo de salvaguardar las garantías del procedimiento, evita el movimiento fraudulento que podría suponer trasladar el domicilio o residencia del adoptando español al extranjero para evitar la necesidad de una Propuesta previa por parte de la Entidad Pública española (vid. GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., «Filiación y alimentos» en GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6.ª ed., 1995, pp. 366-375).

61. Vid. ESPLUGUES MOTA, C., «La nueva Ley española de adopción internacional...», *cit.*, p. 376.

filtro para su validez en España, pues *no deben producir efectos contrarios al orden público internacional español, teniendo en cuenta a tal efecto el interés superior del menor*. El artículo 31 de la LAI recoge expresamente este requisito, si bien en su redacción definitiva queda circunscrito únicamente a las adopciones simples. Parece ser que se trata simplemente de un olvido del legislador, ya que en el Proyecto aparecía «decisión extranjera de adopción, simple, o menos plena...», pero en la misma enmienda en que se introdujo el «interés superior del menor», transformando el precepto en cláusula especial de orden público, se suprimió, inconscientemente, la referencia a la adopción⁶². El descuido no tiene trascendencia, pues en caso alguno se reconocerá una adopción extranjera si resulta manifiestamente contraria al orden público internacional español. El sistema proporciona los mecanismos interpretativos suficientes para su intervención, que van desde acudir al genérico artículo 12.3 del CC, integrar el artículo 31 de la LAI o, como hacen algunos autores, procurando salvar la laguna legal, invocar el círculo hermenéutico del artículo 23 de la LAI colocado en sede de ley aplicable⁶³.

V. LAS ADOPCIONES SIMPLES EN LA LAI

La gran novedad de la LAI en sede de reconocimiento, como se ha adelantado, es la regulación legal de las adopciones simples por parte del Derecho español⁶⁴, modalidad de adopciones que venían penetrando en nuestro país en sus muy variadas formas desde hace años⁶⁵. La regulación se contiene en el artículo 30 de la LAI y, ciertamente, suscita muchas e interesantes cuestiones, pues, en definitiva, la realidad a regular es extremadamente compleja. Se destacarán las dos principales novedades que aporta la regulación *versus* la respuesta del régimen anterior, que consistía simplemente en su ignorancia por el legislador. Estas dos cuestiones se refieren respectivamente al reconocimiento o efectos en España de las adopciones simples y a la posibilidad de conversión de la adopción simple en adopción plena⁶⁶.

62. Al respecto, *vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Reflexiones sobre la Ley 54/2007, de adopción internacional», *cit.*, p. 7.

63. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La Ley 54/2007...*, *cit.*, pp. 193 y 194.

64. Se trata del único aspecto en el que toda la doctrina internacionalprivatista está de acuerdo, incluso hasta los autores más críticos con la LAI (*vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Reflexiones sobre la Ley 54/2007, de adopción internacional», *cit.*, 2008, *passim*; PARADELA AREÁN, P., «Breve comentario a la Ley 54/2007 internacional», *cit.*, 2008, pp. 10 y 11; ESPINAR VICENTE, J.M., «Reflexiones sobre algunas de las perplejidades de la adopción internacional», *cit.*, 2008, *passim*).

65. La expresión adopción simple cubre, efectivamente, una realidad muy extensa (*vid.* CALVO BABÍO, F., *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, *cit.*, pp. 47-50).

66. Una cuestión que no queda clara en la LAI en relación a las adopciones simples es la posibilidad de que la autoridad española pueda constituir una adopción simple en España aplicando una ley extranjera (sobrentendiendo que en aplicación de las normas de competencia judicial internacional y de ley aplicable previstas en la LAI). Así mientras que algunos autores consideran que sí (*vid.* CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La Ley 54/2007...*, *cit.*, pp. 294 y 295), otros niegan categóricamente esta posibilidad (ESPINAR VICENTE, J.M., «Reflexiones sobre algunas de las perplejidades de la adopción internacional», *cit.*, p. 4), y otros, a mi juicio, más acertadamente, estiman que no existe una razón categórica en la LAI para que la autoridad española no pueda constituir una adopción simple en el foro español, pero que los elementos sistemáticos de la LAI se opondrían a tal resultado; en especial, la definición que la propia Ley hace en su artículo 15.4 de adopción simple o menos plena: «A efectos de lo establecido en esta Ley, se entenderá por adopción simple o menos plena *aquella constituida por autoridad extranjera competente* cuyos efectos no se correspondan sustancialmente con los previstos para la adopción en la legislación española» (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Reflexiones sobre la Ley 54/2007, de adopción internacional», *cit.*, p. 54, nota 40).

V.I. Efectos legales en España de las adopciones simples

El texto hoy derogado del artículo 9.5 del CC mantenía silencio sobre los efectos susceptibles de desplegar en España la adopción simple legalmente constituida por autoridad extranjera. La DGRN sostuvo firmemente que en caso alguno esta modalidad de adopciones podían ser reconocidas en España como adopciones *ex* artículo 9.5 del CC (IV) y acceder como tales al Registro Civil español por ausencia del requisito de equivalencia de efectos con la adopción del Derecho español («técnica de la equivalencia de los efectos»). También sostuvo en el pasado el Centro Directivo que estas adopciones debían ser equiparadas a un «acogimiento familiar» del tipo español, lo que en la práctica suponía la plataforma para la posterior constitución *ex novo* de una adopción en España. Posteriormente, en la Resolución Circular DGRN de 15 de julio de 2006 se aprecia ya un germen de reconocimiento de esta realidad en clave más multicultural (es lo que el Centro Directivo denomina impropriadamente «efectos periféricos» de la adopción). La realidad era simplemente que el legislador ignoraba la presencia en nuestro país de adopciones simples legalmente constituidas en otros países y que la cuestión jurídicamente era extremadamente dudosa. El legislador de la LAI se ocupa por primera vez de regular la cuestión de la validez en España de las adopciones simples, reconociendo explícitamente la posibilidad de que sobrevivan como tales en el foro⁶⁷. Las claves de esta nueva regulación son las siguientes⁶⁸:

1.º) *Las adopciones simples no pueden ser reconocidas en España como adopciones.* Los efectos jurídicos que producen no se corresponden de modo sustancial con la adopción regulada en el Derecho español (artículo 26.2.II de la LAI). En particular, aun partiendo de las múltiples formas de adopciones simples que existen en el Derecho comparado, no suponen la ruptura de los vínculos jurídicos del adoptado con la familia de origen y no producen los mismos efectos que la adopción plena en lo que se refiere al contenido de la filiación.

2.º) *La LAI abandona la tesis de la equiparación entre adopción simple y acogimiento familiar.* La tesis de la equiparación sostenida en el pasado por la DGRN implicaba una degeneración jurídica de la institución de la adopción simple y no era acorde con el tratamiento de estas adopciones en el Convenio de La Haya de 1993 en materia de adopción internacional. No debe olvidarse que la adopción simple genera un vínculo jurídico de filiación entre adoptantes y adoptando, que no concurre en el acogimiento familiar del Derecho español. Ha de precisarse que, aunque en el párrafo 4.º del artículo 30 de la LAI se recoge literalmente que «La adopción simple o menos plena será considerada como un acogimiento familiar», esta equiparación, como ahora veremos, ha de entenderse realizada por el legislador exclusivamente de una manera provisional y en el marco del procedimiento de conversión de la adopción simple extranjera en adopción plena española, con objeto de facilitar dicha conversión.

67. Sólo algunos autores reconocían tal posibilidad implícita bajo el paraguas del antiguo régimen (*vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «El Proyecto de Ley sobre adopción internacional...», *cit.*, pp. 2609 y 2610; *id.*, «Reconocimiento e inscripción...», *cit.*, pp. 695-697).

68. Un estudio más extenso puede verse en CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La Ley 54/2007...*, *cit.*, pp. 298-302.

3.º) *La LAI acoge la tesis del reconocimiento material a través de la Ley nacional del adoptando* (artículo 30.1 de la LAI). Entre las alternativas propuestas por la doctrina para el reconocimiento de estas adopciones en España⁶⁹, se acoge esta tesis, ya parcialmente apuntada por la DGRN y defendida por algunos autores, conforme a la cual la adopción simple será existente y válida en España, como adopción simple o menos plena, si se ajusta a la ley nacional del adoptado con arreglo al artículo 9.4 del CC. El reconocimiento se lleva a cabo, pues, a través de «La Ley aplicable». Puede deducirse que, en tanto remisión a la ley nacional del adoptando, no será posible la adopción simple sobre adoptandos españoles.

4.º) La Ley nacional del adoptado en forma simple determina la existencia y la validez de dicha adopción (como ya había adelantado la DGRN) y también, añade ahora la LAI, los efectos jurídicos de tales adopciones, en particular, la cuestión de la atribución de la patria potestad (artículo 30.2 de la LAI).

5.º) *Las adopciones simples no serán objeto de inscripción en el Registro civil español como adopciones* (artículo 30.3 de la LAI). Podrán ser objeto únicamente de anotación (Resolución Circular DGRN de 15 de julio de 2006). En este punto, la LAI debería haber dado un paso más respecto a la situación ya existente en el régimen anterior y, en coherencia con la necesaria adaptación de la legislación registral que debería haber llevado a cabo en la materia, ofrecer una respuesta registral específica a las adopciones simples, ya que las peculiaridades de esta modalidad de adopción exigen una constancia registral de mayor profundidad que una anotación registral⁷⁰.

6.º) *Las adopciones simples no comportarán la adquisición de la nacionalidad española con arreglo al artículo 19 del CC* (artículo 30.3 de la LAI). La adopción plena constituye, hoy por hoy, la única modalidad de adopción que tiene como efectos la atribución automática de la nacionalidad española de origen en el caso de que el adoptado sea menor de edad y el reconocimiento del derecho a optar a la nacionalidad española de origen en el caso de que el adoptado sea mayor de edad.

7.º) *Introducción de una cláusula especial de orden público internacional como límite al reconocimiento*. En ningún caso procederá el reconocimiento de una decisión extranjera de adopción simple o menos plena, si produce efectos manifiestamente contrarios al orden público internacional español. A tal efecto, se tendrá en cuenta el interés superior del menor (artículo 31 de la LAI). Se trata, efectivamente, de una cláusula especial de orden público internacional en el ámbito del reconocimiento, cuya especialización («interés superior del menor») permitirá a las autoridades españolas rechazar los efectos jurídicos en España de una adopción simple que no constituye la mejor forma de protección de un concreto menor⁷¹.

69. Sobre las diferentes alternativas que ofrecía el sistema, *vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Reconocimiento e inscripción...», *cit.*, pp. 695-697.

70. Así lo sostiene ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «El Proyecto de Ley sobre adopción internacional...», *cit.*, p. 2613.

71. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La Ley 54/2007...*, *cit.*, pp. 193 y 194.

V.2. Conversión de la adopción simple extranjera en adopción plena española

La posibilidad de convertir una adopción simple en una adopción plena española bajo el paraguas de la legislación anterior ha sido, como es sabido, una de las cuestiones más extremadamente polémicas en la aplicación del hoy derogado artículo 9.5 IV del CC, enfrentando a doctrina⁷², práctica registral y jurisprudencia. Los únicos datos reales es que no existía previsión legal expresa, la práctica registral negaba la posibilidad de conversión, y la adopción simple constituida en el extranjero no reconocida como tal en España acababa transformándose *de facto* en adopción plena mediante el reconocimiento, en primer lugar, de un acogimiento familiar y, en segundo lugar, posterior constitución *ex novo* de la adopción conforme al Derecho español (práctica habitual en algunas CCAA como Canarias o Andalucía). Esta práctica, como fue denunciada acertadamente por algunos autores, resultaba a todas luces insatisfactoria desde el punto de vista de respeto de las voluntades⁷³.

De ahí que una de las principales aportaciones de la LAI en su conjunto es la incorporación y regulación de un procedimiento específico de conversión de adopción simple extranjera en adopción plena española, a caballo entre ley aplicable y reconocimiento, y que se regula en el artículo 30.4 de la LAI. No obstante, como han puesto de relieve algunos autores, este procedimiento específico de conversión es sólo una opción más dentro del marco de la LAI, pues el nuevo sistema permite otras posibilidades ante una adopción simple: *ad. ex.*, conversión en España de la adopción simple extranjera en adopción plena extranjera (conforme al derecho extranjero); conversión en origen de la adopción simple extranjera en adopción plena extranjera con arreglo a las normas de DIPr. extranjeras del Estado del que se trate (solución más facilitadora para nuestro sistema); constitución *ex novo* de adopción plena española en relación a un menor que ha sido adoptado en forma simple en un país extranjero⁷⁴.

Las ideas claves del procedimiento específico regulado en el artículo 30.4 de la LAI que permite convertir la adopción simple extranjera en adopción plena española se resumen en cuatro:

1.º) Es un procedimiento voluntario y, como acaba de verse, no es la única posibilidad que ostentan los particulares a la hora de operar la conversión. Tampoco están obligados a

72. A favor, considerando que el ya derogado artículo 9.5 del CC permitía otorgar los consentimientos necesarios para eliminar los efectos *ad extra* de la adopción simple, BOUZA VIDAL, N., «La nueva Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre adopción y su proyección en el Derecho internacional privado», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1987, núm. 6, pp. 897-931; *id.*, «Artículo 9.5 del CC» en AA.VV. (coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO), *Comentarios a las reformas del Código Civil (desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 456-470; GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., «Filiación y alimentos», en GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6.ª ed., 1995, pp. 366-375; RODRÍGUEZ BENOT, A., «Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del artículo 9.5 del CC en materia de adopción internacional», *REDI*, 1999-II, pp. 818-822; *id.*, «La filiación», en AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y otros, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Tecnos, Madrid, 2.ª ed., 2007, pp. 196-205; ESTEBAN DE LA ROSA, G. (coord.), *Regulación de la adopción internacional. Nuevos problemas, nuevas soluciones*, Pamplona, 2007, pp. 246 y ss. En contra, RODRÍGUEZ MATEOS, P., «Artículo 9.5 del CC», AA.VV., *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, 1995, pp. 242-259; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «El certificado de idoneidad de los adoptantes en el marco de la prevención del tráfico de niños (con especial referencia a las adopciones rumanas)», *AC*, núm. 12, octubre 1998, pp. 13-26.

73. *Vid.* GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *AEDIPr.*, 2006, p. 1067.

74. Estas posibilidades pueden examinarse más ampliamente en CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La Ley 54/2007...*, *cit.*, pp. 303 y 304.

la conversión, pues la adopción simple será considerada como existente y válida como tal adopción simple extranjera si se ajusta a la Ley nacional del adoptado (artículo 30.1 de la LAI).

2.º) Los tribunales españoles deben ostentar competencia judicial internacional para llevar a cabo la conversión (artículo 15.2 de la LAI) con arreglo a las normas de competencia judicial internacional previstas en el artículo 15.1 de la LAI.

3.º) La Ley extranjera conforme a la cual se constituyó la adopción debe ser consultada a los solos efectos de verificar que permite la conversión (artículo 15.2 de la LAI)⁷⁵. En el supuesto de que no permita tal conversión, los particulares podrían optar por constituir *ex novo* en España una adopción plena española sobre el menor adoptado en forma simple ante autoridad extranjera.

4.º) La adopción simple extranjera se equipara, como acaba de verse, a los solos efectos de la conversión al «acogimiento familiar» español, eximiéndose así de la necesaria Propuesta previa de la Entidad Pública competente como requisito para instar el correspondiente expediente judicial.

5.º) La Ley sustantiva española se aplica para fijar el modo concreto de conversión de la adopción simple en adopción plena extranjera. Las exigencias recogidas en el artículo 30.4.III, letras a) a g), acogen la teoría del «consentimiento ilustrado» del artículo 27 del Convenio de La Haya de 1993: las personas implicadas en una adopción simple deben haber sido informadas o ilustradas de lo que supone una adopción plena y deben haber prestado su consentimiento con pleno conocimiento de causa⁷⁶.

Los requisitos necesarios que concretamente han de observarse son los siguientes: a) Que las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiere para la adopción hayan sido convenientemente asesoradas e informadas sobre las consecuencias de su consentimiento, sobre los efectos de la adopción y, en concreto, sobre la extinción de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen; b) Que tales personas hayan manifestado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento haya sido prestado por escrito; c) Que los consentimientos no se hayan obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no hayan sido revocados; d) Que el consentimiento de la madre, cuando se exija, se haya prestado tras el nacimiento del niño; e) Que, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño, éste haya sido convenientemente asesorado e informado sobre los efectos de la adopción y, cuando se exija, de su consentimiento a ella; f) Que, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño, éste haya sido oído; g) Que, cuando haya de recabarse el consentimiento del menor en la adopción, se examine que éste lo manifieste libremente, en la forma y con las formalidades previstas, y sin que haya mediado precio o compensación de ninguna clase.

75. La supeditación de la conversión a lo previsto en el Derecho extranjero ha sido considerada innecesaria por algunos autores (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Reflexiones sobre la Ley 54/2007...», *cit.*, p. 5).

76. *Vid.* CALVO BABÍO, F., *Reconocimiento en España de las adopciones simples...*, *cit.*, pp. 381-386.

La regulación de este procedimiento es, sin duda, una de las principales aportaciones de la LAI al nuevo régimen y que, como antes se ha visto, ayudará al mejor funcionamiento del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional en relación a las adopciones simples certificadas conforme Convenio. Los extremos que se exigen materialmente para la conversión son suficientemente adecuados para garantizar el interés superior del menor, así como el del resto de personas implicadas en la adopción, especialmente, la familia biológica y las personas o instituciones cuyo consentimiento se requiere⁷⁷. No obstante, una vez más, se echa en falta por parte de la LAI, en coherencia con su objetivo de ser una «Ley integral de adopción internacional», la regulación de los aspectos estrictamente procedimentales de este procedimiento de conversión.

VI. CONCLUSIONES

El sistema de reconocimiento en España de las adopciones constituidas ante autoridades extranjeras es potencialmente tripartito, aunque en la práctica, salvo muy contadas excepciones en las que puedan entrar en funcionamiento ciertos Convenios bilaterales *ad hoc*, el sistema es dual: régimen Convenio de La Haya de 1993 (completado con LAI en caso de adopciones simples) para las adopciones que provengan de Estados partes de éste o régimen LAI para las adopciones que provengan de Estados no parte del Convenio de La Haya de 1993. Respecto a los Convenios bilaterales específicos es opinión compartida por la doctrina que su conclusión no debe fomentarse, sino que el objetivo de política legislativa de los Estados de recepción debe ser que los Estados de origen converjan en el sistema multilateral del Convenio de La Haya de 1993. Este Convenio multilateral *sui generis* es actualmente el único instrumento legal internacional susceptible de garantizar la legalidad del proceso de adopción en todas y cada una de sus fases, y, por ende, el interés superior del menor así como el del resto de las personas implicadas en la adopción.

La incidencia de la normativa convencional multilateral vía Convenio de La Haya de 1993 es muy relevante, al tratarse de un Convenio de gran éxito que nos vincula con numerosos Estados de origen, pero la eficacia real de la normativa LAI en sede de reconocimiento no es en absoluto reducida, teniendo un radio de acción cuantitativamente importante e incluso pudiendo apreciarse una tendencia a su mayor intervención.

La LAI, que deroga el viejo régimen anterior del DIPr. español autónomo en sede de reconocimiento de adopciones constituidas ante autoridades extranjeras, y pretende regular de manera integral y sistemática la adopción internacional en nuestro país, ha sido recibida doctrinalmente de manera muy diversa. La principal novedad que aporta el sistema, y único aspecto en el que coinciden todos los autores a destacar, es el reconocimiento expreso de las adopciones simples y la incorporación de un procedimiento específico de conversión de la adopción simple extranjera en adopción plena española. La regulación de este procedimiento de conversión podrá además mejorar sensiblemente el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1993 en nuestro país respecto a las adopciones simples certificadas conforme al Convenio. Al margen de esta importantísima contribución de la LAI

77. También una valoración positiva, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Reflexiones sobre la Ley 54/2007...», *cit.*, p. 5; ESPLUGUES MOTA, C., «La nueva ley española de adopción internacional...», *cit.*, p. 377.

en el sistema, puesto que incide favorablemente tanto en la normativa convencional como en la estrictamente autónoma, la valoración global que nos merece la nueva regulación del sector pasa por reconocer que es más afortunada desde un punto de vista técnico y valorativo que la contenida en el derogado artículo 9.5.IV del CC, pero demasiado apegada en ciertas soluciones al régimen hoy derogado, e insuficiente en lo que se refiere a la dimensión procedimental y registral de la adopción internacional.

Técnicamente, supera algunos de los defectos del artículo 9.5.IV del CC, aclara cuestiones jurídicas controvertidas y se ocupa de otras antes no reguladas. Valorativamente, todas las soluciones aportadas se insertan en la idea motor de la LAI, que es defender el interés del menor en las adopciones internacionales, aunque en ocasiones existe una excesiva fijación por identificar el interés superior del menor a adopciones internacionalmente «fuertes», provocando que dicho interés supremo pueda no ser respetado. Los principales puntos débiles de la regulación se colocan justamente en sus ausencias, teniendo en cuenta que el objetivo del legislador es ofrecer una regulación integral de la adopción internacional en España. De un lado, los aspectos estrictamente procedimentales, pues podrían haberse regulado las bases de un procedimiento *ad hoc* para aquellos supuestos de adopciones internacionales que no tengan acceso al Registro Civil español, así como el procedimiento de conversión de adopción simple extranjera en adopción plena española regulado sustancialmente en el artículo 30.4.a) a g) de la LAI. De otro lado, debía haberse abordado la necesaria adaptación de la normativa del Registro Civil en materia de adopción internacional, tarea pendiente tantas veces denunciada por la doctrina internacionalprivatista española.

LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS ENTRE LOS MIEMBROS DE LA PAREJA ESTABLE

BEATRIZ VERDERA IZQUIERDO

Profesora titular de Derecho Civil. Universidad de las Islas Baleares

RESUMEN

La mayoría de Comunidades Autónomas disponen de regulación atinente a las parejas estables, ahora bien, sólo unas pocas abordan el tema referente al derecho de alimentos entre sus miembros. Llama la atención la sucinta regulación en esta materia en dichas leyes en contraposición a la estricta y detallada regulación de los artículos 142 y siguientes del CC.

El tema de la obligación de alimentos entre convivientes ha sufrido una gran evolución, en un primer momento se consideraba que no disponían de tal derecho al sustentarse tal unión en la voluntad de los convivientes, si bien, era posible acordar algún pacto sobre el particular.

Así, tras plantearnos la naturaleza jurídica de dicha obligación, se trata de concretar su régimen jurídico tanto constante la pareja estable, como al cesar ésta.

ABSTRACT

Most of Autonomous Communities have a regulation regarding the stable couples, now then, only some few ones tackle the matter concerning the right of alimony among its members. It attracts attention the succinct regulation in this matter in these laws in opposition to the strict and detailed regulation of the articles 142 and following of the Cc.

The matter of the obligation of nourishment among live-in partners has suffered a great evolution, in a first moment it was considered that they didn't have that right because such an union being sustained in the will of the partners, although, it was possible to agree some pact on the matter.

This way, after thinking about the juridical nature of this obligation, we would try to sum up its juridical regime so much constanting the stable couple, like when ceasing the same one.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN

II. SITUACIÓN PRECEDENTE. LOS PACTOS

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN

IV. RÉGIMEN JURÍDICO

IV.1. Constante la pareja estable

- A) Referencia a las cargas del matrimonio.
- B) Fundamento de la obligación.
- C) Los pactos sobre alimentos.

IV.2. Al cesar la pareja estable

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, la mayoría de Comunidades Autónomas disponen de regulación atinente a las parejas estables, ahora bien, sólo unas pocas abordan el tema referente al derecho de alimentos entre los miembros de la pareja.

Es el caso de la Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella de Catalunya¹, artículo 8, respecto a la unión heterosexual y el artículo 26 en relación a la unión homosexual, que, con idéntica redacción establecen: «Los miembros de la pareja estable tienen la obligación de prestarse alimentos, con preferencia a cualquier otro obligado».

Los artículos 4.1.a) y 23.1.a) de la referida ley tratan sobre las cargas familiares entre las que se encuentran los alimentos. A su vez, los artículos 14, para las parejas heterosexuales y 31.2 para las parejas homosexuales establecen la posibilidad por parte de los convivientes de solicitar una pensión alimenticia periódica. El artículo 18 de la Ley Catalana al tratar la extinción por defunción instituye el derecho del superviviente «a ser alimentado con cargo al patrimonio del premuerto».

El Codi de Família (Llei 9/1998, de 15 de juliol) regula la obligación de alimentos en los artículos 259 a 272, Título VIII: «Los alimentos entre parientes», criticándose al respecto el impropio concepto de «parientes» que utiliza dicha ley. También, la Llei 19/1998, de 28 de diciembre, de situacions convivencials d'ajuda mútua de Catalunya, en el artículo 8.1, concreta el derecho de los convivientes a una pensión periódica alimenticia.

Y, el Proyecto de Ley de Libro Segundo de Código Civil de Catalunya relativo a persona y familia, aborda tal cuestión en tres artículos 234.10, referente a la prestación alimenticia; 234.11 sobre las modalidades de pago de tal prestación; 234.12 relativo a la extinción de la

1. Modificada por la Ley 3/2005, de 8 de abril (DOGC de 19 de abril de 2005, núm. 4366), de modificación de la Ley 9/1998, del Código de Familia, de la Ley 10/1998, de uniones estables de pareja y la Ley 40/1991 del Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña, en materia de adopción y tutela.

prestación alimenticia fijada en forma de pensión y 234.13 sobre el ejercicio de los derechos los cuales prescriben en el término de un año. Dicha regulación, en distintos puntos, remite a los preceptos referentes a la pensión compensatoria en sede matrimonial.

En Aragón encontramos la Ley 6/1999, de 26 de marzo, de parejas estables no casadas², en particular, el artículo 13 referente al derecho de alimentos dispone: «Los miembros de la pareja están obligados a prestarse entre sí alimentos, con preferencia a cualesquiera otras personas legalmente obligadas». Asimismo, el artículo 5.3 de la referida ley considera gastos comunes los alimentos.

La Ley Foral de Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, establece en el artículo 5.4, la posibilidad de solicitar una pensión periódica, si cualquiera de los miembros de la pareja la necesita para atender su sustento.

Y, la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables de las Islas Baleares, recoge la obligación de alimentos en el artículo 6: «Los miembros de la pareja estable tienen la obligación de prestarse alimentos, y se les debe reclamar con prioridad sobre cualquiera otra obligada legalmente»³. A su vez, alude a los alimentos en el artículo 5 referente a las cargas del matrimonio. Por tanto, dichos preceptos fijan la equiparación a la pareja matrimonial.

La obligación de alimentos es una de las obligaciones legales más representativas que encontramos en el Código Civil. Ello conlleva que tanto su contenido (artículo 142), la relación que hace surgir dicha obligación como es el parentesco (artículo 143), el orden de prelación (artículo 144), el reparto de la obligación cuando recaiga sobre distintos sujetos (artículo 145), la cuantía (artículos 146 y 147), la necesidad por parte del alimentista (artículos 146 y 148), los posibles medios económicos del alimentante (artículo 146), el momento de exigibilidad (artículo 148), el cumplimiento alternativo (artículo 149) y la extinción (artículos 150 a 152) se encuentran regulados en el Código Civil. En cambio, como acabamos de comprobar, no se concretan dichos extremos en las Leyes de parejas estables autonómicas, a excepción del Proyecto de Libro II de Catalunya. Por lo que llama la atención la sucinta regulación en esta materia en dichas leyes en contraposición a la estricta y detallada regulación de los artículos 142 y siguientes del CC.

II. SITUACIÓN PRECEDENTE. LOS PACTOS

Con anterioridad a la promulgación de las distintas leyes autonómicas sobre parejas estables, no se reconocía a los convivientes el derecho de alimentos, ni constante la unión ni una vez producida la ruptura⁴. A su vez, los estudios sobre parejas estables o no abordaban el tema o lo trataban para concretar que no existía dicha obligación legal.

2. Modificada por la Ley 2/2004, de 3 de mayo, relativa a parejas estables no casadas (BOA de 12 de mayo de 2004, núm. 24), por la que se otorga nueva redacción al artículo 10 en materia de adopción.

3. Véase VERDERA IZQUIERDO, B., «Comentario al artículo 6. Derecho de alimentos», en *Comentarios a la Ley de Parejas estables de las Illes Balears*, AA.VV., Institut d'Estudis Autònoms, Palma de Mallorca, 2007, p. 157.

4. Véase ESTRADA ALONSO, E., *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, Civitas, Madrid, 1991, p. 233; MESA MARRERO, C., *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 239; GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, p. 297; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «¿Están los convivientes de hecho obligados a prestarse alimentos?», en *Uniones de hecho*, XI Jornades Jurídiques, Servei de Publicacions de la Universitat de Lleida, Lleida, p. 352; ROCA GUILLAMÓN, J., «Las cargas de la familia de hecho», en *Parejas de Hecho*, curso de verano de la Universidad de Almería, Granada, 1996, p. 87. Ahora bien, GARCÍA RUBIO, M.P., *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Civitas, Madrid, 1995, p. 204.

Si partimos del artículo 143 del CC que determina los sujetos obligados recíprocamente a darse alimentos, comprobamos que en su cerrada enumeración no hace referencia a los miembros de la pareja estable. Al tratarse de una obligación legal, únicamente, los sujetos previstos en el artículo 143 del CC están recíprocamente obligados y, a su vez, el artículo 1090 del CC en relación a dichas obligaciones legales establece: «Las obligaciones derivadas de la ley no se presumen. Sólo son exigibles las expresamente determinadas en este Código o en leyes especiales, y se regirán por los preceptos de la ley que las hubiere establecido; y, en lo que ésta no hubiere previsto, por las disposiciones del presente libro».

Ahora bien, la posible obligación de alimentos entre convivientes es una cuestión no pacífica tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Desde el punto de vista doctrinal, para negar dicha obligación los autores se sustentan en la idea de que tal unión se mantiene por la voluntad de los sujetos convivientes la cual «es contradictoria con la imposición a éstos de un genérico deber de asistencia o de darse alimentos entre sí, que les privaría de su libertad de poner fin a la unión existente de hecho»⁵.

En relación a la jurisprudencia, las pocas sentencias dictadas sobre el particular, se pronuncian en sentido negativo, SAP de Zaragoza de 25 de febrero de 1991 (RGD 1992, p. 3519): «... las personas que conviven de hecho *more uxorio*, no puedan ser consideradas “cónyuges” a efectos legales, ni por lo tanto surja entre ellos un deber legal de alimentos, salvo pacto expreso o explícito»; SAP de Barcelona de 3 de noviembre de 1992 (La Llei 1993-2, p. 298; RGD 1993, p. 5268): «La propia naturaleza de la unión de hecho, que se mantiene en todo momento por la sola voluntad de cada uno de los convivientes, es contradictoria con la imposición a éstos de un genérico deber de asistencia o de darse alimentos entre sí, que les privaría de su libertad para poner fin a la unión existente de hecho»; SAP de Asturias de 22 de junio de 1994 (AC 1156) «... imposibilidad de aplicar las normas previstas para los alimentos entre parientes..., en especial cuando se está ante una unión de hecho libremente aceptada y querida por ambos litigantes que con igual libertad excluyeron sus relaciones de la disciplina matrimonial»; SAP de Santa Cruz de Tenerife de 16 de octubre de 1995; SAP de Barcelona de 2 de julio de 1998; SAP de Pontevedra de 22 de mayo de 2001 (AC 2001/1866) «... habida cuenta que lo que ésta solicitó en su demanda fue el otorgamiento de alimentos y que el artículo 143 del Código Civil se refiere a los cónyuges sin que se dé esta modalidad en los litigantes ni se le pueda aplicar analógicamente tal precepto no es posible reconocer tal derecho a la actora, ni tampoco por la vía del enriquecimiento injusto pues en otro caso se estaría desnaturalizando la acción ejercitada por la actora en su demanda».

Ahora bien, los miembros de las parejas estables podían acordar algún tipo de pacto sobre el particular, tanto constante la unión como a los efectos de su extinción. Si bien, no les eran aplicables por analogía las reglas sobre el matrimonio, al manifestar el Alto Tribunal que faltaba la identidad de razón⁶. Al respecto, cabe traer a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1990, de 19 de noviembre: «no es menos cierto que dicha unión de hecho no es una situación equivalente al matrimonio» y, al no serlo, no puede ser aplicada a aquélla (en cuanto a las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes) las nor-

5. PÉREZ UREÑA, A.A., *Uniones de hecho: Estudio práctico de sus efectos civiles*, Edisofer, Madrid, 2000, p. 92; PADIAL ALBÁS, A., *La obligación de alimentos entre parientes*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 128.

6. El recurso a la analogía como mecanismo para integrar dicha figura está ampliamente desarrollado en el trabajo realizado por DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 177.

mas reguladoras de éste. La STS de 23 de julio de 1998 (RJA 6131): «los que en tal forma se unieron, pudiendo haberse casado, lo hicieron precisamente (en la generalidad de los casos) para quedar excluidos de la disciplina matrimonial y no sometidos a la misma». Y, la interesante STS de 12 de septiembre de 2005 (RJA 7148): «Es preciso proclamar que la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio –Sentencias del Tribunal Constitucional 184/1990 y la 222/1992– aunque las dos estén dentro del derecho de familia. Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias. Por ello debe huirse de la aplicación por analogía *legis* de normas propias del matrimonio como son los artículos 96, 97 y 98 del CC ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja...».

Una vez superada la reticencia inicial a este tipo de pactos, por parte de la jurisprudencia encontramos la STS de 8 de marzo de 1918, que resolvió que eran ilícitos por ser contrarios a la moral, al orden público o por tener causa ilícita, o la STS de 2 de abril de 1941 (RJA 493) que consideraba que tenían fines inmorales y antisociales. En cambio, hoy son admitidos tanto los pactos expresos como los tácitos, sobre el particular se pronuncian las SSTS de 18 de mayo de 1992 (RJA 4907) y 21 de octubre de 1992 (RJA 8589).

Cuando conste dicho pacto la unión se regirá por lo que hayan acordado las partes y, en su defecto, cuando únicamente hayan instaurado el derecho sin especificar su régimen, o el establecido sea incompleto, acudiremos a los preceptos correspondientes del Código Civil. Disponiendo el desarrollo de la obligación alimenticia pactada de autonomía respecto de la obligación legal⁷.

En tanto no figure este tipo de pactos, la única solución para salvaguardar la posición más débil de la relación era acudir a figuras generales del Derecho Patrimonial. Al respecto, se podría entender que consecuencia de la unión estable se había constituido una comunidad de bienes (STS de 4 de junio de 1998, RJA 3722), una sociedad civil o mercantil de carácter irregular (SSTS de 18 de mayo de 1992, RJA 4907; 18 de febrero de 1993, RJA 1246; 18 de marzo de 1995, RJA 1962), en cuyo caso se aplicaba la responsabilidad extracontractual o la doctrina del enriquecimiento injusto⁸.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN

Se ha cuestionado si la prestación alimenticia entre convivientes se debe configurar como una obligación jurídica o moral. Debiéndose calificar como una simple obligación natural. Es decir, aquellas obligaciones imperfectas debido a que el acreedor no dispone de ningún medio coercitivo para exigir su cumplimiento, sino que debe esperar a que se produzca el cumplimiento de forma voluntaria.

7. Como establece MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación de alimentos en las parejas de hecho» en *Matrimonio y uniones de hecho*, MARTÍNEZ GALLEGU, E.M.^a (coord.), Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, p. 62.

8. Véase MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación de alimentos en las parejas...», cit., p. 64; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. y CORDERO CUTILLAS, I., «Las leyes de parejas de hecho (Valencia, Madrid y Principado de Asturias): su adecuación con la Constitución Española», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo III, Civitas, 2003, p. 4793.

En este sentido MARTÍNEZ RODRÍGUEZ⁹ manifiesta: «... el procurar los medios de subsistencia a sus semejantes necesitados puede entenderse como una obligación moral, en cuanto exigencia personal, interna e impuesta y asumida libremente por el propio individuo ... de la propia relación puede derivarse un deber moral de asistencia y mutuo mantenimiento que, sin ser exigible legalmente, puede ser cumplido de forma espontánea, produciendo el efecto de la irrepetibilidad de las prestaciones realizadas...».

Cabe resaltar la SAP de Ciudad Real de 15 de marzo de 1999 (*El Derecho* 99/10163), al pronunciarse en tal sentido y concretar que la posible obligación alimenticia que pueda surgir en el seno de la pareja estable se trataría de una obligación natural¹⁰. Constante la unión, entre los miembros de la pareja estable no es exigible el deber de alimentos y tampoco tras su ruptura a lo sumo surge «una obligación natural fruto de la recíproca solidaridad y asistencia libremente aceptada ... no genera un derecho exigible ni posibilitará el ejercicio de ninguna acción con tal finalidad, salvo pacto expreso o tácito de las partes»¹¹.

La pareja estable, al encontrarse al margen de la ley, no está sometida a un deber de socorro o ayuda mutua similar a la relación conyugal. En este ámbito las entregas realizadas por uno de los convivientes al otro responden a una justa causa de acuerdo con el artículo 1901 del CC, no siendo repetibles.

A su vez, el surgimiento de esta obligación tampoco se podría sustentar en el hecho de situarnos ante una familia pues «la obligación que impone el artículo 143 del CC, aun siendo una obligación esencialmente familiar, no recae sobre todos los miembros de la familia sino únicamente sobre un grupo restringido, señalado de forma taxativa por el legislador, y en el que no se encuentran los convivientes»¹². Como recoge DORAL GARCÍA¹³, «inspirándose en Pothier los redactores del Code pensaron la obligación de alimentos como nacida del matrimonio; pero más que al matrimonio pertenece al círculo familiar».

Asimismo, habría que preguntarse qué entiende nuestro Ordenamiento por familia, debido a la gran evolución que ha ido sufriendo en los últimos tiempos. Se trata de un concepto enunciado en distintos preceptos tanto constitucionales como del propio Código Civil, sin que tenga una definición clara en nuestros días. Por ejemplo, la Llei 18/2003, de 4 de julio, de suport a les famílies de Catalunya describe la familia en el artículo 1.1 como «eje vertebrador de las relaciones humanas y jurídicas entre sus miembros como ámbito de transferencias compensatorias intergeneracionales e intrageneracionales». Al respecto, la STS de 17 de junio de 2003 (RJA 4605): «Las uniones *more uxorio*, cada vez más numerosas, constituyen una realidad social, que, cuando reúnen determinados requisitos –constitución voluntaria, estabilidad, permanencia en el tiempo, con apariencia pública de comunidad de

9. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *La obligación legal de alimentos entre parientes*, La Ley, Madrid, 2002, pp. 78 y 352. En igual sentido, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 231; PASTOR ÁLVAREZ, M.C., *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 1998, p. 170.

10. También la configuran como obligación natural la doctrina italiana y francesa, al respecto: GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, pp. 195 y 205, quien rebate que el reconocimiento de esta obligación natural esté implícita en el artículo 101 del CC como realizan otros autores; DORAL GARCÍA, J.A., «Pactos en materia de alimentos», *Anuario Derecho Civil*, 1971, p. 323: «la prestación de alimentos convencionales puede ser a su vez contraprestación de otra correlativa, incluso, vertida en un cauce negocial apropiado es éste un modo de dar efectividad a una obligación natural».

11. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *La obligación legal...*, cit., p. 352.

12. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación de alimentos en las parejas de hecho», en *Matrimonio y uniones de hecho*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001, p. 53.

13. DORAL GARCÍA, *op. cit.*, p. 350.

vida similar a la matrimonial— han merecido el reconocimiento como una modalidad de familia, aunque sin equivalencia con el matrimonio, por lo que no cabe trasponerle el régimen jurídico de éste, salvo en algunos de sus aspectos».

Tal como se manifiesta en el fundamento tercero del voto particular a la STS de 12 de septiembre de 2005 (RJA 7148), realizado por los Magistrados don José Ramón Ferrándiz y doña Encarna Roca Trias: «Para encontrar una salida, hay que tener en cuenta antes que nada los principios constitucionales que se refieren a la familia, puesto que no debe olvidarse que, en virtud del mandato constitucional, la familia que debe protegerse no es sólo la basada en el matrimonio, como afirma la STC 222/1992, aunque es evidente que como el propio Tribunal Constitucional asevera en la STC 184/1990, el matrimonio y la unión de hecho no son realidades equivalentes, lo que significa que no puedan atribuirse a las parejas de hecho todos los efectos del matrimonio, mientras el legislador estatal no decida cuáles serán las consecuencias jurídicas de este tipo de uniones».

Ahora bien, desde la regulación de la obligación de alimentos en distintas leyes autonómicas de parejas estables su configuración cambia al constituirse como un verdadero deber jurídico, como una conducta no patrimonial exigida y exigible por el Ordenamiento, por el hecho de encontrarse una persona en el supuesto de hecho que prevé la norma. Consecuentemente, a pesar de no tener la pareja estable deberes de tipo personal se establece un derecho de alimentos entre los sujetos, de exigibilidad recíproca.

Aunque, cabe hacer notar que, por ejemplo, el artículo 6 de la Ley Balear no establece expresamente uno de los caracteres más peculiares de dicha obligación como es la nota de reciprocidad, tal como consta en el artículo 143 del CC, ni el orden de prelación en el cual se puede exigir tal prestación que recoge el artículo 144 del CC, si bien el conviviente se podría entender equiparado al cónyuge a tales efectos.

IV. RÉGIMEN JURÍDICO

IV.1. Constante la pareja estable

Constante el matrimonio la obligación de alimentos no es, propiamente, un deber de alimentos sino que está enmarcado en uno de los deberes conyugales como es el mutuo auxilio que se deben los cónyuges. Los distintos preceptos autonómicos que recogen tal obligación alimenticia se fundan en los mismos presupuestos que se contemplan en una pareja casada. A pesar de que entre los convivientes de la pareja estable no existe ningún deber de carácter personal sino sólo de tipo patrimonial. Es decir, no se encuentra regulado expresamente el deber de respeto, ayuda mutua, actuar en interés de la familia o la obligación de guardarse fidelidad, de convivencia en la misma residencia y socorro mutuo (artículos 67 y 68 del CC). Ahora bien, un sector doctrinal califica como efecto patrimonial y otro sector, como personal el deber de alimentos¹⁴.

Siguiendo con la ley balear, por ejemplo, dichas relaciones personales se podrán acordar mediante «cualquier forma admitida en derecho, oral o escrita...», de acuerdo con el

14. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 230, realiza un repaso por la doctrina en relación a tal particular; COCA PAYERAS, M., «Aspectos generales de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables de las Illes Balears», en *Tribuna Parlamentària. Normativa autonòmica: la Llei 28/2001, de 19 de desembre, de parelles estables*, Parlament de les Illes Balears, Gràfiques Son Espanyolet, Palma de Mallorca, 2003, p. 219, lo considera un deber de carácter patrimonial; PONS DE LA FLOR, M.P., «La institución familiar en las parejas del mismo sexo», *La Ley*, 2005-3, p. 1882.

artículo 4 de la referida Ley de parejas estables de las Islas Baleares. Si bien, no se prevé ninguna norma supletoria en tanto no se acuerden dichos extremos.

Ahora bien, los deberes personales se podrían exigir de acuerdo con otros preceptos de nuestro Ordenamiento o de las propias Leyes de parejas estables de las diferentes Comunidades Autónomas. Así, por ejemplo, el deber de respetarse tiene su sustento en el artículo 10 de la Constitución Española, el de ayudarse mutuamente vemos su reflejo en los preceptos autonómicos atinentes a dicha obligación alimenticia o la obligación de vivir juntos no está recogida expresamente como tal si bien en las leyes de parejas estables se hace referencia a ella continuamente y es un requisito para poder constituir tal pareja. Por ejemplo, el artículo 1.1 de la Ley de parejas estables de Baleares establece: «entendiéndose como tales las uniones de dos personas que convivan...».

Las Leyes autonómicas que tratan el tema pretenden dejar especificado este deber, al no regularse en dicha normativa otros, en los que se entendería incluido o absorbido constante la unión. Como hemos apuntado, estos otros deberes que podríamos denominar más generales son los recogidos, para el caso de matrimonio, en los artículos 67 y 68 del CC, que hacen referencia a los efectos personales, calificándose como deberes jurídicos y no, propiamente, como obligaciones y se concretan a través de las distintas contribuciones a las cargas del matrimonio.

Como manifiesta GETE-ALONSO¹⁵ «... el deber de socorro mutuo encuentra su proyección en el ámbito de contribución a las necesidades ordinarias de la vida en común que se traducen no sólo en la obligación legal de alimentos sino también en el levantamiento de las cargas matrimoniales con los bienes privativos de cada uno de los cónyuges (artículo 1318)...». Otros, manifiestan que los derechos y deberes recogidos en los artículos 67 y 68 del CC en relación a la pareja estable se tratan de meras características y no obligaciones jurídicamente exigibles¹⁶.

El contenido de tales preceptos difiere del expresado en los artículos 142 y siguientes del CC aplicables a los supuestos en los que ha nacido la situación de necesidad en una de las partes y la otra se encuentra en unas circunstancias económicas que le permitan hacer frente a tal hecho. El tenor de los artículos 67 y 68 del CC es muy amplio, en el sentido de que no sólo acogen las necesidades materiales de la pareja, sino también, las emocionales o morales. Y el artículo 142 del CC se circunscribe al deber alimenticio estrictamente. Por lo que constante la unión el contenido del artículo 68 del CC sustituye al del artículo 142 del CC.

La obligación alimenticia está constituida por todo lo que el sujeto precise para hacer frente a la concreta situación de necesidad. Ahora bien, en las leyes autonómicas no se recoge un precepto específico que determine qué debemos entender por tales, como ocurre con el artículo 142 del CC.

En el concepto de alimentos referidos a las parejas estables podemos subsumir todo tipo de alimentos que se enmarquen en aquel estado de necesidad, si bien «no hay que apreciar

15. En este sentido véase GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., «Comentario a los artículos 67 y 68», en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, p. 318 y, de la misma autora: «Comentario al artículo 68 del CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, MANUEL ALBALADEJO (dir.). En este sentido encontramos a COBACHO GÓMEZ, J.A., *La deuda alimenticia*, Montecorvo, Madrid, 1990, p. 57.

16. ÁLVAREZ LATA, N., «La pareja de hecho: perspectiva jurisprudencia», *Derecho privado y Constitución*, núm. 12, 1998, p. 28.

la necesidad en el plano de la estricta supervivencia material, sino desde el derecho a disfrutar de una vida digna y a desarrollar libremente la personalidad»¹⁷.

Por consiguiente, en los casos de matrimonio mientras la pareja convive no surge esta obligación de alimentos al quedar enmarcada en aquella más amplia de socorro mutuo, por lo que nos planteamos su existencia cuando se rompen las relaciones de pareja. Configurándose como una obligación independiente una vez acontecida la necesidad y rota la relación, tal como contemplan los artículos 142 y siguientes del CC.

Consecuencia de lo dicho, hay que plantearse si los preceptos de las leyes de parejas estables que tratan el tema se están refiriendo a uno u otro tipo de alimentos, debido a que los presupuestos legales para la aplicación de cada uno de ellos es muy diverso. Por ejemplo, el artículo 6 de la Ley balear parece conjugar ambos supuestos de hecho de forma que la primera parte del precepto «Los miembros de la pareja estable tienen la obligación de prestarse alimentos» se refiere a la situación constante la pareja y, el segundo inciso del precepto «y se les debe reclamar con prioridad sobre cualquier otra obligada legalmente» acoge la situación jurídica una vez que se ha producido la ruptura de la pareja, cuestión que concretamos en el siguiente apartado.

Se debe partir de la regulación contemplada en el Código Civil respecto del matrimonio como es el artículo 143, donde –como es sabido– se recoge el deber recíproco de prestarse alimentos por parte de los cónyuges. Al respecto, cabe recordar que la Proposición de Ley presentada por el grupo parlamentario socialista el 29 de octubre de 1996 pretendía la inclusión en los artículos 143 y 144 de la siguiente frase «o personas que convivan de forma permanente en análoga relación de afectividad con independencia de su orientación sexual».

En dicho precepto se enumeran las personas obligadas de forma cerrada y taxativa, sin que podamos incluir a las parejas estables a pesar de la protección constitucional que les dispensa el artículo 39 de la CE, el cual obliga a los poderes públicos a proteger a la familia. Sobre el particular, cabe citar el Auto del Tribunal Constitucional 222/1992, de 11 de diciembre; 6/1993, de 18 de enero y 47/1993, de 8 de febrero; STC 47/1993, de 8 de febrero, «la Constitución no sólo protege a la familia que se constituye mediante el matrimonio aunque a ésta la proteja especialmente sino también a la familia como realidad social, entendida por tal la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable de una pareja».

En este sentido, se ha manifestado la inconstitucionalidad de los preceptos autonómicos en relación a la obligación de alimentos. Así se pronuncia TORRES LANA¹⁸, quien sustenta tal opinión en el hecho de que tales preceptos modifican el artículo 143 del CC «introduciendo dos nuevos sujetos en el círculo de obligados recíprocos. Esta alteración carece, a mi juicio, de justificación alguna».

A) Referencia a las cargas del matrimonio

A todo ello hay que apuntar que a lo largo del Código Civil se utilizan términos como «cargas del matrimonio», «cargas familiares», «obligación de alimentos» que a primera vista

17. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *La obligación legal...*, cit., p. 429.

18. TORRES LANA, J.A., «El régimen jurídico de las parejas estables en las Islas Baleares», *Rev. Jurídica de les Illes Balears*, núm. 3, 2005, p. 28.

se podrían considerar sinónimos, si bien tanto la jurisprudencia como la doctrina¹⁹ han ido poniendo de relieve las diferencias entre dichos conceptos.

El deber de alimentos quedaría enmarcado en el deber de contribuir a las cargas familiares que se configura con un tenor más amplio, pudiéndose hablar de deber de alimentos –propriadamente dicho– cuando haya acontecido la ruptura del vínculo matrimonial. Por ejemplo, la SAP de Jaén de 1 de diciembre de 1995 (*Act. Civil 655*) determina que «... las cargas del matrimonio pueden considerarse como el conjunto de gastos de interés común que origina la vida familiar, reguladas en nuestro Código Civil con referencia a las responsabilidades de los patrimonios conyugales (artículos 1318, 1362 y 1438 del CC) (...) estos conceptos son diferentes de la pensión alimenticia, propiadamente dicha, que tiene su base en el deber de auxilio mutuo entre cónyuges exigido en el artículo 68 del CC, en relación con los artículos 142 y siguientes...».

El concepto de cargas del matrimonio dispone de una serie de notas distintivas respecto a la obligación de alimentos, considerándose un concepto más global abarcando cualquier obligación que se derive del hecho de atender o sufragar conjuntamente las necesidades de la familia. El Código Civil no recoge ningún precepto que describa lo que debemos entender por cargas familiares o matrimoniales, si bien, si acudimos –por ejemplo– al artículo 1362.1 del CC al concretar los gastos que estarán a cargo de la sociedad de gananciales establece: «El sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia». Se ha manifestado que son: «el conjunto de gastos realizados para cubrir todas las necesidades inherentes al grupo familiar, no atribuibles especialmente a ninguno de sus miembros, y no sólo las de índole económico o material sino cualquier otro tipo de necesidades que normalmente se desarrollan en el seno familiar, y siempre que repercutan directamente en el ámbito personal de las personas que lo componen»²⁰.

En la noción de cargas subsumimos los deberes alimenticios de la pareja estable que proceden del hecho de la mera convivencia. Tal término se distingue de la obligación legal de alimentos que se precisan los sujetos de la relación, derivada de la necesidad. La obligación de alimentos surge cuando nace la necesidad del conviviente, en cambio la de contribuir a las cargas familiares acontece por el hecho de pertenecer al grupo familiar y, concretamente, por existir una comunidad de vida. Así, se ha venido manifestando que «la convivencia es un elemento o factor fundamental que va a determinar la propia existencia del deber de contribución a las cargas familiares»²¹. Tal convivencia es fundamental en la pareja estable, aunque constante matrimonio queda enmarcada en el deber personal general que establece el artículo 68 del CC. En el caso de los alimentos, «los cónyuges están obligados a prestárselos por el mero hecho de serlo, mientras que en el caso de la unión libre esta obligación sólo se justificaría si ha existido una convivencia estable»²².

19. Véase MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *La obligación legal...*, cit., p. 300. Sobre la diferencia entre cargas y obligación de alimentos, véase GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, p. 68; PASTOR ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 132; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo III, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1982, ALBALADEJO (dir.), p. 7.

20. PASTOR ÁLVAREZ, *op. cit.*, pp. 30 y 41.

21. PASTOR ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 48: «la convivencia actúa como factor de cohesión entre cónyuges o progenitores e hijos y es lo que les convierte en familia portadora de cargas que atender».

22. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.E., *La legislación autonómica sobre uniones de hecho. Revisión desde la Constitución*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, p. 103.

El artículo 5 de la Ley de parejas estables de les Illes Balears contempla el régimen económico de la familia. El apartado 1 establece la contribución a las cargas familiares de acuerdo con sus respectivos recursos y, concretamente, el apartado 2, párrafo a), dispone:

«2. Tienen la consideración de gastos para el sustento de las cargas familiares..., y especialmente:

a) Los originados en concepto de alimentos, en el sentido más amplio».

Ahora bien, se observa que el contribuir a las cargas del matrimonio excluye la posibilidad de que surja el supuesto de hecho previsto en los casos de alimentos, en cuanto son obligaciones que se excluyen. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ²³ establece: «... recíprocamente se excluyen (...) contribución al levantamiento de las cargas hace superfluos los alimentos *stricto sensu* desde el momento que evita que alguno de los cónyuges recaiga en la situación de necesidad legalmente exigida (artículo 148 del CC)».

O sea, se refiere a los alimentos en sentido civil que comprenden no sólo lo que es el sustento alimenticio, sino el contenido del artículo 142 del CC, que se debe completar con el artículo 1894 del CC. Es decir entraría en su ámbito el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción. La Ley de parejas estables balear concretamente establece «en el sentido más amplio»²⁴, por lo que se quiere resaltar dicha idea, y por consiguiente, en tal concepto también se pueden incluir las vacaciones, viajes...

B) Fundamento de la obligación

Las obligaciones de tipo alimenticio, que la ley impone a los diferentes sujetos, responden a razones o finalidades diversas, entre las que se encuentra el hecho de que todo sujeto debe tener un sustento.

Si se configura como una verdadera obligación y siguiendo en este sentido a TEDESCHI²⁵, entre el alimentista y el alimentado debe existir un vínculo que socialmente sea considerado lo suficientemente importante para poder justificar dicha imposición. Si podemos concretar el fundamento de dicha obligación legal de alimentos se debe aclarar «qué justifica la imposición legal de la misma a los parientes, en lugar de asignarse, en su caso, a otros particulares o al propio Estado (...) la finalidad es esencialmente la misma: proveer a quienes lo necesitan de los medios para poder llevar una vida digna»²⁶.

Y todo ello debido a que la solidaridad humana o más concretamente la solidaridad familiar se viene considerando como el fundamento principal de la obligación de alimentos entre parientes. En este sentido el párrafo 2.º del Preámbulo de la derogada Ley Catalana 10/1996, de 29 de julio, de alimentos entre parientes hacía referencia a dicha solidaridad

23. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *La obligación legal...*, cit., p. 47.

24. Sobre esta idea véase FERRER VANRELL, M.P., «El régimen económico en la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables, del parlamento balear», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo III, Civitas, Madrid, 2003, p. 4606.

25. TEDESCHI, G., «Gli alimenti», *Trattato di diritto civile italiano*, vol. III, tomo 2, fasc. 2, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1954, p. 367, quien sitúa el fundamento de la obligación legal de alimentos en el derecho a la vida.

26. RIBOT IGUALADA, J., «El fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes», *Anuario de Derecho Civil*, julio-septiembre 1998, p. 1110.

familiar. Que ha sido definida como «la conciencia compartida de derechos y obligaciones, que surgiría de la existencia de necesidades comunes y de similitudes basadas en el reconocimiento de la identidad entre todas las personas»²⁷.

Es más dudoso el fundamento que surge de los preceptos 67 y 68 del CC, debido a que su presupuesto es el vínculo matrimonial. En cambio, los requisitos de aplicación del artículo 142 del CC se circunscriben a requisitos subjetivos: la unión y, objetivos: la posibilidad y necesidad por parte del alimentante y alimentista, respectivamente.

Ahora bien, nos tenemos que cuestionar si el verdadero fundamento de dicha obligación lo encontramos en una pareja estable. Por lo que consecuentemente será exigible a los miembros de dicha pareja. Los sujetos que constituyen una pareja estable están unidos por ciertos vínculos que se presuponen más fuertes que los existentes con otros sujetos de la sociedad, por lo que se puede entender que dichas personas deben ser recíprocamente solidarias entre sí, por lo que quedaría justificada la regulación de las Leyes de parejas estables. Así, debido a la repercusión social que tienen tales uniones en nuestros días se puede entender factible. Y a mayor abundamiento, la obligación legal de alimentos «se sitúa a medio camino entre los llamados deberes positivos especiales, cuyo titular está totalmente determinado *a priori*... y los deberes positivos generales, que son aquellos cuyo contenido es una acción de asistencia al prójimo...»²⁸. Por ello, quedaría justificada la obligación de alimentos a favor de la pareja estable enmarcándola entre los deberes generales.

C) Los pactos sobre alimentos

Al inicio de este estudio hemos expuesto la situación jurídica de los pactos entre convivientes, con anterioridad a la promulgación de las distintas leyes autonómicas.

En la actualidad, de acuerdo, por ejemplo, con el artículo 4 de la Ley de parejas estables balear: «Los miembros de la pareja pueden regular válidamente por cualquier forma admitida en derecho, oral o escrita, las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia...». O los artículos 3 y 22 de la ley catalana, referentes a la regulación de la convivencia; artículos 7 y 8 de la Ley de Canarias que integran el Capítulo IV de la Ley bajo el título «De los pactos de convivencia»; artículo 5 de la Ley de Aragón...

La fijación a la contribución a las cargas del matrimonio, cuyo contenido es en primer lugar alimenticio, es un tema de *ius cogens* y, por tanto, las partes no pueden llevar a cabo un acuerdo al respecto una vez que la obligación legal ha surgido. Otra cuestión es que exista un pacto entre los convivientes por el cual se deje especificado dicho deber con carácter previo, es decir, antes de que acontezca la obligación. Al respecto hay que tener en cuenta la Recomendación de 7 de mayo de 1988 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre la validez de los contratos entre las personas que viven juntas como parejas no casadas, donde se establece la validez de los pactos alimenticios entre convivientes²⁹.

27. RIBOT IGUALADA, «El fundamento...», cit., pp. 1129 y 1134. Véase, también, RIBOT IGUALADA, J., *Alimentos entre parientes y subsidiariedad de la protección social*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

28. RIBOT IGUALADA, «El fundamento...», cit., p. 1130.

29. *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1531, de 25 de junio de 1989, p. 2727.

Por consiguiente, dichos acuerdos de la pareja no pueden, en ningún caso, contradecir las ideas y principios básicos de los preceptos del Código Civil que regulan la materia. Si cualquiera de tales pactos se hubiese perfeccionado podrán ser tenidos en cuenta a los efectos de concretar el pago de la pensión periódica a que tienen derecho. Así, la fuente de la obligación de prestarse alimentos puede ser legal o convencional. Para los supuestos en que tal obligación surja del acuerdo de las partes los miembros de la pareja estable en uso de su autonomía de la voluntad lo establecerán, como posibilita el artículo 153 del CC, al determinar el carácter subsidiario de las normas del Código Civil. La regulación de la obligación de alimentos de carácter convencional, que se realiza en el Código Civil, dispone de una reglamentación secundaria en contraposición a la detallada obligación legal alimenticia.

Si dicha regulación no se hubiese hecho constar en alguna ley autonómica sería posible acordar unos alimentos voluntarios, derivados de la autonomía de la voluntad de la pareja, en tanto no contraríen la ley, la moral ni el orden público (artículo 1255 del CC). Sin que sea necesario ningún tipo de vínculo parental como así consta a los efectos de los alimentos legales recogidos en el Código Civil. En tal sentido DORAL GARCÍA³⁰ establece «la oportunidad de distinguir la deuda alimenticia de esos otros supuestos en que una persona, por ley o por pacto, contribuye a aliviar la necesidad de otro. Esta contribución puede ser, incluso, más extensa que el contenido mínimo de la prestación de alimentos: lo necesario para vivir; pero no se confunde con ella. Es otra cosa, una donación, una forma de *negotiorum gestio*, etcétera».

En tanto la referida contribución haya sido plasmada en el consiguiente acuerdo, en todo caso será exigible en virtud de éste, en tanto respete los límites, por todos conocidos, que implica la autonomía de la voluntad. Pudiendo surgir de la voluntad de las partes un acuerdo de tipo alimenticio, al margen de los preceptos concretos que regulan el tema. No siendo posible un contrato de transacción en materia de alimentos futuros al dejarlo especificado el artículo 1814 del CC.

Al respecto es interesante transcribir el fundamento segundo del voto particular a la STS de 12 de septiembre de 2005 (RJA 7148), realizado por los Magistrados don José Ramón Ferrándiz y doña Encarna Roca Trias con el siguiente tenor: «Una revisión de las soluciones de Derecho comparado nos lleva a concluir que, habiéndose superado el inicial prejuicio en contra de este tipo de uniones, existen dos grandes grupos de ordenamientos jurídicos: los que admiten el pacto formal entre los convivientes y a partir de aquí establecen unos determinados efectos, como ocurre en Francia, después de la Ley de 15 de noviembre de 1999, que introdujo “el pacto civil de solidaridad”, aunque mantuvo el concubinato como relación puramente de hecho, es decir, sin pacto formal, al que la jurisprudencia francesa ha reconocido sólo efectos cuando concurren los requisitos del enriquecimiento sin causa. El otro modelo es el que se recoge en las legislaciones nórdicas y en Alemania, donde, por respeto a la libertad de las personas respecto al derecho a contraer matrimonio, se atribuyen a las uniones de hecho unos efectos mínimos que se ponen de manifiesto en la ruptura y que se aplican al margen de la voluntad de las partes. Este modelo, que no tiene mucho predicamento en Europa, es el que ha inspirado las Leyes 10/1998 de Cataluña y 18/2001 de las Islas Baleares, que recogen sin embargo un esquema más intervencionista».

30. DORAL GARCÍA, *op. cit.*, p. 387.

IV.2. Al cesar la pareja estable

La obligación recíproca de alimentos entre cónyuges surge, propiamente, cuando la relación ya no existe. La obligación de alimentos se cuestiona en los supuestos de ruptura de dichas uniones, ya que constante la unión acontece de modo espontáneo.

Los distintos preceptos autonómicos que regulan la obligación de alimentos no concretan cuándo se produce la extinción de este derecho de alimentos. En cambio, el artículo 10.2 de la Ley de parejas estables balear al referirse al derecho de pensión contemplado en el artículo 9.1.a) concreta: «... se extingue en un plazo de tres años, a contar desde el pago de la primera pensión, por las causas generales de extinción del derecho de alimentos...». El Proyecto de Ley de Libro Segundo de Catalunya sobre persona y familia, diferencia entre la extinción de la prestación alimenticia en forma de pensión (artículo 234.12) que remite a las reglas del artículo 233.19 relativo a la extinción de la pensión compensatoria y el artículo 234.13 que regula la extinción de los derechos y concreta su prescripción en el plazo de un año desde la extinción de la pareja estable.

En los casos de matrimonio subsiste hasta la sentencia de divorcio, que origina la disolución del vínculo. Pues, habría que plantear hasta qué momento debe persistir la prestación alimenticia en una pareja estable disuelta.

Una vez concluida dicha unión, cuando finaliza la convivencia, los miembros de la pareja estable no tienen ningún deber, ni derecho, alimenticio. Aunque puede que hayan acordado un pacto al respecto, por lo que nos situaríamos ante alimentos convencionales regidos por la autonomía de la voluntad de los sujetos. Dicha norma «opera tan sólo durante la convivencia –a su fin, entra en juego el derecho de pensión del artículo 9– (...) normalmente se ejercerá en la forma autorizada por el artículo 149, párrafo primero, del Código Civil, es decir, manteniendo en casa al alimentista»³¹.

Al coincidir el cese de la convivencia con la disolución de la relación «carece de sentido crear entonces una obligación autónoma de alimentos que satisficiera las necesidades del ex conviviente al margen del deber general de contribución a las cargas familiares acaso ya inoperante»³².

Esta necesidad de otorgar tales alimentos persiste, en los supuestos matrimoniales, si se produce una separación de hecho o judicial, se entiende que en tanto conserven el estatus de matrimonio mantienen el derecho a percibir alimentos³³. Pero éste no es el supuesto en el caso de las parejas estables, que se extingue por la mera comunicación unilateral. Por tanto, «es fácilmente eludible mediante la ruptura de la convivencia por decisión de cualquiera de ellos. Pero esto no quiere decir que sea irrelevante la imposición de este deber, por cuanto así, mientras no se extinga esta unión, los otros obligados a prestar alimentos no serán llamados a prestarlos»³⁴.

31. TORRES LANA, *op. cit.*, p. 28; FERRER VANRELL, *op. cit.*, p. 4609.

32. LLEBARÍA SAMPER, S., *Hacia la familia no matrimonial*, Cedecs, Barcelona, 1997, p. 118; MARTÍN CASALS, M., «Aproximación a la Ley Catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 12, 1998, p. 143; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 234.

33. HIDALGO GARCÍA, S., *Las pensiones de alimentos y compensatoria en los casos de separación y divorcio*, Colección de Jurisprudencia Práctica, Tecnos, Madrid, 1995, p. 15.

34. GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., «¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?», *Rev. Jurídica del Notariado*, oct.-dic., 1999, p. 199.

Es decir, constante la convivencia quedaría incluida dicha obligación en los deberes generales y, una vez extinguida la convivencia, ya no hay unión. Por lo que es criticable dicha transposición de las normas del matrimonio a la unión estable en este punto. Al respecto se ha manifestado: «... no entiendo a qué puede responder esa equiparación a los cónyuges en sede de obligación legal de alimentos, ¿hasta cuándo estarán obligados a alimentarse los convivientes?»³⁵.

Si acudimos a la Ley de uniones estables de pareja del Parlamento Catalán comprobamos que el artículo 14 establece una pensión periódica de carácter alimenticio:

«Al cesar la convivencia, cualquiera de los miembros de la pareja puede reclamar del otro una pensión alimentaria periódica, si la necesita para atender adecuadamente a su sustento, en uno de los casos siguientes:

- a) Si la convivencia ha disminuido la capacidad del solicitante de obtener ingresos.
- b) Si tiene a su cargo hijos o hijas comunes, en circunstancias en que su capacidad de obtener ingresos quede disminuida».

La redacción de dicho precepto ha sido criticada debido a que «... l'anomanada (erròniament) pensió alimentària en realitat és una pretensió sui generis, diferent a la d'aliments en sentit propi i a la que, entre cònjuges, estableix l'article 84 CF»³⁶. Respecto de dicha ley autonómica encontramos la SAP de Barcelona de 25 de noviembre de 2002 (JUR 2003/61811), donde se solicita una prestación de 40.000 pesetas en concepto de alimentos, al respecto el Tribunal se manifestó en el sentido siguiente: «... los alimentos que se reclaman no pueden encontrar amparo en el artículo 8 de la Ley, el cual establece que los miembros de la pareja estable tienen la obligación de prestarse alimentos, lo que sólo tiene aplicación mientras dura la relación. Cuando ésta se extingue, las prestaciones que pueden reclamarse son, sólo, las que establecen los artículos 13 y 14 de la repetida Ley...».

Similar redacción recoge el Proyecto de Libro Segundo del Código Civil relativo a persona y familia de Catalunya, artículo 234.10, si bien hace referencia a una «prestación alimentaria» y en el siguiente artículo, 234.11, contempla las posibilidades de su pago, ya sea, en forma de capital o en forma de pensión.

A su vez, hay que tener en cuenta que el artículo 6 de la Ley Balear establece en su segundo inciso «... se les debe reclamar con prioridad sobre cualquier otra obligada legalmente»; la Ley de Catalana: con preferencia a cualquier otro obligado», y la Ley de Aragón: «... con preferencia a cualesquiera otras personas legalmente obligadas».

Tal puntualización, se debe poner en relación con el artículo 1399 del CC que, al tratar la liquidación de las deudas de la sociedad de gananciales, concreta que corresponde empezar por las alimenticias, siendo en estos casos un anticipo del montante ganancial. Y, en este

35. MUNAR BERNAT, P.A., «Principios inspiradores de las distintas regulaciones autonómicas de las uniones estables de pareja», *Tribuna Parlamentària. Normativa autonòmica: la Llei 28/2001, de 19 de desembre, de parelles estables*, Parlament de les Illes Balears, Palma de Mallorca, 2003, p. 262.

36. Véase RIBOT IGUALADA, J., «Comentario al artículo 8 de la Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella», en *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, EGEA I FERNÁNDEZ, J. y FERRER RIBA, J. (dirs.), Tecnos, Madrid, 2000, p. 1181.

sentido se podría decir que este precepto «modifica el régimen establecido en los artículos 1921 y siguientes. En cuanto da preferencia absoluta a las deudas que llama alimenticias»³⁷. TORRES LANA³⁸ califica este último inciso de ininteligible y para «salvar la frase» establece que se puede «entender que dispone que el pago de la deuda alimenticia es preferente a cualquier otra obligación legal».

37. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Comentario al artículo 1399 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 784.

38. TORRES LANA, *op. cit.*, p. 28, «concede prioridad a una obligación (la de reclamar los alimentos) sobre una “obligada legalmente” (es decir, persona deudora *ex lege*), confundiendo concepto, género, número y hasta caso».

Revista de Derecho de

familia

JURISPRUDENCIA

LESIONES EN EL ÁMBITO FAMILIAR

Se declara la nulidad de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial que modificando los hechos probados de la sentencia del Juzgado condenó a un señor como autor de un delito de lesiones en el ámbito familiar cuando había sido absuelto por el Juzgado de lo Penal.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SEC. 2.ª, SENTENCIA 144/2009, DE 15 DE JUNIO

Ponente: Excmo. Sr. don Pablo Pérez Tremps

ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Don Juan fue absuelto por Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 8 de Valencia de 28 de abril de 2006 del delito de lesiones en el ámbito familiar del que era acusado. En la relación de hechos probados se hace constar que el acusado, sobre las 5 de la madrugada del 23 de abril de 2005, mantuvo una discusión en su vehículo con su pareja sentimental, siendo atendida ésta ese mismo día en un centro sanitario por contusión en codo derecho y contractura muscular y el ahora recurrente el 26 de ese mismo mes por hematoma en hombro derecho. La sentencia justifica la absolución de ambos, argumentando que existen dos versiones de lo sucedido incompatibles entre sí y que la declaración de único testigo imparcial, un Policía local que acudió tras la discusión, afirma que ella no presentaba lesiones y que quería que el acusado le llevara a casa. De todo ello, se concluye en la sentencia que no hay certeza alguna de lo sucedido dentro del coche y que es insuficiente el contenido de los partes médicos, en tanto que de ellos no se puede derivar ni el modo de producción ni su atribución a los acusados o a un incidente entre ellos.
- ⦿ La compañera sentimental de don Juan interpuso recurso de apelación, al que se adhirió el Ministerio Fiscal, que fue tramitado con el núm. de rollo 229-2006 por la Sec. 2.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, alegando, entre otras cuestiones, errónea valoración de la prueba. Por Sentencia de 21 de septiembre de 2006 se estimó el recurso de apelación con revocación de la sentencia de instancia, condenando al recurrente como autor de un delito de lesiones en el ámbito familiar a la pena de cuatro meses de prisión, accesorias, responsabilidad civil y costas. La sentencia modificó los hechos probados, considerando acreditado que la discusión culminó en una agresión recíproca como consecuencia de la cual la compañera sentimental del recurrente presentó las lesiones referidas en el parte médico. A esos efectos, se señala, en primer lugar, que el órgano judicial de apelación «puede revisar las alegaciones de error en la apreciación de la prueba, incluso contra sentencias absolutorias, siempre que se limite a ello, a la constatación del error, y en base a una alegación impugnatoria que establezca dónde, a juicio del apelante, se equivoca el silogismo del Juez *a quo*» (FD 2). A partir de ello, justifica la modificación de hechos probados, argumentando que las lesiones que padeció la mujer sólo se justifican por la autoría del acusado y que aunque existen dos versiones contradictorias no puede dejar de acogerse una de ellas y valorar «como elemento indiciariamente determinante y demostrativo de la realidad de lo sucedido, como es la lesión producida en la recurrente y la realidad de la discusión y lo accidentado del viaje, en el curso del cual muy posiblemente ambos actores se golpeasen» (FD 5).
- ⦿ Don Juan interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional quien declaró la nulidad de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurrente aduce en la demanda de amparo que se han vulnerado sus derechos a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE), a un proceso con todas las garantías y la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la CE) y a la libertad personal (artículo 17.1 de la CE), por haber sido condenado en segunda instancia, tras una previa absolución, con fundamento exclusivo en una nueva valoración de pruebas personales que no habían sido practicadas con la debida intermediación ante el órgano judicial de apelación y con una total ausencia de motivación sobre las razones que le llevan a concluir que es el autor de las lesiones.

El objeto del presente recurso de amparo es determinar si se han vulnerado los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la CE) del recurrente, al haber sido condenado en segunda instancia, tras la revocación de una previa absolución, con fundamento en la valoración de pruebas personales no practicadas ante el órgano de apelación. Y, en su caso, si además existe una vulneración autónoma del derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la CE) por haber sido condenado sin una debida motivación sobre las razones que llevan a apreciar que el recurrente fue el autor de las lesiones padecidas por la víctima.

En relación con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la CE) en supuestos de condena en segunda instancia, es jurisprudencia ya reiterada de este Tribunal, iniciada en la STC 167/2002, de 18 de septiembre (FFJJ 9 a 11), y seguida en numerosas sentencias posteriores (entre las últimas, SSTC 115/2008, de 29 de septiembre y 49/2009, de 23 de febrero), que el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción, contenidos en el derecho a un proceso con todas las garantías, impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción. Por ello, se ha apreciado la vulneración de este derecho fundamental en los supuestos en los que, tras ser dictada una sentencia penal absolutoria en primera instancia, la misma es revocada en apelación y dictada una sentencia condenatoria justificada en una diferente valoración de pruebas, como las declaraciones de los acusados o declaraciones testificales que por su carácter personal no podían ser valoradas de nuevo sin su examen directo en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción.

Más en concreto, y por lo que se refiere a la rectificación de conclusiones derivadas de pruebas

de carácter personal, también ha reiterado este Tribunal que concurre la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando, en la segunda instancia, y sobre la base de indicios que provienen inequívocamente de una valoración de pruebas personales, se corrigen las conclusiones del órgano de primera instancia, sin examinar directa y personalmente dichas pruebas (por todas, STC 49/2009, de 23 de febrero, FJ 2).

Por otro lado, también cabe destacar que es doctrina consolidada de este Tribunal Constitucional que la valoración de pruebas personales sin la concurrencia de estas garantías elementales significará la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la CE) en la medida en que la eliminación de las pruebas irregularmente valoradas deje sin sustento el relato de hechos probados que soporta la declaración de culpabilidad del acusado. Esto sucederá, por supuesto, cuando la prueba personal eliminada sea la única tomada en cuenta por la resolución impugnada, pero también cuando, a partir de su propia motivación, se constate que dicha prueba era esencial para llegar a la conclusión fáctica inculpativa, de modo que, con su exclusión, la inferencia de la conclusión resulte ilógica o no concluyente a partir de los presupuestos de la propia Sentencia (por todas, STC 28/2008, de 11 de febrero, FJ 2).

En el presente caso, como ya se expuso con mayor detalle en los antecedentes, el recurrente fue absuelto en primera instancia del delito de lesiones del que era acusado, con el argumento de que si bien había quedado objetivado que tanto él como su compañera sentimental habían sufrido diversas contusiones, no existía certeza alguna sobre la autoría de las mismas, habida cuenta del carácter contradictorio de sus declaraciones y la testifical del Policía local que acudió tras la discusión, quien afirmó que la mujer no presentaba lesiones y que quería que el acusado le llevara a casa.

Por el contrario, la sentencia de apelación modificó el relato fáctico, considerando probada que las lesiones padecidas por la mujer fueron causadas por el acusado, utilizando como argumento que, aunque existieran dos versiones contradictorias, la objetivación de las lesiones y la realidad de la discusión es lo que permitía concluir que «muy posiblemente ambos actores se golpeasen» (Fundamento de Derecho quinto).

En consecuencia con lo expuesto, debe otorgarse el amparo por vulneración del derecho de la recurrente a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la CE). Una vez acreditado que el órgano de apelación volvió a valorar los testimo-

nios del recurrente y su pareja sentimental sobre lo sucedido en el vehículo y el modo de producirse las lesiones que ambos presentaban, para llegar a una conclusión contraria a la del Juez de lo Penal, en la que sustenta la condena, es necesario concluir que con ello se ha lesionado la garantía de inmediación. En efecto, a pesar de que en la sentencia impugnada se afirma que cabe revisar la lógica de la valoración probatoria del Juez de instancia, incluso en caso de sentencias absolutorias, para corregir el relato de hechos probados sin necesidad de inmediación, lo cierto es que, como ya se ha señalado anteriormente, este Tribunal ha insistido en que también en estos supuestos, en la medida en que las inferencias provengan inequívoco-

amente de una valoración de pruebas personales, como sucede en el presente caso, resulta constitucionalmente necesario un examen directo y personal de dichas pruebas en respeto a las garantías de inmediación.

Igualmente debe declararse la vulneración del derecho del recurrente a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la CE) y anular la resolución recurrida sin retroacción de actuaciones, puesto que las pruebas personales, cuya valoración le estaba vedada al órgano de apelación, resultaron esenciales para llegar a la conclusión condenatoria, en tanto que respecto de la determinante cuestión sobre la autoría de las lesiones que ambos presentaban sólo se practicaron las citadas pruebas personales.

DELITO DE IMPAGO DE PENSIONES

Se declara la nulidad de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial que condenó a un señor por el delito de impago de pensiones sin darle la posibilidad de ser oído por el Tribunal de apelación, teniendo en cuenta que fue absuelto por el Juzgado de lo Penal.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 2.ª, SENTENCIA 144/2009, DE 15 DE JUNIO

Ponente: Excm. Sra. Elisa Pérez Vera

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Juan fue absuelto, por Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Getafe de 20 de abril de 2005, del delito de abandono de familia del artículo 227 del CP del que venía siendo acusado. En la sentencia se declaró probado, en los extremos que aquí importan, que el acusado tenía la obligación de abonar a su hija menor, habida de su matrimonio con doña Jacinta, la cantidad de 300 euros mensuales decretada en la sentencia de separación que aprobó el convenio regulador suscrito por los cónyuges. El acusado ha incumplido dicha obligación. La sentencia de separación es de fecha de 16 de octubre de 2002, sin que conste en autos ni se haya acreditado la fecha de su notificación al acusado ni la de firmeza de dicha resolución. Doña Jacinta formuló denuncia por impago de pensiones en la Comisaría de Policía el día 20 de noviembre de 2002, ratificándola el día 20 de diciembre de 2002 en su declaración ante el Juzgado de Instrucción. Considera el Juez de instancia que los hechos probados no son constitutivos de infracción penal, puesto que a la fecha de la denuncia sólo había transcurrido un mes y cuatro días desde que se dictó la sentencia de separación, que es la que da validez al convenio, de manera que, cuando se presentó la denuncia ante la Comisaría, el acusado no podía estar incurso en el tipo del artículo 227 del CP, al no haber podido dejar de pagar, en ese momento, dos meses consecutivos. De otro lado, considera el Juez de lo Penal que aunque pudiera considerarse la ratificación de la denunciante ante el Juzgado Instructor como una nueva denuncia, habiendo transcurrido dos meses y cuatro días desde la fecha de la sentencia, sin embargo no estima que haya quedado acreditada en autos la fecha de su notificación al denunciado y la de firmeza de la resolución, lo que determina su absolución.

- ⊙ Contra la anterior resolución interpuso la acusación particular recurso de apelación, que fue estimado por Sentencia de la Sec. 27.^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de julio de 2005 que, revocando la de instancia, condena a don Juan, como autor de un delito de abandono de familia por impago de pensiones, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de diez fines de semana de arresto, al pago de las costas de la primera instancia y al abono de una indemnización a la acusadora particular, en tanto que representante legal de su hija menor, en las cantidades que resulten de la suma de las pensiones mensuales de alimentos a favor de ésta impagadas, desde el mes de octubre de 2002 y hasta el momento de la cuantificación de la deuda, con las actualizaciones de dicha pensión mensual que correspondan, cuya cuantía se fijará en trámite de ejecución de sentencia. La Audiencia, aceptando los hechos probados de la sentencia apelada, llega en cambio a una diversa conclusión, indicando que se trata de una cuestión de estricta valoración jurídica, al considerar que, una vez dictada la sentencia que aprobó el convenio regulador, es la fecha y el contenido de ésta en relación con las prestaciones económicas objeto de protección en el tipo penal contemplado, la que debió considerarse como delimitadora de los incumplimientos denunciados. Por ello, y habida cuenta de que se trata, según se desprende de la sola lectura de la resolución de instancia, de una separación de mutuo acuerdo en la que el mismo Procurador representaba a ambos cónyuges, ha de entenderse que la resolución fue conocida por ambos, denunciante y acusado, al mismo tiempo, salvo que éste hubiera argüido y acreditado otra cosa, lo que no sucedió, pues no compareció al juicio oral y nada alegó en la declaración que efectuó ante el Juez Instructor, donde reconoció, sin embargo, haber dejado de pagar desde hacía cuatro meses la pensión porque «se ha metido en un piso y no puede hacer frente». Respecto a la fecha de la firmeza de la sentencia de separación, indica el órgano de apelación que la obligación del pago de la pensión de alimentos es exigible desde el mismo momento de la resolución, sin que haya que esperar a que se declare o no su firmeza. Por todo ello, y habiéndose establecido que la cantidad a pagar debía ser ingresada por meses anticipados dentro de los primeros cinco días de cada mes, concluye la Audiencia Provincial que en el momento de ratificación de la denuncia ante el Juzgado de Instrucción que, como señala el órgano de instancia, puede ser tenido como momento inicial para computar el plazo establecido en el precepto penal aplicado, el acusado ya había dejado de atender los pagos durante más de dos meses consecutivos, de manera que, en dicho momento, 20 de diciembre de 2002, ya se dan los impagos que constituyen el supuesto típico previsto en el artículo 227.1 del CP; falta de pago, por lo demás, que se ha reiterado en el tiempo desde aquella fecha y hasta el momento de la propia celebración del juicio.
- ⊙ Don Juan interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional quien declaró la nulidad de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial y acordó que se diese al recurrente la posibilidad de ser oído en la segunda instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La demanda de amparo se fundamenta, de un lado, en la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la CE) por haberse revocado la sentencia absolutoria de instancia sobre la base de una nueva valoración probatoria, añadiéndose que el órgano judicial de apelación debió examinar directa y personalmente al acusado y a la denunciante. Por otra parte, se estima infringido el derecho a la presunción de ino-

encia (artículo 24.2 de la CE), en tanto no habría quedado acreditada la fecha en que se notificó al recurrente la Sentencia de separación, de manera que, según afirma éste, al desconocer el contenido de la resolución en la que se le imponía la obligación, no podía cumplirla.

El Ministerio Fiscal considera que no concurre ninguna de las vulneraciones aducidas puesto

que, en primer lugar, la Sentencia de apelación no modificó los hechos probados ni efectuó una nueva valoración de las declaraciones personales que, por lo demás, se alzaron como prueba de cargo bastante para enervar la presunción de inocencia.

Según se acaba de referir, el demandante denuncia la ausencia de intermediación en la valoración de las pruebas personales, agregando que no ha sido oído por la Audiencia Provincial. El análisis de la queja exige, pues, disociar dos cuestiones: de un lado, la alegada necesidad de practicar de nuevo las pruebas personales ante el órgano de apelación, entre ellas la declaración del acusado, entendida, por tanto, como medio de prueba; y, de otro, la eventual exigencia de la audiencia al acusado en la segunda instancia, considerada, en este caso, como medio de defensa.

Por lo que se refiere a la primera perspectiva apuntada, es sólida doctrina de este Tribunal, originada en la Sentencia de Pleno 167/2002, de 18 de septiembre, FFJJ 9 a 11, y perfilada posteriormente en numerosas resoluciones (entre las últimas, SSTC 213/2007, de 8 de octubre, FJ 2; 64/2008, de 26 de mayo, FJ 3; 115/2008, de 29 de septiembre, FJ 1; 49/2009, de 23 de febrero, FJ 2; 120/2009, de 18 de mayo, FFJJ 2 a 4, y 132/2009, de 1 de junio, FJ 2), que del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la CE) deriva la exigencia de que sólo el órgano judicial ante el que se practiquen, con plena contradicción y publicidad, puede valorar las pruebas personales. Así, ha de considerarse vulnerado aquel derecho cuando la sentencia absolutoria de la primera instancia es revocada en apelación y sustituida por una condenatoria o, en otro caso, por una que agrava la situación del recurrente, en el supuesto de que hubiera sido ya condenado, y la última resolución se basara en una apreciación diferente de las declaraciones personales. Es decir, se veda la eventualidad de que el órgano de apelación condene a quien ha sido absuelto en la instancia, o que empeore su situación si fue condenado, si para ello fija un nuevo relato de hechos probados que tiene su origen en la valoración de pruebas cuya práctica exige la intermediación del órgano judicial resolvente, esto es, el examen directo y por sí mismo de las partes, de los testigos o de los peritos, en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción.

No obstante, ha de recordarse asimismo que la doctrina constitucional reseñada no resulta aplicable cuando el núcleo de la discrepancia entre la Sentencia de instancia y la de apelación atañe estrictamente a la calificación jurídica de los hechos que se declararon probados por el órgano judicial que primariamente conoció de los mismos y que quedan inalterados en la segunda instancia, pues

su subsunción típica no precisa de la intermediación judicial, sino que el órgano de apelación puede decidir sobre la base de lo actuado (STC 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 5, reiterada en las SSTC 328/2006, de 20 de noviembre, FJ 4; 256/2007, de 17 de diciembre, FJ 2; 124/2008, de 20 de octubre, FJ 2; 34/2009, de 9 de febrero, FJ 4, y 120/2009, de 18 de mayo, FJ 4).

En el caso que aquí se examina, según advierte certeramente el Fiscal en su escrito de alegaciones, la divergencia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria se circunscribe a una cuestión puramente jurídica ajena a la valoración de las pruebas personales. Como se ha dejado expuesto con más detalle en los antecedentes, el Juez de lo Penal estimó acreditado el impago reiterado de las pensiones alimenticias sobre la base de las declaraciones de la denunciante y del acusado, declaración esta última prestada en la fase de instrucción, ya que no compareció al acto del juicio oral. Sin embargo, el órgano judicial absolvió al demandante con el argumento de que no habría resultado probada la fecha en que se le notificó la sentencia de separación, ni tampoco la fecha en que ésta devino firme. Frente a ello, la Audiencia Provincial, aceptando en su integridad los hechos declarados probados en la instancia, infiere de los mismos que el acusado tenía pleno conocimiento de la existencia de la referida sentencia y de su obligación de pagar la pensión alimenticia, en tanto que en el proceso de separación los dos cónyuges estaban representados por el mismo Procurador, por lo que ha de entenderse que ambos tuvieron conocimiento de la resolución al mismo tiempo, sin que el acusado adujera lo contrario, de manera que cuando se ratificó la denuncia ante el Juzgado de Instrucción, ya se había producido el impago durante más de dos meses consecutivos, concurriendo, pues, los elementos integrantes del tipo penal finalmente aplicado.

Así las cosas, no le asiste la razón al recurrente en amparo cuando afirma que se vulneró su derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la CE) al incumplirse el principio de intermediación, pues la Audiencia no varió la apreciación probatoria de las declaraciones, sino que se limitó a dictaminar la culpabilidad de aquél con base en los hechos considerados probados en la primera instancia. Por lo demás, y en lo que concierne particularmente a la declaración del demandante, ha de advertirse que, comoquiera que éste no compareció al acto del juicio oral, el Juez *a quo* valoró la declaración vertida ante el Juez de Instrucción, sin que ello haya sido cuestionado, de modo que, sin mayor dificultad, se deriva que, no habiendo existido intermediación judicial en la primigenia valoración probatoria —en tanto se valoró la declaración sumarial—, no es dable que la Audiencia hubiera

quebrantado, con su apreciación del mencionado testimonio, una intermediación judicial inexistente por razones atribuibles a quien ulteriormente la reclama.

El recurrente en amparo denuncia, en conexión con la queja precedente, que no fue oído por el Tribunal de apelación. Así planteada la cuestión, y pese a que en la demanda venga también encuadrada en el derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la CE), su examen habrá de hacerse, más precisamente, en el contexto del derecho de defensa (artículo 24.2 de la CE); esto es, habrá que determinar si la audiencia del acusado en la segunda instancia, con independencia de la naturaleza –personal o no– de las pruebas que, en su caso, hubieran de ser valoradas por el órgano judicial que conoce del recurso, es parte integrante del mencionado derecho fundamental.

Con esta perspectiva, ha de señalarse que, según expone la STC 120/2009, de 18 de mayo, FJ 3, invocando la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto, la exigencia de la garantía de la audiencia del acusado en fase de recurso depende de las características del proceso en su conjunto. Más concretamente, en la STEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 53, se destaca que cuando se celebra una audiencia pública en la primera instancia, la omisión del debate en apelación puede estar justificada por las particularidades del procedimiento, teniendo en cuenta la naturaleza del sistema de apelación, la índole de las cuestiones que han de resolverse, el alcance que la decisión del recurso puede tener y la medida en que los intereses del afectado han sido realmente satisfechos y protegidos. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado también que cuando el Tribunal de apelación ha de conocer de cuestiones de hecho y de Derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 55; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía, § 39; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, § 64; 10 de marzo de 2009, caso Coll c. España, § 27), resaltando, además, que tras revocar la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que éste es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida

contra él (STEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, §§ 58 y 59).

Partiendo de la doctrina reseñada, y aun tomando en consideración el dato de que, como se ha concluido en el fundamento jurídico anterior, la Audiencia Provincial resolvió en rigurosos términos de calificación jurídica sobre los hechos declarados probados por la sentencia apelada, ello no implica necesariamente que aquel órgano judicial pudiera prescindir de otorgar al demandante de amparo la oportunidad de ser oído en la fase de recurso, audiencia que, como se señala en la precitada STEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 58, no ha de confundirse con el derecho del acusado a hablar el último que, aunque pueda revestir una cierta importancia, debe distinguirse del derecho a ser escuchado, durante los debates, por un Tribunal.

Así, debió darse al apelado la ocasión de ser escuchado por el Tribunal que, originaria y definitivamente, le condenó, con independencia de las circunstancias del caso (concretamente, que el actor no compareció en el juicio oral y que el contenido de la sentencia, al haber sido dictada en una separación de mutuo acuerdo, tenía que serle conocido). En primer y fundamental término, porque habida cuenta de que había sido absuelto en la instancia, obvio es que era el Tribunal de apelación quien por primera vez condenaba al recurrente en amparo. De otra parte, éste, en el ejercicio legítimo de sus posibilidades procesales, no compareció al juicio oral y, por tanto, salvo por el Juez de Instrucción, no fue oído durante el curso del proceso, de modo que el órgano de apelación venía obligado a salvaguardar su derecho de audiencia antes de ser condenado, máxime si se tiene en cuenta que contra la sentencia condenatoria no cabía ya recurso alguno.

Por consiguiente, los intereses del demandante no fueron enteramente protegidos a lo largo del proceso que terminó con la sentencia condenatoria, ya que la Audiencia Provincial hubo de concederle la posibilidad de ser oído antes de condenarle, sin que obste a tal conclusión el hecho de que aquél no solicitara la celebración de la vista en su escrito de impugnación del recurso de apelación interpuesto de contrario, pues, en tanto consideró que no existían pruebas cuya práctica pudiera ser necesaria, y teniendo en cuenta el hecho de que había sido absuelto en la primera instancia, no tenía particulares razones para instar la celebración de una audiencia pública (SSTEDH de 15 de julio de 2003, caso Arnarsson c. Islandia, § 38; 10 de marzo de 2009, caso Coll c. España, § 32). Esto es, en la medida en que la vista, en este caso, estaba llamada a servir a los fines de la parte

apelante, era ésta quien tenía la carga de promover los presupuestos precisos para que el órgano judicial al que acudió pudiera satisfacer su pretensión (STC 10/2004, de 9 de febrero, FJ 3), siendo posible, por lo demás, que la celebración de la vista se hubiera acordado de oficio (STC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 11).

Constatada la vulneración de la garantía del derecho de defensa consistente en conceder al acusado la oportunidad de ser oído por el Tribunal que, al cabo, dictó el pronunciamiento condenatorio, ha de otorgarse el amparo solicitado sin que sea preciso, por ello, entrar a examinar el resto de motivos expuestos en la demanda de amparo.

FILIACIÓN

Declaración de la filiación paterna no matrimonial y exclusión del padre de las facultades de la patria potestad conservando el hijo los dos apellidos de la madre, al haberse declarado la filiación con la oposición expresa del padre.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2008

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

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Doña Margarita interpuso demanda de juicio de filiación contra don Felipe y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que se declarara que «A) Se determine la filiación que por la presente se reclama a favor del hijo de mi representada Eduardo y a cargo de don Felipe, como padre natural de aquél, con los efectos que le son inherentes, si bien el menor conservará los apellidos de la madre, que ostenta en la actualidad. B) Que se remita el correspondiente mandamiento al Registro Civil de Fuenlabrada, para que haga constar la paternidad de don Felipe. C) Que, para el caso de que se determine la filiación con la oposición del progenitor, se declare la exclusión del padre de la patria potestad y demás funciones tuitivas no ostentando ningún derecho por ministerio de la ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, quedando a salvo la obligación de velar por el hijo y prestarle alimentos. D) Que se declare que el demandado, en su condición de progenitor del menor Eduardo, deberá prestarle alimentos por importe de 500 euros mensuales, actualizables de conformidad con el IPC. E) Que se impongan las costas al demandado».
- ⊙ Don Felipe contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado «dicte sentencia por la que se declare la desestimación de la demanda y todo ello con expresa condena de las costas del presente procedimiento a la actora, junto a lo demás que en derecho proceda».
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Badajoz dictó Sentencia con fecha 5 de abril de 2005 y estimando parcialmente la demanda declaró que el menor Eduardo, nacido el 4 de febrero de 2004 e inscrito en el Registro Civil de Fuenlabrada al tomo núm. 000 página núm. 001, es hijo de Felipe, de quien tomará el primer apellido, quien deberá abonar a la madre, por adelantado durante los primeros cinco días de cada mes y en concepto de pensión alimenticia a favor del hijo, la cantidad de 200 euros/mes, que deberá actualizarse a primeros de cada año, conforme a las variaciones del IPC, y ello sin hacer pronunciamiento en cuanto a las costas.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Badajoz dictó Sentencia el 24 de noviembre de 2005 desestimando el recurso interpuesto por doña Margarita.
- ⊙ Doña Margarita interpuso recurso de casación e infracción procesal contra la anterior sentencia, siendo estimado el de casación por el Tribunal Supremo quien acordó que el hijo conservara los dos

apellidos de la madre declarando la exclusión del padre de la patria potestad y demás funciones tutivas no ostentando ningún derecho por ministerio de la ley respecto del hijo o de sus descendientes o en sus herencias, quedando a salvo la obligación de velar por el hijo y prestarle alimentos.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión que se plantea en el recurso de casación formulado por la demandante en la instancia, doña Margarita, es la exclusión de los efectos de la patria potestad que impone el artículo III del Código Civil cuando se determina judicialmente la filiación contra la oposición del progenitor. La misma ha ejercitado la acción de reconocimiento de la filiación extramatrimonial respecto a su hijo menor de edad, nacido el 4 de febrero de 2004, que contempla el artículo 133 del mismo cuerpo legal; pidiendo expresamente la aplicación del artículo III del Código Civil. A la demanda se opuso el demandado que pidió su desestimación.

Las sentencias de instancia no han aceptado la aplicación del artículo III, como sanción legal por la conducta del progenitor por entender que no se dan los presupuestos de la misma.

El recurso se funda en el artículo 477.2.3.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil y presenta interés casacional, conforme al mismo artículo 477.3 por oponerse la sentencia recurrida a doctrina jurisprudencial de esta Sala representada en una serie de sentencias que cita. La norma supone la exclusión de efectos de la patria potestad, entre las cuales se cuenta la determinación del apellido, en caso de que se declare la filiación contra la oposición del progenitor.

El hecho, no discutido en autos, es la formulación de la demanda por la madre del hijo extramatrimonial ejercitando acción de reclamación de la filiación frente al progenitor, padre que así ha sido declarado. Éste, tras formular cuestión de competencia, se opuso a la demanda, negó las alegaciones hechas en ésta y se expresa literalmente en la contestación que «mi mandante niega expresamente la paternidad del hijo de la actora y por lo tanto, no ha considerado oportuno hacerse cargo de una situación con la que nada tiene que ver» y se suplica que «se declare la desestimación de la demanda», sin paliativos, ni matices.

La jurisprudencia ha interpretado el artículo III del Código Civil alertando que la figura de la exclusión del ejercicio de la patria potestad se impone por ministerio de la ley, tal como dice la Sentencia de 2 de febrero de 1999 que concreta: «La exclusión se produce cuando el padre biológico no acepta su paternidad, no busca salir de dudas extrajudicialmente, y demandado no se allana a la pretensión,

bien que, como no podrá ser de otro modo, acepta la decisión judicial tras seguir el proceso». Y añade la de 24 de junio de 2004, tras reiterar que tal exclusión se impone por ministerio de la ley: «Afirmada como existente la oposición del demandado, cuya paternidad ha sido declarada en este proceso, por tanto, declarado probado el presupuesto de hecho de la norma contenida en el artículo III.1.º 2 del Código Civil, la exclusión de la patria potestad constituía un imperativo para el juzgador, incluso aun cuando no hubiera sido formalmente solicitada por la parte actora». Y la de 7 de julio de 2004, de gran semejanza con el caso presente añade: «Ha de estimarse ajustada a Derecho la exclusión del ahora recurrente de la patria potestad, atendida la conducta procesal del demandado quien, no obstante reconocer haber tenido relaciones sexuales con la demandante apoya su pretensión absolutoria en el hecho de no haber mantenido con ella una relación seria y estable y no haber convivido con la madre entre febrero y abril de 1991, cuando la convivencia con la madre en la época de la concepción es sólo uno de los medios de prueba indirectos». La Sentencia de 10 de julio de 2001, alegada por la parte recurrida, parece que sigue un criterio contrario a las anteriores, pero no es así. La esencia de su razonamiento se expresa en estos términos: «Sólo puede darse cuando a la determinación de la filiación se haya producido oposición del progenitor, oposición que ha de ser frente a lo que es evidente y al final resulta demostrado y ha de ser firme, sin poder identificarla con el derecho de defensa que a nadie puede negarse dentro de unos parámetros fundamentados seriamente». Pero la cuestión fáctica no es la misma, ya que en el caso de esta sentencia el padre demandado, en su contestación a la demanda, interesó que se dictara una sentencia acorde con el resultado de la prueba biológica a cuya práctica se sometió y las sentencias de instancia estimaron que no medió la oposición que exige el artículo III del Código Civil, lo que fue mantenido en casación.

Así, en definitiva, esta Sala, en el presente caso, no entra en la cuestión fáctica declarada en la instancia, que permanece incólume en casación, sino en la calificación de la misma. De aquellos hechos no discutidos, calificados conforme a la doctrina jurisprudencial se desprende que debe ser aplicado el artículo III del Código Civil al presente caso, en

que se ha determinado la filiación extramatrimonial contra la oposición del padre demandado.

En este sentido, conforme a lo que dispone el artículo 487.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

procede casar la sentencia recurrida y resolver sobre el caso declarando que ésta se ha opuesto a la doctrina jurisprudencial sobre el artículo III del Código Civil que debe ser aplicado al caso de autos.

FILIACIÓN

La filiación no matrimonial determinada por virtud de reconocimiento, aun siendo de complacencia, puede ser impugnada por falta de correspondencia con la realidad biológica por la vía y con los presupuestos establecidos en el artículo 140 del Código Civil, y no únicamente por vicio de consentimiento, que afecta al acto del reconocimiento, y no a la filiación determinada por éste, según lo dispuesto en el artículo 141 del mismo cuerpo legal.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Carlos Jesús compareció ante el encargado del Registro Civil de Alicante en fecha 16 de julio de 1998 reconociendo que era el padre biológico de la menor Mercedes.
- ⊙ Don Carlos Jesús, doña Antonia (actuando en su condición de representante legal de sus dos hijos menores (Arantzazu-María y Santiago) y doña María, actuando en su condición de representante legal de la hija fruto de las relaciones con su esposo, el también demandante, don Carlos Jesús, interpusieron demanda de juicio verbal contra doña Gloria en su propio nombre y en su condición de representante legal de su hija menor, Mercedes, y contra el Ministerio Fiscal, solicitando que «se dicte sentencia por la que se declare: 1.º) Que don Carlos Jesús no es el padre biológico de la menor Mercedes. 2.º) Que no corresponde a mi principal, don Carlos Jesús, ningún derecho-deber que la paternidad impone, en relación a la referida menor. 3.º) Que, consecuentemente, declare nula la filiación determinada en virtud del reconocimiento efectuado por el actor, don Carlos Jesús, y en consecuencia ordene remitir mandamiento al Ilustre Sr. Juez encargado del Registro Civil de Alicante, para que proceda a la rectificación de dicha inscripción marginal, así como cualquier otro asiento contradictorio con la declaración que se pretende en virtud de esta demanda. 4.º) Se impongan las costas procesales a quien se oponga a las anteriores declaraciones».
- ⊙ Admitida a trámite la demanda, la representación de la demandada la contestó oponiéndose a ella, en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado dictase Sentencia «desestimando íntegramente la demanda interpuesta, absolviendo a doña M.ª Gloria y a Mercedes de todos los pedimentos de la misma, con expresa condena en costas a los demandantes».
- ⊙ A fin de salvaguardar el principio de unidad de acto del Juicio Verbal, se acuerda la práctica anticipada de la prueba biológica que determine la realidad o no de la paternidad de Don Carlos Jesús con respecto a Mercedes. La parte demandada se niega a practicar la prueba biológica y se procede a señalar para Juicio Verbal.
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Alicante dictó Sentencia el 31 de enero de 2003 desestimando la demanda.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 6.^a de la AP de Alicante dictó Sentencia el 30 de enero de 2004, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: «FALLAMOS: Con representación procesal del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Carlos Jesús, doña Antonia y doña María contra la Sentencia de fecha 31 de enero de 2003, dictada en los autos de juicio verbal sobre impugnación de filiación tramitados con el núm. 114/02 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Alicante, resolución que ha sido asimismo impugnada por el Ministerio Fiscal, revocamos la misma para dar lugar a la demanda que inició el procedimiento, declarando que don Carlos Jesús no es el padre biológico de la menor doña Mercedes, siendo nula y careciendo de efecto alguna la filiación determinada en virtud de reconocimiento efectuado ante el encargado del Registro Civil de Alicante en fecha de 16 de julio de 1998 y que consta en la inscripción de nacimiento de la citada menor practicada en la Sec. 1.^a del Libro 497n RCV, p. 97, de dicho Registro, debiendo en su consecuencia procederse a la correspondiente rectificación registral, para lo que se librará el oportuno mandamiento. Todo ello imponiendo a la parte demandada el pago de las costas procesales de la primera instancia y sin verificar pronunciamiento alguno con relación a las devengadas en esta alzada».

⊙ Doña Gloria interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La Sala de instancia declaró haber lugar a la acción de impugnación de la paternidad no matrimonial determinada por reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, considerando que el prestado fue de mera complacencia, sabedor el reconocedor que la reconocida no era hija biológica suya. El tribunal sentenciador se alinea con el criterio doctrinal y jurisprudencial conforme al cual la filiación no matrimonial determinada por virtud de reconocimiento, aun siendo de complacencia, puede ser impugnada por falta de correspondencia con la realidad biológica por la vía y con los presupuestos establecidos en el artículo 140 del Código Civil, y no únicamente por vicio de consentimiento, que afecta al acto del reconocimiento, y no a la filiación determinada por éste, según lo dispuesto en el artículo 141 del mismo cuerpo legal.

La recurrente considera que la sentencia impugnada se opone a la doctrina jurisprudencial contenida en las Sentencias de esta Sala de fechas 25 de junio de 1909, 14 de marzo de 1994 y de 27 de octubre de 1993, que establece que la paternidad determinada por reconocimiento no puede ser atacada si no es por la existencia de un vicio de la voluntad, al ser un acto unilateral, personalísimo, formal y, sobre todo, irrevocable. Fundamenta la existencia del interés casacional que posibilita el acceso a la casación en la aludida oposición a la jurisprudencia de esta Sala, y alega, al mismo tiempo, la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales al resolver sobre esta cuestión, concretando la denuncia casacional en la infracción del artículo 140 del Código Civil.

La cuestión a dilucidar en este recurso de casación por interés casacional consiste, pues, en averiguar si la interpretación mantenida por el tribunal de instancia, conforme a la cual es posible la impugnación de la filiación no matrimonial determinada por un reconocimiento —que aquí, es pacífico que se ha manifestado por pura complacencia, siendo sabedor quien lo prestó de que la reconocida no era hija biológica suya— con base en la falta de correspondencia con la realidad biológica, vulnera la jurisprudencia de esta Sala que se dice contenida en las sentencias que se citan como apoyo para justificar la existencia del interés casacional a la que se condiciona la viabilidad y procedencia del recurso.

La respuesta que debe darse a la denuncia casacional ha de tener como guía los razonamientos contenidos en la fundamentación jurídica de la Sentencia de esta Sala de fecha 29 de octubre de 2008 —recurso de casación núm. 1414/2003—, que conviene reproducir en su literalidad, para, de ese modo, facilitar su divulgación, y con la cual se resuelve, por ende, la contradicción existente entre la doctrina de las Audiencias Provinciales sobre el particular:

«Tercero.—La cuestión a dilucidar en este recurso de casación por interés casacional consiste, pues, en averiguar si la interpretación mantenida por el tribunal de instancia, conforme a la cual es posible la impugnación de la filiación no matrimonial determinada por un reconocimiento —que aquí, es pacífico que se ha manifestado por pura complacencia, siendo sabedor quien lo prestó de que el reconocido no era hijo biológico suyo— con

base en la falta de correspondencia con la realidad biológica, vulnera la jurisprudencia de esta Sala que se dice contenida en las sentencias que se citan como apoyo para justificar la existencia del interés casacional a la que se condiciona la viabilidad y procedencia del recurso, que se resume en la irrelevancia de la verdad biológica del reconocimiento, y conforme a la cual la única interpretación lógica posible, según la parte recurrente, es que el reconocimiento determinante de una filiación no matrimonial no es impugnabile por falta de veracidad biológica, sino únicamente por vicio de consentimiento en los casos y con las condiciones de legitimación y plazo de ejercicio de la acción impugnatoria que contiene el artículo 141 del Código Civil.

El examen de la cuestión así planteada ha de considerar en su totalidad las diversas vertientes y facetas que presenta la denuncia casacional, para dar una respuesta completa a la pretensión impugnatoria que satisfaga el derecho de la parte recurrente a la tutela judicial efectiva.

A) La doctrina científica no se ha puesto totalmente de acuerdo acerca de cuáles son las vías y las causas de impugnación de la filiación determinada por reconocimiento; es más, ni siquiera hay un criterio uniforme acerca del contenido de este concepto jurídico –si es necesaria o no la correspondencia entre la declaración externa y la creencia interna– referido al acto determinante de la filiación. La jurisprudencia de esta Sala tampoco ha dado, hasta ahora, una respuesta contundente a la cuestión debatida, con finalidad unificadora. Las sentencias que cita la parte recurrente para fundamentar la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial que se dice contenida en ellas, y cuya copia ha aportado con el escrito de interposición del recurso, no sirven para deducir, de una forma decidida, el criterio interpretativo que aquélla propone: la de 23 de diciembre de 1987 contempla un caso de impugnación de la paternidad por vicio de la voluntad, en particular, por violencia o intimidación, y no por falta de adecuación a la verdad biológica; la de 14 de marzo de 1994 únicamente permite afirmar que la verdad material a cuya consecución se orienta la ley ha de responder al interés superior de los hijos y de la familia, y no ha de servir como elemento distorsionador del orden interno, y de ahí que no se haya introducido en nuestro sistema un modelo de investigación indiscriminada de la filiación y paternidad, perturbadora de ese orden familiar y contraria al estado civil y a la posesión de hecho del mismo que gozan las personas; y si bien es cierto que semejante declaración jurisprudencial puede favorecer una interpretación como la propuesta por la parte recurrente, también es cierto que ésta

no se propugna de forma terminante en la mencionada resolución; y, en fin, en la de 26 de marzo de 2001, que contempló un supuesto de impugnación del reconocimiento con base en el artículo 141 del Código Civil, se reconoce la existencia de dos acciones impugnatorias de la filiación matrimonial, contenidas en los artículos 136 y 138 del Código Civil respectivamente, y, en particular, tratándose de la impugnación de la filiación determinada por el reconocimiento, se distingue la impugnación basada en vicio del consentimiento (artículo 138, inciso primero) y la que se funda en otras causas (artículo 138, inciso segundo), respecto de la que los artículos 139 y 140 del Código Civil amplían los supuestos de legitimación y conceden plazos de caducidad más prolongados.

Si el detallado examen de las sentencias citadas no permite extraer de forma concluyente el criterio interpretativo en cuya oposición por la sentencia recurrida se resume el interés casacional alegado, el análisis de otras resoluciones de esta Sala, y, desde luego, de las sentencias más recientes, conduce a rechazar de manera definitiva este específico presupuesto al que se condiciona la viabilidad y procedencia del recurso, en la medida en que de ellas fácilmente se extrae el criterio contrario del que propone la parte recurrente, al que se ajusta la resolución impugnada, y que se traduce en la posibilidad de impugnar la filiación no matrimonial determinada por el reconocimiento, aun siendo de mera complacencia, por falta de correspondencia con la realidad biológica, con las condiciones de legitimación y de plazo para el ejercicio de la acción establecidas en el artículo 141 del Código Civil.

En la Sentencia de 28 de marzo de 1994 se declaró que, habiéndose ejercitado por el actor una acción de impugnación de la filiación no matrimonial determinada por reconocimiento en razón a la falta de exactitud o correspondencia con la realidad biológica, la norma aplicable era la del artículo 140 del Código Civil, y no la del artículo 141. Un supuesto idéntico se contempló en la Sentencia de 31 de octubre de 1997, que recoge el criterio de la de 28 de marzo de 1994, y, conforme al mismo, la Sala consideró que el Tribunal de instancia había aplicado indebidamente el artículo 141 del Código Civil, e inaplicado el precepto regulador de la acción ejercitada, el artículo 140, precisando que aquél viene referido a la impugnación del acto de reconocimiento por concurrir vicio de consentimiento, en tanto que en éste tiene cabida la acción de impugnación de la filiación no matrimonial determinada por reconocimiento atacando la veracidad biológica de la filiación por no ser el reconocido hijo del reconocedor. La Sentencia de 26 de noviembre de 2001 se hace eco de la dificultad que para la doctrina y la jurisprudencia ha supuesto interpretar

los criterios de impugnación de la filiación determinada por un reconocimiento de complacencia; empero, en su Fundamento de Derecho Tercero se precisa: «Esta Sala, amparada en la idea de máxima expansividad del principio *pro actione*, admite que la pretensión fundada en el artículo 140 del Código Civil es independiente de la tutelada por el artículo 141, no obstante las conexiones derivadas del error como vicio del consentimiento que, también, hacen referencia al error en la paternidad biológica en las que, ahora, por innecesario, no se profundiza; y por ello considera, con arreglo a la Ley procesal que se aplica, que las causas motivadoras de ambos procesos no son idénticas, lo que lleva directamente a la desestimación del primer motivo»; y si bien tales declaraciones se hicieron de cara a verificar –y excluir– la concurrencia en aquel caso de la excepción de cosa juzgada, de ellas es posible deducir cabalmente el criterio interpretativo conforme al cual cabe la impugnación de la filiación determinada por reconocimiento por falta de correspondencia con la realidad biológica con arreglo a lo dispuesto en el artículo 140 del Código Civil.

Más explícita es la Sentencia de 27 de mayo de 2004, en la que se examinó la impugnación de la paternidad determinada por un reconocimiento de complacencia. La Sala declaró que el Tribunal de instancia había aplicado indebidamente el artículo 141 del Código Civil, e inaplicado el artículo 140, que ha de relacionarse con el artículo 120, que establece los presupuestos para la determinación legal de la filiación no matrimonial, entre los que se encuentra el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, y el cual se proyecta tanto a los hijos nacidos sin que los padres se hubieran casado, como a los nacidos antes del matrimonio y no son hijos biológicos, no obstante el matrimonio de la madre progenitora y padre no progenitor, y no obstante adquirir la filiación en estos casos el carácter de matrimonial desde el matrimonio de ambos (artículo 119 del Código Civil), “incluyéndose en el concepto de progenitor a quien formalmente figura como tal, ya lo sea por reconocimiento o por otro título, salvo si recae por sentencia judicial firme y la acción impugnatoria no se basa en defecto formal o vicio del consentimiento, ya que en concreto lo que ha de tenerse en cuenta es el dato objetivo de la realidad biológica y su prevalencia o no respecto de la filiación normal”. Concluye de este modo la sentencia de referencia que, atendiendo a la prioridad que debe darse a la verdad biológica en la interpretación de las normas reguladoras de las acciones de reconocimiento e impugnación de la filiación, así como a la protección de los hijos, que clama contra la inexactitud en la determinación de la paternidad, y a los antecedentes que ofrecen las Sentencias de 28 de marzo de 1994 y de 15 de

septiembre de 2003, la acción de impugnación de la filiación determinada por reconocimiento con base en la falta de correspondencia con la realidad biológica que se ejercitaba en el caso considerado debía someterse a los presupuestos de legitimación y plazo de ejercicio dispuestos por el artículo 140 del Código Civil.

En la misma línea se encuentra la Sentencia de 4 de junio de 2004, que sitúa también la acción de impugnación de la filiación determinada por un reconocimiento de complacencia en el marco del artículo 140 del Código Civil, teniendo igualmente presentes los antecedentes que ofrecen las Sentencias de 28 de marzo de 1994, 31 de octubre de 1997 y 26 de noviembre de 2001. En ella se distingue la acción que contempla este artículo de la que regula el artículo siguiente, el 141, precisándose que la primera se refiere a un reconocimiento extrínsecamente correcto, pero inexacto, en cuanto que su autor no es realmente el progenitor del reconocido, de manera que no se impugna el reconocimiento por vicio de consentimiento, sino la filiación. Existen, pues, dos acciones diferentes e independientes, con presupuestos diversos, refiriéndose la del artículo 140 del Código Civil a la realidad biológica, y la del artículo 141 al consentimiento viciado.

Este criterio interpretativo aparece, además, refrendado por otras sentencias, como la de 5 de julio de 2004, que, si bien vienen referidas a supuestos de impugnación de la filiación matrimonial por falta de realidad biológica, permiten diferenciar las acciones de impugnación por esta causa y las que se fundamentan en la inexistencia e invalidez del título de su determinación, conectando el artículo 138 al artículo 141, ambos del Código Civil, cuando se trata de una impugnación del reconocimiento que determina la filiación (el formal, del artículo 120.1, el expreso o tácito del artículo 117, y el implícito en el consentimiento para la inscripción de la filiación), por vicio del consentimiento, y poniendo en relación el artículo 138 con las normas contenidas en la sección y capítulo tercero del título quinto del libro primero del Código Civil, y entre otras, con la del artículo 136, cuando se trata de la impugnación de la filiación por otras causas.

B) El criterio interpretativo que se sigue responde, por otra parte, a un modelo de hermenéusis normativa literal y sistemático, y se ajusta al canon de la razonabilidad y de la lógica. La lectura de lo dispuesto en los artículos 138, 140 y 141 del Código Civil, puestos en relación con los artículos 115, 118, 119 y 120, permite diferenciar los dos cauces impugnatorios, en atención a su diferente objeto y a su diferente causa o motivo de impugnación, que en un caso recae sobre el acto del reconocimiento determinante de la filiación, por vicios del consen-

timiento, y en otro, sobre la filiación determinada por el reconocimiento. Si la posibilidad de impugnar la filiación matrimonial por causas distintas al reconocimiento inválido por estar viciado el consentimiento –y, en concreto, por falta de veracidad biológica– se desprende con facilidad del artículo 138 del Código Civil, del mismo modo la impugnación de la filiación no matrimonial determinada por reconocimiento, con fundamento en la falta de ajuste a la realidad biológica, tiene cómoda cabida en el artículo 140, que por otra parte no excluye la impugnación del acto del reconocimiento por vicio de consentimiento regulada en el artículo 141, como ésta no excluye la anterior.

Por otro lado, y como se ha dicho, este criterio exegético no conduce a conclusiones ilógicas, por cuanto no supone la inaplicación en todo caso del artículo 141, que contempla una acción impugnatoria con un objeto y causa diferenciada de la del artículo 140, y que mantiene su aplicabilidad aun cuando se trata del error, pues éste, manteniendo su carácter de sustancial e inexcusable, puede recaer sobre circunstancias, tales como la fecha del nacimiento del hijo, que hayan sido determinantes para la prestación del consentimiento, ante la mera posibilidad de la paternidad biológica del reconecedor, sin discutirse la adecuación o falta de adecuación a la realidad biológica.

C) El criterio interpretativo que se sigue es, además, plenamente respetuoso con las exigencias constitucionales. Se respeta, ante todo, la prevalencia de la verdad real sobre la meramente formal o presunta, conforme a los principios informadores de la Ley de 13 de mayo de 1981, y, por encima de ella, del artículo 39 de la Constitución, que asegura la protección integral de los hijos, como también lo hacen en otros ámbitos y con diferente rango otras normas –la Convención de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, el Convenio de La Haya sobre protección del menor, de 29 de mayo de 1993, y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor–, y que clama, como señalan las Sentencias de 30 de enero de 1993, 23 de marzo de 2001 y 27 de mayo de 2004, contra la inexactitud en la determinación de la paternidad que incidiría en la anomalía de atribuir la potestad sobre ellos a quien no es su progenitor. Conforme a tales superiores principios, la filiación se entiende como una condición personal definida, de una parte, por el hecho de ser veraz el hijo, y por otra, por el de ser verdadero progenitor; y sólo desde esa concepción de la filiación, y desde la potenciación de los medios jurídicos para determinarla y lograr el acomodo de la realidad formal a la biológica, puede considerarse satisfecha la finalidad protectora del menor y, en suma, el interés también jurídicamente tutelado de

la familia, lo que no empece a que del mismo modo se proteja la seguridad y estabilidad familiar y en la detentación del estado civil, sin erigir, empero, los principios informadores del sistema en regla absoluta e ilimitada, equilibrio que desde luego se logra mediante el establecimiento desde la misma norma de los presupuestos de legitimación y el plazo para el ejercicio de las acciones de filiación.

Paralelamente, la exégesis expuesta respeta el principio igualitario y de no discriminación por razón del nacimiento que propugna el artículo 14 de la Constitución, que, por el contrario, se quebraría precisamente de mantener la tesis que propone la parte recurrente, por cuanto supondría establecer causas de impugnación diferentes para la filiación matrimonial determinada por reconocimiento y para la filiación no matrimonial determinada del mismo modo, sin que aparezca justificada semejante diferencia de tratamiento normativo, cuando la jurisprudencia constitucional ha encuadrado la igualdad entre las distintas clases o modalidades de filiación dentro de la prohibición de no discriminación del artículo 14 de la Constitución (SSTC 7/1994, 74/1997, 67/1998 y 200/2001). Ha de tenerse presente, por otro lado, que conforme ha declarado el Tribunal Constitucional, recogiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 de la Constitución, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable (SSTC 22/1981, 2/1983, 23/1984, 209/1987, 176/1993, 117/1998, y 200/2001, entre otras muchas). Y, en cuanto a la prohibición de no discriminación, el mismo Alto Tribunal ha declarado que, a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, implica un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex constitutione* que impone como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo puede ser utilizada por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la nece-

sidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad (SSTC 126/1998, 209/1988 y 200/2001, y las que en ellas se citan). A la vista de todo ello, ha de decirse que uno y otro principio no se vulnera por el establecimiento de un régimen de legitimación y de plazos para el ejercicio de las acciones de impugnación diferente según se trate de la impugnación del acto del reconocimiento por vicio de la voluntad o de la filiación determinada por éste, habida cuenta de su distinto objeto de impugnación, y diferente causa y alcance de la invalidez, o según se trate de filiación matrimonial o no matrimonial, determinadas una y otra por reconocimiento, y mediando en esta última posesión de estado, pues considera esta Sala que, examinada la diferente regulación desde el canon de legitimidad constitucional, supera las exigencias de razonabilidad y de proporcionalidad que éste impone, apreciándose en esos casos de filiación no matrimonial una situación y circunstancias distintas de la filiación matrimonial –y buena muestra de ello es la diferenciación legal que se hace de una y otra, y sobre la que no pesa tacha alguna de inconstitucionalidad– que se convierten en razones objetivas para justificar, dentro de la libertad de que dispone el legislador, una mayor amplitud en la legitimación y en el plazo de ejercicio de la acción de filiación, sin que, en fin, quepa apreciar la vulneración de la prohibición de no discriminación, en este caso por razón de nacimiento, cuando la aplicación de

semejante régimen jurídico sirve para lograr la finalidad, también enraizada en principios constitucionales, de establecer la verdad biológica en la filiación; razones todas ellas por las que, en definitiva, esta Sala no consideró procedente el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad alguna respecto del artículo 140 del Código Civil».

La aplicación de la doctrina expuesta al presente caso conduce indefectiblemente a la desestimación del único motivo del recurso, pues la sentencia de la Audiencia Provincial, al mantener la posibilidad de la impugnación de la filiación no matrimonial determinada por reconocimiento, incluso de complacencia, como ocurre en el caso examinado, por falta de correspondencia con la realidad biológica, y con arreglo a los requisitos de legitimación y plazo para el ejercicio de la acción impugnatoria establecidos en el artículo 140 del Código Civil, se ajusta a dicha doctrina jurisprudencial, del mismo modo que, en rigor, no se ha vulnerado la contenida en las sentencias que la recurrente cita para fundamentar la existencia del interés casacional, en la medida en que se refieren a la impugnación del reconocimiento como acto que sirve para determinar la filiación, y no a la impugnación de esta misma. Y, en fin, tampoco se ha infringido el precepto del Código Civil en cuya infracción sitúa la parte recurrente la denuncia casacional, que debe ser interpretado con arreglo a la doctrina jurisprudencial que se ha expuesto en los precedentes Fundamentos de Derecho.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Puede fijarse la pensión compensatoria sin limitación temporal cuando las circunstancias concurrentes lejos de conducir a una previsión favorable a una fácil reinserción laboral, aplicando la lógica y la razón, son más bien indicadoras de lo contrario: que no va a poder procurarse en poco tiempo un medio de vida que le permita prescindir de la pensión y que no va a lograr por sí desenvolverse autónomamente y superar el desequilibrio.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete

ANÁLISIS DEL CASO

⊕ Doña Celestina interpuso demanda de separación contra don Abelardo solicitando que se dictase sentencia «estimatoria por la que «se decrete la separación judicial en base a las causas 1.ª y 2.ª del artículo 82 del CC, imputables al esposo demandado con determinación expresa de los siguientes

efectos definitivos: 1.º) Que se acuerde la separación de doña Celestina y don Abelardo. 2.º) Que atribuya la guarda y custodia de los hijos menores, Abelardo y Cristina, de 16 y 14 años de edad respectivamente, a doña Celestina, siendo compartida por ambos progenitores la patria potestad. 3.º) Que se atribuya a doña Celestina y a los hijos menores del matrimonio, el uso y disfrute del domicilio conyugal sito en Madrid, c/dirección 000, núm. 000-núm. 001, así como del uso del ajuar familiar que se encuentra en el mismo. 4.º) En cuanto al régimen de comunicación, esta parte no solicita un régimen específico de comunicación y vacaciones, teniendo en cuenta las edades de 16 y 14 años que tienen actualmente los hijos del matrimonio, debiendo respetarse la forma de comunicación y vacaciones que los menores pacten con el padre en cada momento, sin que esta parte plantee oposición a que el Juzgado fije un régimen mínimo si lo estima oportuno. 5.º) Con respecto a la pensión alimenticia, solicitados se fije una pensión alimenticia a favor de los hijos menores por importe de seiscientos mil pesetas, a sufragar por don Abelardo, por mensualidades anticipadas dentro de los cinco primeros días de cada mes, actualizables al 1.º de enero de cada año y conforme al IPC que publique el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya. Asimismo, deberá hacer frente el padre a todos los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida de los menores, tal como viene efectuando hasta este momento. 6.º) En relación con los gastos extraordinarios de los hijos del matrimonio, deberían ser abonados íntegramente por don Abelardo, tal como viene efectuando. 7.º) Que se señale en concepto de pensión compensatoria para la esposa la suma de doscientas cincuenta mil pesetas, que deberá abonar don Abelardo por mensualidades anticipadas dentro de los cinco primeros días de cada mes, actualizables al 1.º de enero de cada año y conforme al IPC que publique el INE u Organismo que lo sustituya. 8.º) Que se ordene inscribir la Sentencia que se dicte, por anotación marginal, en el Acta de Matrimonio y de Nacimiento de los hijos del matrimonio, librando los oportunos oficios al Registro Civil correspondiente. 9.º) Que se condene a don Abelardo al pago de las costas del procedimiento».

☉ Admitida a trámite la demanda, el demandado la contestó oponiéndose a ella, en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado dictase Sentencia «en la que se declare la separación legal de los cónyuges don Abelardo y doña Celestina, con todos los efectos legales inherentes a esta declaración y acordando las siguientes medidas: 1.º) Que la guarda y custodia de los hijos menores de edad, Abelardo y Cristina, se atribuya a doña Celestina. Siendo ejercida la patria potestad por ambos progenitores. 2.º) Que se acuerde el siguiente régimen de visitas de don Abelardo con los hijos, de acuerdo a la edad de los menores, de 14 y 16 años respectivamente, deberá dejarse que sean ellos los que establezcan con su padre dicho régimen de visitas. 3.º) Que se atribuya el uso y disfrute de la vivienda conyugal, sito en Madrid, c/000, núm. 000-núm. 001, a los hijos del matrimonio, Abelardo y Cristina, y al cónyuge en cuya compañía quedan. 4.º) No haber lugar a establecerse cantidad alguna en concepto de pensión compensatoria a favor de doña Celestina. 5.º) Que se establezca a abonar por don Abelardo, como alimentos para los hijos menores de edad, la cantidad de ciento diez mil pesetas mensuales, por cada uno de los hijos (220.000 pesetas mensuales para ambos), cantidad que será revisada y actualizada anualmente conforme a tenor de las oscilaciones que experimente el Índice de Precios al Consumo publicado por el INE u Organismo que lo sustituya en el futuro. También satisfará el 50% de los gastos extraordinarios relacionados con la salud de los hijos, tales como intervenciones quirúrgicas, radiografía, análisis y otros exámenes clínicos, tratamientos prolongados, odontología y ortodoncia, rehabilitaciones y recuperaciones, siendo requisito previo necesario, su conformidad en el concepto y en la identidad del, o de los, facultativos, o la resolución judicial, en caso de discrepancia, salvo que la urgencia del caso no permitiese la petición de tal acuerdo. Dichas cantidades deberán ser satisfechas por mensualidades anticipadas y dentro de los cinco primeros días de cada mes, y actualizadas a tenor de las oscilaciones que experimente el IPC publicado por el INE u Organismo que lo sustituye en el futuro. Que se otorgue el uso del domicilio sito en la calle 000, núm. 002 a don Abelardo».

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 66 de los de Madrid dictó Sentencia el 5 de septiembre de 2002 cuya parte dispositiva es como sigue: «FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora, doña M.^a Lourdes Ammasio Díaz en nombre y representación de doña Celestina contra don Abelardo, debo declarar y declaro la disolución del matrimonio formado por los expresados, acordando la adopción de las siguientes medidas: 1.º) Se atribuye a la madre la guarda y custodia de los hijos, siendo compartida la patria potestad por ambos progenitores. 2.º) Se establece el siguiente régimen de visitas: los menores podrán contactar y relacionarse con su padre siempre que lo deseen debiendo respetarse los horarios de clases y estudios. 3.º) Se atribuye a la madre e hijos el uso y disfrute del domicilio sito en esta ciudad, c/dirección 000, núm. 000, así como el ajuar doméstico que se encuentra en dicha vivienda. 4.º) El padre contribuirá a la manutención de los menores con la cantidad de 841 euros mensuales por cada hijo, con un total de 1.682 euros al mes, que será abonada dentro de los cinco primeros días de cada mes, y revisada en enero de cada año para adaptarla a las variaciones del IPC que publique el INE. Los gastos extraordinarios serán satisfechos al 50% por ambos progenitores. 5.º) El esposo abonará a la esposa en concepto de pensión compensatoria la cantidad de 500 euros mensuales que será entregada dentro de los cinco primeros días de cada mes y revisada en enero de cada año para adaptarla a las variaciones del IPC que publique el INE. Esta medida quedará sin efecto una vez transcurridos dos años desde la presente resolución. 6.º) Se atribuye al esposo el uso y disfrute de la vivienda sita en esta ciudad, calle 000, núm. 002. Sin pronunciamiento en relación a las costas procesales».

⊙ En grado de apelación, la Sec. 24.^a de la AP de Madrid dictó Sentencia el 20 de octubre de 2003 cuyo fallo es del siguiente tenor literal: «FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de doña Concepción contra la sentencia dictada en fecha 5 de septiembre y autos aclaratorios de la misma, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 66 de Madrid, en autos de separación matrimonial núm. 398/01, debemos revocar y revocamos parcialmente la mentada resolución, y en su consecuencia, debemos acordar: La pensión compensatoria reconocida a la esposa en la sentencia de primera instancia no tendrá efecto temporal preestablecido. La atribución al esposo de la administración de la vivienda sita en esta ciudad, calle 000, núm. 002, sin perjuicio de lo que se acuerde o se resuelva al tiempo de la liquidación del régimen económico-matrimonial. Manteniéndose el resto de los pronunciamientos contenidos en la sentencia disidentida; todo ello sin hacer expresa imposición de costas causadas en esta instancia».

⊙ Don Abelardo interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurso de casación objeto de enjuiciamiento se plantea por interés casacional en relación con la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, y versa, como único punto o cuestión controvertida, sobre si cabe establecer con carácter temporal la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil (el cual cita como infringido), temporalidad que fue acogida por el Juzgado, fijando un plazo de dos años a la pensión reconocida a la esposa, y que también defiende la parte recurrente, reprochando a la Sala de apelación que el rechazo a fijarla con carácter temporal se funde únicamente en que la esposa

«carece de trabajo o expectativas próximas y claras de carácter laboral», pues ésta es sólo una circunstancia de las enumeradas en el meritado precepto, habiendo incurrido la Audiencia en el error de no tomar en consideración las restantes, determinantes a su juicio de que la pensión deba fijarse con un plazo de tiempo determinado.

Analizando los antecedentes del pleito se observa que la actora, doña Celestina, solicitó una pensión por desequilibrio de 250.000 pesetas (1.500 euros) mensuales, pretensión a la que se opuso el demandado hoy recurrente, don Abelardo, aludiendo a su improcedencia por inexistencia

de desequilibrio para la esposa, habida cuenta que ésta había venido trabajando para la empresa del marido y que ello le daba derecho a percibir una indemnización por despido –que la propia esposa demandaba en sede laboral– y un subsidio por desempleo durante dos años, que por su edad y capacitación profesional –tenía título de auxiliar de estomatología y odontología– era previsible la rápida integración en el mercado laboral, y que gozaba de un importante patrimonio tras la liquidación de la sociedad de gananciales –un piso valorado en 96 millones de pesetas–. La sentencia dictada en Primera Instancia, parcialmente estimatoria de la demanda, accede a conceder a la esposa una pensión por importe de 500 euros mensuales, pero con una duración máxima de dos años, en atención a las circunstancias concurrentes (fundamento jurídico tercero) como la juventud de la esposa (39 años), su formación y capacitación profesional, y su situación patrimonial. Recurrida dicha sentencia en apelación por la actora, por no estar conforme con los pronunciamientos económicos que en ella se contienen, y en particular, con la cuantía y temporalidad de la pensión compensatoria reconocida, la Sentencia de la Sec. 24.^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de octubre de 2003 que ahora se recurre, estima en parte el recurso de apelación, y, en cuanto al punto relativo a la pensión, revoca la sentencia en el sentido de reconocer a la esposa una pensión compensatoria sin sujeción a límite temporal «al no concurrir las circunstancias para ello, dado que la esposa carece de trabajo o expectativas próximas y claras de carácter laboral, habiendo mantenido sólo una relación mercantil con la empresa familiar durante la convivencia conyugal, según consta acreditado documentalmente».

Se ha de comenzar diciendo que la cuestión de si cabe establecer la pensión compensatoria con carácter temporal, como se pretende, ha sido ya resuelta en sentido afirmativo por esta Sala, siempre con sujeción a las pautas que se establecen, en Sentencias de 10 de febrero y 28 de abril del año 2005, dictadas en interés casacional, habiéndose manifestado también en el mismo sentido positivo el legislador, toda vez que la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha dado una nueva redacción al artículo 97 del CC estableciendo que la compensación podrá consistir en una pensión temporal, o por tiempo indefinido, o en una prestación única.

La doctrina sentada por esta Sala Primera sobre la posibilidad de limitar temporalmente la pensión compensatoria, plasmada en la Sentencia de 10 de febrero de 2005, recurso de casación 1876/2002, luego citada por la de 28 de abril de 2005, se expresa en los siguientes términos: «La problemática objeto de enjuiciamiento es la con-

secuencia de los avatares sufridos por la figura de la pensión compensatoria (desde su introducción en el año 1981) y la incidencia de diversos factores, sobre todo sociales –y singularmente la condición de la mujer en el matrimonio y en el acceso al mundo laboral–, que han dado lugar a un importante cambio de opinión en la doctrina científica y la práctica forense, y una notoria evolución de la jurisprudencia de las Audiencias, que, si bien en un principio se mantuvieron fieles a la opinión claramente dominante de que la pensión debía ser vitalicia, sin embargo, singularmente, a partir de los años 90, comenzaron a mostrarse favorables a la temporalización –unas veces, en circunstancias excepcionales; y otras, con mayor flexibilidad–, hasta el punto de que en la actualidad tal corriente favorable es claramente mayoritaria.

El artículo 97 del CC dispone que «el cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:...». Del precepto se deduce que la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora. Responde a un presupuesto básico: el efectivo desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o el divorcio (no es la nulidad matrimonial), en uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio. Como se afirma en la doctrina, el presupuesto esencial estriba en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. No hay que probar la existencia de necesidad –el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo–, pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre dos patrimonios.

El tema se concreta en la determinación de si la fijación de una pensión compensatoria temporal está o no prohibida por la normativa legal, y si tal posibilidad, según las circunstancias del caso, puede cumplir la función reequilibradora, es decir, puede actuar como mecanismo corrector del desequilibrio económico generado entre los cónyuges como consecuencia inmediata de la separación o divorcio –que constituyó la *conditio iuris* determinante del nacimiento del derecho a la pensión–.

A favor y en contra, especialmente en cuanto a la primera perspectiva, se han multiplicado los argumentos de los respectivos partidarios de las posturas, muchos de ellos generados o asumidos por las resoluciones de las Audiencias Provinciales, que han llevado a cabo un encomiable esfuerzo discursivo.

Y entre la multiplicidad de argumentos cabe indicar: En contra de la temporalización se ha dicho que: el precepto del artículo 97 no la establece; se trata de una omisión voluntaria del legislador, que si la hubiera querido prever la hubiera establecido; es contraria a la *ratio* del precepto; contradice la literalidad de los artículos 99 y 101 del CC; quedarían sin contenido los artículos 100 y 101; supone una condena de futuro sin base legal; significaría adoptar una decisión sin ninguna base cierta; y que la pensión compensatoria «tiene una vocación natural de perpetuidad, y que si la causa originadora de la misma es el desequilibrio económico que la separación o el divorcio produce a un cónyuge en relación a la posición del otro, dicha circunstancia, que se constata al término de la convivencia conyugal, en principio se proyecta estáticamente hacia el futuro, por lo que debe presumirse que subsiste hasta tanto no se acredite un cambio de fortuna en el acreedor, sin que sea posible suponer apriorísticamente que la suerte del beneficiario de la pensión evolucionará necesariamente hacia mejor, y menos que lo haga en un determinado período de tiempo».

Y en favor se sostiene que: el artículo 97 del CC no la recoge expresamente, pero tampoco la excluye; no contradice los artículos 99, 100 y 101 del CC, y en absoluto es contrario a la *ratio* legal; el artículo 97 no tiene por finalidad perpetuar el equilibrio de los cónyuges separados o divorciados, sino que la *ratio* del precepto es restablecer un desequilibrio que puede ser coyuntural, y la pensión compensatoria aporta un marco que puede hacer posible o contribuir a la readaptación; y en sintonía con lo anterior también se destaca que la legítima finalidad de la norma legal no puede ser otra que la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, perfectamente atendible con la pensión temporal. Asimismo se dice que no constituye una renta vitalicia, póliza de seguro vitalicio o garantía vitalicia de sostenimiento, ni puede operar como una cláusula de dureza; que el matrimonio no crea un derecho a percibir una pensión, y que el derecho a la pensión compensatoria tiene carácter relativo, personal y condicionable; que la temporalización puede desempeñar una función instrumental de estimula-

ción o incentivo indiscutible para el perceptor en orden a obtener el reequilibrio a través de la autonomía económica, entendida como posibilidad de desenvolverse autónomamente, y, en concreto, hallar pronto una colocación laboral o profesional (y en sintonía con el planteamiento esbozado se habla de «evitar la pasividad en la mejora de la situación económica, combatir el desentendimiento o inactividad del acreedor en orden a obtener una ocupación remunerada, buscar o aceptar una actividad laboral», y se hace especial hincapié en que «se potencia el afán de reciclaje o reinserción en el mundo laboral» por lo que cumple una finalidad preventiva de la desidia o indolencia del perceptor, y supone un signo de confianza en las posibilidades futuras de reinserción laboral). También se resalta que: no cabe dejar en manos de una de las partes que la situación económica cambie a su antojo o comodidad, o dependa del propósito de perjudicar al otro, con lo que se evitan situaciones abusivas y se previenen conductas fraudulentas, tanto del acreedor como del deudor; evita la incertidumbre o situaciones de excesiva provisionalidad; y se aduce el carácter dispositivo —se trata de materia sujeta a la disposición de las partes en cuanto está basada en un interés privado, y por ello es renunciable, transaccionable y convencionalmente condicionable y limitable en el tiempo, habiendo reconocido el carácter dispositivo las Sentencias del TS de 2 de diciembre de 1987 y 21 de diciembre de 1998 y RDGRyN de 10 de noviembre de 1995; y que la realidad social (artículo 3.1) la admite —se alude a la debilitación de los argumentos sociológicos que se manejaban al tiempo de crearse la figura de la pensión compensatoria y a los cambios sociales y el nuevo sentir social, en relación con la evolución de la sociedad española desde el año 1981 hasta la actualidad, y la diferente perspectiva y situación de la mujer en relación con el matrimonio y el mercado laboral—. Y se alegan las dificultades prácticas en que se encuentran los tribunales en relación con la aplicación del artículo 101; el efecto beneficioso de la disminución de la litigiosidad —con sus diversas perspectivas ventajosas—; necesidad de justicia o equidad, sin afectar a la estabilidad de la norma y a la seguridad jurídica, e incluso la idea de fomentar la autonomía basada en la dignidad de la persona, de acuerdo con el artículo 10 de la CE; además de que —se razona— si cabe la extinción del derecho o su modificación por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro interesado o su sustitución por una renta vitalicia, usufructo o entrega de bienes, ningún obstáculo debe oponerse a la delimitación temporal en función de las circunstancias que concurran; y, finalmente, desde una moderna posición doctrinal se entiende que la pensión com-

pensatoria temporal está implícitamente recogida en el artículo 101 del CC, si por cese de la causa que la motivó se considera «de las circunstancias que provocaron el desequilibrio económico, y es posible la previsión de la “desconexión”».

Desde una perspectiva diferente a la expuesta debe destacarse el criterio favorable a la temporalización del Consejo de Europa (Informe del Comité de expertos sobre el derecho relativo a los esposos. Reunión de Estrasburgo de 20 a 24 de octubre de 1980); el Código de Familia de Cataluña, Ley 9/1998, de 15 de julio –en cuyo artículo 86.1.d) se establece que el derecho a la pensión compensatoria se extingue por el transcurso del plazo por el que se estableció–; y el Proyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio.

La regulación del Código Civil, introducida por la Ley 30/1981, de 7 de julio, regula la pensión compensatoria con características propias –*sui generis*–. Se quiere decir que está notoriamente alejada de la prestación alimenticia –que atiende al concepto de necesidad–, pero ello no supone caer en la órbita puramente indemnizatoria, que podría acaso suponer el vacío de los artículos 100 y 101, ni en la puramente compensatoria que podría conducir a ideas próximas a la *perpetuatio* de un *modus vivendi*, o a un derecho de nivelación de patrimonios. Como consecuencia de ello procede decir, además de que no resulta excluida por el artículo 97 del CC –el que no la recoja no significa que la prohíba–, que la pensión temporal no afecta a la regulación de los artículos 99, 100 y 101 del CC, y nada obsta a que, habiéndose establecido, pueda ocurrir una alteración sustancial de las circunstancias, cuya corrección haya de tener lugar por el procedimiento de modificación de la medida adoptada.

Por consiguiente la normativa legal no configura, con carácter necesario, la pensión como un derecho de duración indefinida –vitalicio–. Por otro lado, el contexto social permite y el sentir social apoya una solución favorable a la pensión temporal, por lo que la misma cuenta con un soporte relevante en una interpretación del artículo 97 del CC adecuada a la realidad social actual, prevista como elemento interpretativo de las normas en el artículo 3.1 del CC, con arreglo al que «se interpretarán según el sentido propio de sus palabras en relación con (...) y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas».

La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado, con carácter general, la importancia del elemento sociológico, sin perjuicio de poner énfasis en que

debe utilizarse con tino y cautela (Sentencias de 31 de marzo de 1978 y 7 de enero y 25 de abril de 1991, entre otras), tanto antes de su regulación expresa en el Código por la modificación legislativa de 31 de mayo de 1974 –Sentencias de 21 de noviembre de 1934 y 24 de enero de 1970–, como con posterioridad –Sentencias de 31 de marzo de 1978 y 28 de enero de 1989–, que se refieren a su integración por aquella serie de factores ideológicos, morales y económicos que revelan y plasman las necesidades y espíritu de las comunidades en cada momento histórico. Significa el conocimiento y la valoración de las relaciones de hecho a que debe aplicarse la norma, teniéndolas en cuenta según la vida real inmersa en la sociedad (Sentencias de 10 de abril de 1995 y 18 de diciembre de 1997). Y lo ha aplicado en numerosas ocasiones, entre las que cabe citar, las Sentencias de 17 de mayo de 1982 y 6 de junio de 1984 –sobre influencia del criterio objetivo o minorismo del culpabilismo originario en relación con el artículo 1902 del CC–; 10 de diciembre de 1984 –el progreso técnico concretado en la evolución en la construcción de edificios en sede de medianería–; 13 de julio de 1994 –in necesidad en determinadas situaciones de la unanimidad *ex* artículo 16 de la LPH–; 18 de diciembre de 1997 –realidad social del mundo laboral–; 13 de marzo de 2003 –evitar supuestos de abuso notorio de derecho–.

Sin embargo, 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.

De lo dicho se deduce que la ley –que de ningún modo cabe tergiversar– no prohíbe la temporalización, se adecua a la realidad social y puede cumplir la función reequilibradora, siempre que se den determinadas circunstancias. *Ergo*, debe admitirse su posibilidad, aunque es preciso hacer referencia a las pautas generales que permiten su aplicación.

Los factores a tomar en cuenta en orden a la posibilidad de establecer una pensión compensatoria son numerosos, y de imposible enumeración. Entre los más destacados, y, sin ánimo exhaustivo, cabe citar: la edad, duración efectiva de la convivencia conyugal, dedicación al hogar y a los hijos; cuantos de estos precisan atención futura; estado de salud, y su recuperabilidad; trabajo que el acreedor desempeñe o pueda desempeñar por su cualificación profesional; circunstancias del

mercado laboral en relación con la profesión del perceptor; facilidad de acceder a un trabajo remunerado –perspectivas reales y efectivas de incorporación al mercado laboral–; posibilidades de reciclaje o volver –reinserción– al anterior trabajo (que se dejó por el matrimonio); preparación y experiencia laboral o profesional; oportunidades que ofrece la sociedad, etc. Es preciso que conste una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión. Se trata de apreciar la posibilidad de desenvolverse autónomamente. Y se requiere que sea posible la previsión *ex ante* de las condiciones o circunstancias que delimitan la temporalidad; una previsión, en definitiva, con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se ha denominado «futurismo o adivinación». El plazo estará en consonancia con la previsión de superación de desequilibrio, para lo que habrá de actuarse con prudencia y ponderación –como en realidad en todas las apreciaciones a realizar–, sin perjuicio de aplicar, cuando sea oportuno por las circunstancias concurrentes, plazos flexibles o generosos, o adoptar las medidas o cautelas que eviten la total desprotección.

En la línea discursiva expresada se manifiesta la más reciente doctrina científica y jurisprudencia de las AAPP y ahora este Tribunal, que se pronuncia por primera vez y sienta como doctrina jurisprudencial la posibilidad de establecer una duración limitada para la pensión compensatoria del artículo 97 del CC, siempre que cumpla la función reequilibradora por concurrir presupuestos conocidos que acrediten una base real para dicha limitación temporal.

De la doctrina expuesta cabe concluir, sin el menor atisbo de duda, que al amparo de la normativa vigente antes de la reforma de 2005 era también posible establecer límites temporales a la pensión compensatoria, toda vez que el silencio legal existente hasta esa fecha no debe interpretarse en el sentido de que hubiera una expresa prohibición al respecto. No obstante, de esa misma doctrina se desprende también que la temporalidad no es imperativa, y que su admisión exige que con ello no se resienta la función reequilibradora, condición que obliga al órgano judicial, a la hora de optar por fijar un límite temporal, a atender a las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas que permiten valorar la «idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico», y que, de modo no exhaustivo, se encuentran recogidas en el artículo 97 del Código Civil, sin que la valoración de las mismas, la consideración acerca de tenerlas o no acreditadas, ni el que se otorgue mayor relevancia a unas sobre

otras pueda ser revisada en casación, toda vez que tal decisión es parte de la función de apreciar la prueba que corresponde en exclusiva al tribunal de instancia y, enlazando con la naturaleza y finalidad de este recurso extraordinario en el régimen de la LEC de 2000, especialmente cuando se funda en la existencia de interés casacional como es el caso, son innumerables los Autos de esta Sala que se expresan en el sentido de que una correcta técnica casacional implica plantear al Tribunal Supremo cuestiones jurídicas de un modo preciso y razonado, sin apartarse de los hechos, en cuanto el recurso de casación, por su función nomofiláctica (función del Tribunal Supremo consistente en depurar las normas legales fijando su correcta interpretación), tiene una clara finalidad de control en la aplicación de la norma –a la que se añade, en el caso del recurso de casación basado en la existencia de «interés casacional», la más predominante, de creación de jurisprudencia–. En suma, cuando, como aquí acontece, la Audiencia no se pronuncia en contra de la posibilidad de fijar un límite temporal, si bien, son las circunstancias fácticas, libremente valoradas por el tribunal, e incólumes en casación, las que determinan que el órgano judicial se decante por rechazar la fijación de un plazo, en ninguna contravención de la doctrina de esta Sala incurre, ni, por ende, concurre el alegado e imprescindible interés casacional, pues es obvio que la propia doctrina se refiere a la necesidad de apoyar la decisión a favor de la temporalidad en circunstancias que lleven al juzgador a la convicción de que la función reequilibradora de la pensión se agota con la expiración del plazo –de manera que el mantenimiento de la pensión más allá de ese límite se hace innecesario al no responder a la función reequilibradora que es su razón de ser–, lo que significa que ha de tenerse como conforme a la referida doctrina la decisión de fijarla sin límite temporal cuando las circunstancias concurrentes y que han sido acreditadas, –es decir, la situación fáctica en que se apoya la *ratio decidendi*– lejos de conducir a una previsión favorable a una fácil reinserción laboral, aplicando la lógica y la razón tales circunstancias son más bien indicadoras de lo contrario: que no va a poder procurarse en poco tiempo un medio de vida que le permita prescindir de la pensión, y que no va a lograr por sí desenvolverse autónomamente y superar el desequilibrio. En consecuencia, el recurso debe ser desestimado.

Aunque en las capitulaciones matrimoniales pactaron que cada cónyuge asumiría sus gastos sin posibilidad de repercusión al otro, no se considera que dicho pacto implicase una renuncia a solicitar pensión compensatoria.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Es intrascendente para establecer una pensión compensatoria a favor de la esposa que ésta se adjudicase en la liquidación de la sociedad de gananciales bienes por valor de más de un millón de euros.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 2009

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Benedicto interpuso contra doña Yolanda demanda de separación matrimonial, siendo también parte el Ministerio Fiscal, en la que solicitó que se dictase sentencia «por la que, con estimación total de la demanda, se decrete la separación legal de los cónyuges y se adopten, como efectos de la separación, las siguientes medidas complementarias y definitivas: 1.ª) Conceder al padre la guarda y custodia del hijo menor de edad, Estefanía, de 16 años de edad, con patria potestad compartida por ambos progenitores. 2.ª) Dada la edad del hijo, él mismo establecerá libremente, de acuerdo con su madre, el régimen de visitas, comunicación y estancias que ambos deseen mantener. 3.ª) La Sra. Yolanda contribuirá a los alimentos del hijo menor de edad con la cantidad que solicite el Ministerio Fiscal en tal concepto o la que fije el Juzgado según su criterio; pagadera y actualizable en la forma legal. 4.ª) No ha lugar a fijar pensión compensatoria a favor de ninguno de los cónyuges, ni a adoptar ninguna otra medida de orden económico o patrimonial. Con los demás pronunciamientos legales inherentes, y acordando la inscripción de la Sentencia que se dicte en el Registro Civil de Madrid, donde constan las inscripciones de matrimonio de los litigantes y nacimiento del hijo menor de edad».
- ⊙ Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, el demandante presentó escrito ante el Juzgado solicitando la acumulación de autos entre los presentes, como más antiguos, y los que, a instancia de doña Yolanda se siguen ante el Juzgado de igual clase núm. 6 de Alcobendas sobre separación, presentados ante el Juzgado Decano en fecha 2 de noviembre de 2000. Por auto del Juzgado de fecha 8 de enero de 2001 se acuerda la acumulación.
- ⊙ La demanda de separación conyugal formulada ante el Juzgado núm. 6 de Alcobendas por doña Yolanda, arreglada a las prescripciones legales, en fecha 2 de noviembre de 2000, solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, se dictara sentencia «por la que, concediéndose a la esposa actora la separación conyugal de su consorte por la causa 5.ª del artículo 82 del CC, se acuerden los siguientes efectos: 1.º) Conceder a la esposa la guarda y custodia del hijo menor del matrimonio, siendo compartida por ambos progenitores la patria potestad sobre el mismo. 2.º) Fijar en 500.000 pesetas la contribución del esposo, en concepto de alimentos para el hijo, suma que se abonará por meses anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes y en doce mensualidades, devengándose desde la fecha de interposición de la presente demanda, estableciéndose el sistema de revisión anual, de acuerdo con las variaciones que experimente el IPC, según las bases publicadas por el INE u organismo que lo sustituya. Asimismo, los gastos extraordinarios que genere el menor correrán de la sola cuenta del padre. 3.º) Fijar, en concepto de pensión compensatoria a favor de la esposa, la suma de 1.500.000 pesetas mensuales, suma que se abonará por meses anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes, estableciéndose el sistema de revisión anual, de acuerdo con las variaciones que experimente el IPC, según las bases publicadas por el INE u organismo que lo sustituya».

- ⊙ El demandado contestó la demanda en base a los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación al caso y terminó suplicando se dictase sentencia «por la que se decrete la separación de los litigantes, adoptando con efectos de la separación los interesados por su parte en su propia demanda inicial de estas actuaciones, y declarando no haber lugar a los efectos que solicita la esposa en su propia demanda. Imponiéndole las costas del juicio».
- ⊙ A su vez, la demandada contestó la demanda, en base a los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación al caso, para terminar suplicando al Juzgado dictase sentencia «por la que, concediéndose la separación a la esposa, se acuerden las medidas que tenemos interesadas en el suplico de nuestro escrito de demanda de separación, de 30 de octubre del pasado año 2000, acumulada a las presentes actuaciones».
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Madrid dictó Sentencia el 4 de febrero de 2002 cuya parte dispositiva es como sigue: «FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales, doña Concepción Tejada Marcelino, en nombre y representación de don Benedicto contra doña Yolanda, representada por el Procurador de los Tribunales, don Carlos de Zulueta Cebrián, y estimando parcialmente la demanda interpuesta por doña Yolanda frente a don Benedicto, debo declarar y declaro la separación matrimonial de los expresados, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración y en especial los siguientes: 1) La separación de los litigantes, que a partir de este momento podrán fijar libremente sus domicilios. 2) La revocación de todos los poderes y consentimientos que se hayan otorgado los cónyuges entre sí. 3) La atribución de la guarda y custodia del hijo menor habido en el matrimonio a don Benedicto, pero ejerciendo conjuntamente ambos padres la patria potestad sobre aquél. 4) Como régimen de visitas para doña Yolanda se establece que podrá estar en la compañía de su hijo menor de edad en la forma que concierte con el mismo, habida cuenta su edad y grado de independencia, sin sometimiento a pauta alguna. 5) Don Benedicto deberá sufragar todos los gastos del menor, a excepción de los gastos que genere la permanencia de su hijo con la madre, siendo de cargo del padre el resto de gastos de su hijo (escolares, vestido, ocio...). 6) En concepto de pensión compensatoria, don Benedicto abonará a doña Yolanda la cantidad de 2.100 euros, que serán pagadas dentro de los cinco primeros días de cada mes y en doce mensualidades al año. Esta pensión se devengará desde la fecha de esta resolución. Dicha pensión será actualizada a partir del 1.º de enero de cada año una vez se publique el índice de precios al consumo por el INE. Todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas. Comuníquese esta sentencia, una vez firme, al Registro Civil en que conste inscrito el matrimonio solicitante, expidiéndose a tal fin el oportuno despacho para la anotación marginal de la misma».
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 22.^a de la AP de Madrid dictó sentencia el 10 de diciembre de 2002 desestimando el recurso formulado por don Benedicto.
- ⊙ Don Benedicto interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurso de casación se plantea por interés casacional en la modalidad de oposición a jurisprudencia de la Sala Primera, y versa, como único punto o cuestión controvertida, sobre la procedencia del reconocimiento del derecho a pensión compensatoria contemplado en el artículo 97 del Código Civil.

La sentencia de primera instancia, estimando parcialmente ambas demandas, resuelve en cuanto a este aspecto concreto conceder a la esposa una pensión de 2.100 euros mensuales actualizables anualmente conforme al IPC y sin fijar límites temporales, valorando el órgano judicial, en orden a dilucidar sobre su procedencia, cuantía y dura-

ción, circunstancias fácticas tales como la edad de la esposa (48 años entonces); la duración del matrimonio de los litigantes (29 años); la completa dedicación de la esposa durante el matrimonio al cuidado de la familia, sin prueba de trabajos fuera del hogar; la juventud de la esposa al contraer matrimonio, determinante de una formación y experiencia profesional insuficiente para acceder con facilidad al mercado laboral; y finalmente la diferencia de ingresos económicos de los esposos —claramente superiores en el caso del marido—, pues al pactarse en capitulaciones el régimen de separación y la disolución y liquidación de la sociedad legal de gananciales la esposa recibió en pago de su mitad bienes improductivos, mientras que al marido le fueron adjudicadas la totalidad de las participaciones que la sociedad de gananciales tenía en la mercantil «Chapi 27, SL», que a su vez era propietaria de una parte de «Alcalá Farma, SL» y tres laboratorios más, empresas que eran la fuente de ingresos de la familia y de donde el esposo, sin perjuicio de eventuales plusvalías, obtenía unos ingresos anuales de más de 22 millones de pesetas. Interpuesto recurso de apelación por el Sr. Benedicto con el único objeto de impugnar el pronunciamiento referido a la pensión compensatoria, y defendiéndose nuevamente por el apelante su improcedencia en atención a la ausencia de desequilibrio patrimonial de los esposos al tiempo en que se produjo el cese de la convivencia, una vez que con carácter previo se había liquidado el régimen ganancial, la Sentencia de la Sec. 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de diciembre de 2002 que ahora se recurre, rechaza el recurso y confirma íntegramente la resolución apelada, justificando la procedencia de la pensión por desequilibrio aun habiendo precedido a la ruptura conyugal la modificación del régimen económico (adoptándose el de separación de bienes) y la disolución y liquidación de la sociedad legal de gananciales, y ello (FJ 2, último párrafo) «por la diferente naturaleza, carácter y condición de la pensión compensatoria, la cual encierra unos elementos y características distintas de las que implica la consecuencia y el resultado inherente a la liquidación patrimonial de la sociedad matrimonial».

Antes de entrar a analizar los motivos de casación, el Tribunal Supremo nos recuerda la doctrina sentada por la Sala Primera en relación con la pensión compensatoria plasmada, entre otras, en Sentencia de 10 de febrero de 2005, recurso de casación 1876/2002, luego citada por la de 28 de abril de 2005:

a) Que del tenor del artículo 97 del Código Civil («el cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeo-

ramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias: ...)» «se deduce que la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora. Responde a un presupuesto básico: el efectivo desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o el divorcio (no es la nulidad matrimonial), en uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio. Como se afirma en la doctrina, el presupuesto esencial estriba en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. No hay que probar la existencia de necesidad —el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo—, pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre dos patrimonios».

b) Que «La regulación del Código Civil, introducida por la Ley 30/1981, de 7 de julio, regula la pensión compensatoria con características propias —*sui generis*—. Se quiere decir que está notoriamente alejada de la prestación alimenticia —que atiende al concepto de necesidad—, pero ello no supone caer en la órbita puramente indemnizatoria, que podría acaso suponer el vacío de los artículos 100 y 101, ni en la puramente compensatoria que podría conducir a ideas próximas a la *perpetuatio* de un *modus vivendi*, o a un derecho de nivelación de patrimonios».

c) Y finalmente, en cuanto a los factores a tener en cuenta en orden a la posibilidad de establecer una pensión compensatoria, que tales factores son numerosos, y de imposible enumeración, destacándose en el propio precepto y sin ánimo de ser exhaustivo, los siguientes: «la edad, duración efectiva de la convivencia conyugal, dedicación al hogar y a los hijos; cuántos de éstos precisan atención futura; estado de salud, y su recuperabilidad; trabajo que el acreedor desempeñe o pueda desempeñar por su cualificación profesional; circunstancias del mercado laboral en relación con la profesión del receptor; facilidad de acceder a un trabajo remunerado —perspectivas reales y efectivas de incorporación al mercado laboral—; posibilidades de reciclaje o volver —reinserción— al anterior trabajo (que se dejó por el matrimonio); preparación y experiencia laboral o profesional; oportunidades que ofrece la sociedad, etcétera».

La pensión compensatoria es pues, una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o ex cónyuges, —que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma—, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio. Su naturaleza compensatoria del desequilibrio la aparta de la finalidad puramente indemnizatoria (entre otras razones, porque el artículo 97 del Código Civil no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de su fijación), y del carácter estrictamente alimenticio que tendría si la prestación viniera determinada por la situación de necesidad en que se encontrara el cónyuge receptor, lo que hace que esta Sala haya admitido la compatibilidad de la pensión alimenticia y de la compensatoria (Sentencia de 2 de diciembre de 1987: «... todo ello con independencia de la facultad de pedir alimentos si se cumplen los requisitos legales como derecho concurrente (artículos 142 y siguientes del CC)». Se trata además de un derecho subjetivo sujeto a los principios generales de la justicia rogada y del principio dispositivo formal puesto que, según afirma la propia Sentencia de 2 de diciembre de 1987 «la ley no autoriza al juez a que señale tal pensión de oficio y, en cambio, las partes pueden incluirla en el convenio regulador o pedirla en el procedimiento, demostrando la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el artículo 97 del Código Civil (desequilibrio en relación con la posición del otro, empeoramiento respecto a su situación anterior en el matrimonio)», razón por la que, sigue diciendo, «es claro que no nos encontramos ante norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer», con la consecuencia de que la renuncia a la pensión hecha por ambos cónyuges de común acuerdo en convenio regulador o la ausencia de petición expresa por la parte interesada en su demanda de separación o divorcio, impiden su estimación por el Tribunal.

Dos son los motivos del recurso en los que don Benedicto basa su petición de que no se fije pensión compensatoria a favor de su ex esposa:

1. Transgresión de la doctrina de los actos propios, al haberse actuado en la escritura de capitulaciones matrimoniales la independencia económica de los cónyuges.

Aduce el recurrente que la Audiencia ha resuelto la cuestión objeto de debate reconociendo a la esposa el derecho a pensión compensatoria transgrediendo así, por inaplicación, tanto la doctrina de los actos propios como la formulada por esta Sala en torno a los artículos 1091 y 1258 del Código Civil, incurriendo también en interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 97 del mismo cuerpo legal y de la doctrina sobre los presupuestos que han de concurrir para la concesión de la pensión por desequilibrio. En particular, y por lo que se refiere a la infracción de la doctrina de los actos propios, expone el recurrente que, siendo éstos expresión del consentimiento y vinculantes para su autor por causar estado y definir unilateralmente la situación jurídica del mismo, como tal acto propio de la esposa, vinculante para la misma a la hora de impedirle reclamar pensión por desequilibrio, debe entenderse el Pacto IV de las Capitulaciones de 24 de marzo de 1998, toda vez que en dichas capitulaciones los cónyuges, además de modificar el régimen económico-matrimonial adoptando el de separación de bienes, acordaron en el Pacto IV que «los gastos de cada uno de los cónyuges, de cualquier tipo y en cualquier circunstancia, serán a cargo exclusivo del que los produjere, sin posibilidad de repercusión alguna frente al otro y sus bienes», dejando así patente la voluntad de ambos esposos de desvincularse totalmente del otro a nivel económico, lo que, en suma, suponía una renuncia de la esposa, y un impedimento a la hora de reclamar la pensión que, pese a ello, le ha sido reconocida. En torno a la segunda infracción, por inaplicación de los artículos 1091 y 1258 del Código Civil, se argumenta que el citado Pacto IV de las Capitulaciones, por tratarse de una estipulación de carácter contractual, genera obligaciones que tienen fuerza de ley entre las partes (artículo 1091 del CC; *pacta sunt servanda*), añadiéndose que dichas obligaciones contractuales comprenden además (artículo 1258 del Código Civil) las consecuencias derivadas de la buena fe, del uso y de la ley, habiendo incurrido la demandada en mala fe desde el momento en que actuó contra sus propios actos al reclamar pensión pese a admitir su independencia económica.

El motivo es rechazado por el Tribunal Supremo. El recurrente, partiendo del carácter de derecho dispositivo que tiene la pensión, considera que la esposa renunció a la misma, entendiéndolo que esa voluntad resultaría del tenor del Pacto IV contenido en Capitulaciones, y de los propios actos de la demandada, es reiterada la doctrina de esta Sala que proclama que «la calificación de los contratos, así como la interpretación de los mismos, es función propia de los juzgadores de la instancia, cuyo resultado ha de ser mantenido invariable en casación, a

no ser que el mismo sea ilógico, absurdo o contrario a la ley» por conculcar las normas de la hermenéutica contractual (Sentencias, entre otras muchas, de 29 de noviembre y 23 de enero de 2007). En aplicación de esta doctrina, la tesis expuesta ha de ser rechazada pues no es posible sustituir en casación la interpretación de instancia por la interpretación alternativa que se ofrece, sin concretar la norma hermenéutica contractual vulnerada, y cuando además aquélla no resulta ilógica o arbitraria, ya que, no constando contradicción entre la voluntad de las partes y las palabras empleadas para expresarla, de los términos empleados a lo largo de las capitulaciones, y en especial, en la redacción del Pacto IV, se desprende con absoluta claridad que la voluntad de los esposos de correr con sus gastos «de cualquier tipo y en cualquier circunstancia», era tan sólo una de las consecuencias del régimen de separación por el que habían optado en sustitución del legal de ganancias que hasta entonces regía la economía del matrimonio, faltando razones para entender que además existía en los cónyuges el ánimo de renunciar a la pensión por desequilibrio del artículo 97 del Código Civil, y con menor motivo si se tiene en cuenta que en ese instante tal pensión era una mera expectativa de un derecho futuro, el cual estaba pendiente para su devengo de que se diera la ruptura conyugal (la cual no se produciría sino más de un año después de la fecha de otorgamiento de las capitulaciones). En línea con lo expuesto, la invocación hecha por el recurrente de la doctrina en torno a los artículos 1091 y 1258 del Código Civil resulta ajena a la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, y por ende, casacionalmente irrelevante, ya que en modo alguno la Audiencia pone en duda la fuerza vinculante de lo pactado; cosa distinta es que el negocio capitular suscrito por los cónyuges en el caso de autos no comprendiera en su objeto lo relativo a la disposición del derecho a la pensión compensatoria que se pudiera reconocer a cualquiera de ellos en caso de separación o divorcio. Y en cuanto a la doctrina sobre los propios actos, que igualmente se dice vulnerada, su invocación resulta también inocua en este caso, pues siendo cierto que los cónyuges pactaron un régimen de separación de bienes y disolvieron y liquidaron la sociedad de gananciales, de sus actos, y en particular de los actos de la esposa, no cabe extraer la conclusión de que la asumida independencia económica alcanzaba hasta el punto de renunciar a la pensión que por desequilibrio pudiera corresponder a cualquiera de ellos ante una eventual ruptura conyugal, debiéndose tener en cuenta además que, como se dijo, en el momento de pactarse el nuevo régimen económico la pareja seguía conviviendo y lo siguió haciendo hasta el verano del año siguiente, momento en que se sitúa la ruptura determinante del nacimiento del

derecho, por lo que es de todo punto imposible que los actos previos a ese momento puedan considerarse actos de renuncia a la pensión, que vinculen a la recurrida, dado que fueron realizados sin tener consciencia de ese ulterior y eventual derecho. En este sentido, la Sentencia de esta Sala de 5 de julio de 2007 señala que «el principio general de Derecho que veda ir contra los propios actos, como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, cuyo apoyo legal se encuentra en el artículo 7.1 del CC que acoge la exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico, y con base en el que se impone un deber de coherencia en el tráfico, sin que sea dable defraudar la confianza que fundamentalmente se crea en los demás, precisa para su aplicación la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca, del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción, en el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior, y esta doctrina no es de aplicación cuando la significación de los precedentes fácticos que se invocan tiene carácter ambiguo o inconcreto (SSTS de 23 de julio de 1997, 9 de julio de 1999, etcétera) o carecen de la trascendencia que se pretende para producir el cambio jurídico».

2. Interpretación errónea del artículo 97 del CC al haber quedado igualados los patrimonios de los cónyuges tras la liquidación de la sociedad de gananciales.

Para fundamentar la pretendida interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 97 del Código Civil y la doctrina de esta Sala contenida en las Sentencias que cita, se alega que la pensión compensatoria no está concebida para compensar una posible lesión derivada de la liquidación del régimen económico-matrimonial, de modo que como la liquidación de la sociedad de gananciales supuso una «equiparación cuantitativa de los cónyuges», no puede hablarse de desequilibrio que justifique la concesión de pensión compensatoria a favor de la esposa y a cargo del marido.

Este segundo motivo también es rechazado por el Tribunal Supremo. Alude el recurrente a la supuesta interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 97 del Código Civil, infracción que se dice cometida por la Audiencia por haber accedido a conceder pensión de 2.100 euros mensuales a la esposa a pesar de que ésta resultó adjudicataria, en pago de su parte en la liquidación de la sociedad de gananciales, de importantes bienes inmuebles con un valor de más de 180 millones de

pesetas, montante igual al recibido por el marido y que, en su opinión, impide apreciar desequilibrio. Con este planteamiento es notorio que el recurrente se aparta de la auténtica naturaleza de la pensión compensatoria, que, tal como la configura nuestro ordenamiento, e interpreta la doctrina analizada, no es una pensión alimenticia a favor del cónyuge más necesitado, sino un derecho cuya razón de ser se halla únicamente en la existencia de desequilibrio vinculado a la ruptura conyugal, por lo cual, lo esencial para que pueda accederse a su reconocimiento es que el cónyuge solicitante demuestre que la ruptura le ha supuesto un empeoramiento en su situación económica con relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge, siendo por ello irrelevante la ausencia de necesidad, es decir, que el cónyuge más desfavorecido tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo. La Audiencia se ajusta en su decisión plenamente a la doctrina sobre la pensión compensatoria y a los presupuestos legales que han de concurrir para su concesión. Así, la situación de desequilibrio ha sido acreditada acertadamente en ambas instancias en atención a las circunstancias a las que, de modo no exhaustivo, alude el artículo 97 del Código Civil, particularmente la duración del matrimonio (29 años), la dedicación constante de la esposa durante todo ese tiempo al cuidado de la familia, coadyuvando al éxito de su esposo, la edad de la esposa (48 años) y su falta de formación y experiencia profesional, determinante de graves dificultades para acceder al mercado laboral. Del mismo modo, ese desequilibrio conlleva además un empeoramiento de la situación de la esposa respecto de la que tenía durante el matrimonio, porque es evidente que mientras el esposo ha sido el único

que ha trabajado constante matrimonio y sigue al frente del que fue el negocio familiar, la esposa, al verse privada de su formación y experiencia laboral por el cuidado de la familia, coadyuvando al éxito profesional del esposo, se encuentra en desventaja respecto del mismo a la hora obtener un empleo que le permita mantener el patrimonio que le fue adjudicado con la liquidación o incluso incrementarlo con los rendimientos de su trabajo, lo que por el contrario sí que puede hacer el recurrente, al constar unos ingresos de unos 22 millones de pesetas anuales sólo por ese concepto. A la hora de apreciar los presupuestos de la pensión, no resulta en modo alguno relevante que sólo en el último año la economía conyugal se rigiera por el régimen de separación de bienes pues ni la adopción de este régimen resulta incompatible con el derecho a pensión, ni la disolución y liquidación del régimen legal de gananciales que venía rigiendo es incompatible con la generación del desequilibrio, en tanto siguió subsistiendo el matrimonio y la convivencia, y la esposa no recibió más que la mitad de lo que legalmente le correspondía, pero no la compensación por el desequilibrio que le produjo la ruptura y que, más allá de que le correspondieran bienes en igual valor que los de su marido, viene determinado por el hecho de haber dedicado 29 años de su vida a la familia y a subvenir con su dedicación a los éxitos económicos y empresariales de su esposo, y por el hecho de que, al separarse, su falta de experiencia y formación profesional, junto a su edad, la sitúan en desventaja frente al marido, al no tener la esposa otro patrimonio que el recibido, pero con dificultad de administrarlo adecuadamente o de incrementarlo con su trabajo, como ha quedado dicho.

VIVIENDA FAMILIAR

La cesión de la vivienda que hizo la madre del esposo en consideración al matrimonio de su hijo y con objeto de que él y su esposa establecieran en ella el hogar conyugal y familiar donde iban a residir junto con los hijos habidos en el matrimonio, al que de esa forma se ayudaba económicamente, no permite por sí sola reconocer a la demandada un título capaz de enervar la acción de desahucio.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete

ANÁLISIS DEL CASO

⊕ Doña Celestina, propietaria de la vivienda sita en Castellón de La Plana, cedió gratuitamente dicha vivienda a su hijo y a la esposa de éste para que constituyeran en ella el hogar conyugal y

familiar y para ayudar de esa forma al matrimonio. Éstos ocuparon la vivienda hasta que sobrevino la crisis matrimonial, a consecuencia de la cual le fue atribuida a la esposa y a las hijas de ambos su uso y disfrute por resolución recaída en el procedimiento de separación.

- ⊙ Doña Celestina interpuso juicio verbal de desahucio por precario contra doña Esperanza por sí y como madre de las menores, sus hijas, Lucía y Luz, solicitando que se dictase sentencia declarando el desahucio de la demandada doña Esperanza e hijas, de la vivienda objeto de autos, sita en la c/ dirección 000, núm. 000, núm. 001-núm. 002 de Castellón, propiedad de la demandante doña Celestina, recuperando ésta su posesión, con el correspondiente lanzamiento a su costa si no lo hicieren voluntariamente, a todo lo cual serán condenadas con expresa imposición de costas y gastos a referidas demandadas.
- ⊙ Admitida a trámite la demanda, la demandada compareció ante el Juzgado y en fecha 13 de noviembre de 2001 se celebró la Vista señalada en la cual la parte recurrente se ratifica en su escrito de demanda solicitando el recibimiento a prueba y la parte demandada se opone a los hechos de la demanda solicitando asimismo el recibimiento a prueba.
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de los de Castellón dictó Sentencia con fecha 19 de noviembre de 2001 desestimando la demanda.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Castellón dictó Sentencia el 20 de octubre de 2003 desestimando el recurso interpuesto por doña Celestina.
- ⊙ A doña Celestina interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien estimó la acción de desahucio por precario.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La Audiencia Provincial resuelve la cuestión controvertida a partir de dos premisas: la primera consiste en que no es posible dar una solución apriorística y general para todos los casos, pues es preciso indagar las circunstancias en que se produjo la cesión del inmueble y, consiguientemente, la voluntad de las partes en orden a configurar una y otra situación –la de comodato o la de precario–, por lo que resulta imprescindible el análisis cuidadoso y prudente de la causa o motivo de la atribución, en la medida en que de ella cabrá derivar si lo fue en atención a una especial circunstancia que delimite temporalmente el uso, y, consiguientemente, si se asignó a título de comodato –en cuyo caso deberá ser respetado–, o si por el contrario la atribución lo fue sin determinación temporal, en cuyo caso, ya se trate de un comodato o de un precario, el propietario podrá recuperar a su voluntad la vivienda; y la segunda premisa consiste en que, cualquiera que sea la calificación que se otorgue a la relación que vincula a los propietarios con los cónyuges que usan la vivienda, la posterior atribución de dicho uso a uno de ellos por resolución recaída en procedimiento matrimonial no puede modificar la naturaleza del título por el que es ocupada. Sobre la base

de tales premisas, considera el tribunal de instancia que la situación jurídica en la que se hallaban las demandadas era la correspondiente a un contrato de comodato, que fue concertado con la actora en consideración al matrimonio de su hijo con la code demandada para que establecieran en ella la vivienda familiar, y para ayudar de esa forma al matrimonio. Entiende, por tanto, el tribunal sentenciador que en el préstamo de autos quedaba evidenciado el uso al que se pretendía fuese destinada la vivienda, que era servir como vivienda conyugal, y que se hallaba circunscrito por la necesidad familiar, por lo que no puede considerarse que la cesión del inmueble lo fue en precario, sino como comodato, que no se ve afectado por el pronunciamiento contenido en la sentencia recaída en el procedimiento matrimonial.

La actora ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial por la vía del ordinal tercero del apartado segundo del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. Fundamenta la recurrente el interés casacional alegado en la oposición de la resolución impugnada a la jurisprudencia de esta Sala, concretamente

te la contenida en las Sentencias de 25 de mayo de 1989, 21 de mayo de 1990 y 31 de diciembre de 1994, conforme a la cual la ocupación de la vivienda sin derecho ni título alguno constituye un precario, y las resoluciones judiciales que atribuyen el uso y disfrute del domicilio familiar no afectan a dicha situación, por cuanto no generan un derecho antes inexistente ni confieren una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporciona a la familia. De igual modo, se alega la presencia del interés casacional por la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en relación con la cuestión objeto de debate. Como normas aplicables infringidas, se citan los artículos 1740, 1741, 1744, 1749 y 1750 del Código Civil.

El recurso de casación que se examina suscita el problema, por lo demás bastante frecuente, y sobre el que esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse al resolver otros recursos de casación análogos, consistente en la procedencia de la reclamación por su propietario de la vivienda que ha cedido sin título concreto y de forma gratuita a un hijo, para su uso como hogar conyugal o familiar, cuando posteriormente el vínculo conyugal se rompe y el uso y disfrute de la vivienda se atribuye por resolución judicial a uno de los cónyuges.

Tal y como se indicaba en las sentencias que resolvieron aquellos anteriores recursos, la controversia se contrae, ante todo, a la concreción del título que legitima al hijo o hija para poseer el inmueble, y se complica con la determinación de la eficacia de la resolución judicial que confiere, una vez roto el vínculo conyugal, el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como domicilio familiar, a uno de los cónyuges, que opone dicho derecho frente al demandante del desahucio por precario.

Para resolver esta cuestión se ha de tener a la vista la Sentencia de esta Sala de fecha 2 de octubre de 2008 (recurso de casación número 1745/2003), en la que se fija la doctrina jurisprudencial con arreglo a la cual ha de decidirse la controversia. El análisis del caso particular, conforme a la misma, se ha de realizar a partir de las siguientes consideraciones, que operan como reglas de aplicación, y que resultan de la fundamentación jurídica de la citada sentencia: a) Cuando se aprecie la existencia de un contrato entre el titular cedente de la vivienda y los cesionarios, y, en particular, de un comodato, se han de aplicar los efectos propios de ese contrato; pero en el caso de que no exista, la situación de los cesionarios en el uso del inmueble es la propia de un precarista. b) En concreto, en los casos en que la vivienda se ha cedido a título gratuito y sin limitación temporal alguna, para determinar si la relación jurídica es la correspondiente a un contrato de comodato, se ha de comprobar si fue cedida para

un uso concreto y determinado, que, ciertamente, puede consistir en la utilización por el cónyuge y la familia del hijo del concedente como hogar conyugal o familiar, si bien con la precisión de que dicho uso ha de ser siempre y en todo caso específico, y no simplemente el genérico y propio de la cosa según su destino, y de que la relación jurídica ha de constar de forma clara, con independencia de que pueda deducirse o resulte implícitamente de los actos de las partes. c) Cuando cesa el uso, lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal, y el concedente no reclama la devolución del inmueble, la situación del usuario es la de un precarista. d) El derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, atribuido por resolución judicial a uno de los cónyuges, es oponible en el seno de las relaciones entre ellos, mas no puede afectar a terceros ajenos al matrimonio cuya convivencia se ha roto o cuyo vínculo se ha disuelto, que no son parte —porque no pueden serlo— en el procedimiento matrimonial, pues no genera por sí mismo un derecho antes inexistente, ni permite reconocer a quienes ocupan la vivienda en precario una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, ya que ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda.

En el caso que se examina, la sentencia recurrida consideró, en esencia, que la relación jurídica que vinculaba a la demandante, titular dominical de la vivienda, y la demandada, era la propia del comodato. Dicha calificación se basaba en el hecho de que la cesión de la vivienda por su dueña se hizo en consideración al matrimonio de su hijo y con objeto de que él y su esposa establecieran en ella el hogar conyugal y familiar donde iban a residir junto con los hijos habidos en el matrimonio, al que de esa forma se ayudaba económicamente. Ahora bien, semejante circunstancia, que, desde luego, no ha de ser objeto de discusión, no permite por sí sola reconocer a la demandada un título capaz de enervar la acción de desahucio ejercitada en la demanda, pues con independencia de que en ella pueda identificarse el uso concreto y determinado que sirve para calificar la relación jurídica como un préstamo de uso, delimitado precisamente por la asignación del destino de servir de morada familiar y de subvenir de ese modo las necesidades familiares, ha de convenirse, en línea con el criterio jurisprudencial expuesto, que este elemento caracterizador ha desaparecido al romperse la convivencia conyugal, encontrándose quien posee el inmueble desde entonces en la situación de precarista, que es la que, en cualquier caso, se da cuando, por cesar la

convivencia conyugal, desaparece el uso concreto y determinado al que eventualmente pudiera considerarse que fue destinada la vivienda cedida. Y esta situación no se ve afectada por la atribución judicial a la esposa demandada del derecho de uso y disfrute de la vivienda en su condición de vivienda familiar, pues, tal y como se ha indicado, semejante declaración jurisdiccional no conforma un derecho nuevo, ni confiere mayor vigor jurídico que el correspondiente al precario, que pueda oponerse eficazmente frente a un tercero en la relación y en el proceso matrimonial que pretende, contando con título jurídico bastante para ello, la recuperación posesoria del inmueble.

La consecuencia de todo lo anterior es que ha de estimarse el recurso de casación examinado,

reiterando los criterios jurisprudenciales fijados en la Sentencia de 2 de octubre de 2008 (recurso de casación número 1745/2003), con los que, por ende, se pone fin a la contradicción existente entre la doctrina de las Audiencias Provinciales a la hora de abordar el examen de la cuestión que es también aquí objeto de debate. Se debe, por lo tanto, casar y anular la sentencia recurrida, revocando al mismo tiempo la sentencia de primera instancia para, ya en funciones de instancia, y por el efecto positivo de jurisdicción, declarar haber lugar al desahucio de las demandadas, doña Esperanza e hijas, de la vivienda objeto de autos, sita en Castellón, propiedad de la demandante doña Celestina, recuperando ésta su posesión, con el correspondiente lanzamiento a su costa, si no lo hicieron voluntariamente.

VIVIENDA FAMILIAR

Se mantiene el uso de la vivienda acordado a favor de la ex esposa e hijos a pesar de la procedencia de su división, siendo doctrina jurisprudencial que la persona a quien dicho uso se atribuyó en la sentencia de separación o divorcio tiene un título que puede oponer a los terceros adquirentes mientras subsista la situación que dio lugar a su atribución. El ejercicio de la facultad de pedir la división no constituye un acto de disposición que requiera el consentimiento del otro cónyuge copropietario.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 2008

Ponente: Excm. Sra. doña Encarnación Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Juan Carlos y doña Magdalena se habían separado en 1998. Ambos eran propietarios de una vivienda sita en Valladolid, con los trasteros y una plaza de garaje. El uso y disfrute de la vivienda en cuestión fue atribuido a doña Magdalena, en virtud de los pactos del convenio homologado en la sentencia, a quien se había atribuido la guarda y custodia de los hijos.
- ⊙ Don Juan Carlos interpuso demanda de menor cuantía contra doña Magdalena solicitando que «se dicte sentencia declarando la procedencia de la venta en pública subasta del bien descrito en el hecho primero de esta demanda que tienen demandante y demandada, para salir de la indivisión, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y sus efectos, repartiendo el producto de la venta entre demandante y demandada por mitades e iguales partes, así como al pago de las costas procesales».
- ⊙ Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada, alegando la representación de doña Magdalena mediante el oportuno escrito los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... se dicte sentencia por la que se desestime la demanda». Asimismo formuló demanda reconvenzional contra don Juan Carlos, en base a los hechos y funda-

mentos de derecho que estimó de aplicación, para terminar suplicando: «... se dicte sentencia por la que se condene al reconvenido a abonar a mi representada la cantidad de 620,47 euros, más los intereses legales correspondientes, así como al pago de las costas procesales de esta reconvencción».

◉ Contestada la demanda se acordó conferir traslado de la reconvencción al actor, contestando a la misma mediante el oportuno escrito, en el que se alegan los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: «... dictar sentencia estimatoria de la demanda reconvenicional sin imposición de costas».

◉ El Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Valladolid dictó Sentencia el 11 de diciembre de 2002 estimando parcialmente la demanda interpuesta por don Juan Carlos y declarando la procedencia de la venta en pública subasta del piso objeto de autos y de sus anejos, si bien, pese a dicha venta sigue sobre ellos constituido el derecho de uso y disfrute de la demandada en tanto subsista (excepto en la plaza de garaje), condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y sus efectos, repartiendo el producto de la venta entre las partes por mitades e iguales partes, sin perjuicio del derecho de la demandada de embargar la cantidad correspondiente al actor por las deudas que éste tenga respecto de aquélla. También estimó íntegramente la demanda reconvenicional formulada por doña Magdalena frente a don Juan Carlos y condenó al demandante-reconvenido a pagar a la demandada reconviniente la cantidad de 620,47 euros, cantidad que devengará el interés legal correspondiente desde la fecha de interposición de la demanda, y todo ello sin especial imposición de las costas procesales causadas.

◉ En grado de apelación, la Sec. 3.^a de AP de Valladolid dictó Sentencia el 14 de abril de 2003 estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de don Juan Carlos, y revocando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda acordando la procedencia de la venta en pública subasta del bien condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y sus efectos, repartiendo el producto de la venta entre demandante y demandada por mitades e iguales partes, con expresa condena a la demandada en las costas procesales de la instancia y sin especial declaración en la alzada.

◉ Doña Magdalena interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que confirmó la sentencia dictada por el Juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En la fundamentación general del motivo único del recurso presentado, la recurrente señala la vulneración de los artículos 96, 1281, 1282, 1256 y 1320 del CC, así como del artículo 222 de la LEC. Al haberse inadmitido los fundamentos primero y cuarto del recurso de casación, la norma infringida se centra en el artículo 96 del CC.

Así la argumentación del segundo motivo, aunque no cita ningún artículo como directamente infringido, considera que se ha vulnerado el artículo 96 del CC y la jurisprudencia, identificada en las Sentencias de esta Sala de 2 de diciembre de 1992, 14 de julio y 18 de octubre de 1994, a las que han seguido con criterio similar las de 16 de diciembre de 1995 y 3 de mayo de 1999, según las que el ejercicio del derecho a la división, ampa-

rado en el artículo 400 del CC, ha de llevarse a cabo respetando la eficacia de la atribución judicial de la vivienda, efectuada de acuerdo con el artículo 96 del CC. Señala la recurrente que «la atribución del uso de la vivienda familiar en causa matrimonial no impide el ejercicio de la acción de división de cosa común, siempre y cuando, en la sentencia que la acoja, se garantice aquel derecho, impidiendo que las personas que ocupan la vivienda familiar por atribución judicial puedan ser desalojadas en tanto persistan las circunstancias tomadas en consideración para su atribución». Por ello concluye que «la decisión adoptada por la sentencia impugnada, al acordar la procedencia de la venta en pública subasta de la vivienda familiar sin establecer las preceptivas medidas que garan-

ticen la subsistencia del derecho de uso y disfrute concedido por la sentencia judicial de separación a la demandada y a los hijos comunes de las partes, transgredió el criterio jurisprudencial apuntado, y, en consecuencia, supone una flagrante infracción del artículo 96 del CC».

El motivo se estima. Es jurisprudencia constante de esta Sala, entre cuyas sentencias se incluyen las que cita la recurrente como infringidas, que se mantiene el derecho de uso sobre la vivienda a pesar de la división de la cosa común; la persona a quien dicho uso se atribuyó en la sentencia de separación o divorcio tiene un título que puede oponer a los terceros adquirentes mientras subsista la situación que dio lugar a la atribución de dicho uso (SSTS de 2 de diciembre de 1992, 14 de julio y 18 de octubre de 1994, 16 de diciembre de 1995, 3 de mayo de 1999, 26 de abril de 2002, 28 de marzo de 2003 y 27 de noviembre de 2007, entre otras). La sentencia recurrida difiere de lo dicho por la jurisprudencia de esta Sala en la interpretación del artículo 96 del CC cuando se ejercita la acción de división. Esta Sala ha compaginado los derechos del copropietario a pedir la división, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 400 del CC y el mantenimiento de los derechos derivados del artículo 96 del CC, de manera que la Sentencia de 8 de mayo de 2006 afirma que «[...] la doctrina reiterada de esta Sala al abordar supuestos análogos al presente sostiene la posibilidad de ejercicio de la acción de división si bien garantizando la continuidad del derecho de uso que pudiera corresponder en exclusiva a uno de los partícipes». Así la Sentencia de 27 de diciembre de 1999, citando en igual sentido las anteriores de 5 de junio de 1989, 6 de junio de 1997 y 8 de marzo de 1999, afirma que «la acción de división de la comunidad representa un derecho indiscutible e incondicional para cualquier copropietario, de tal naturaleza que su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna, salvo el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo no superior a diez años, por lo que los demás comuneros no pueden impedir el uso del derecho a separarse, que corresponde a cualquiera de ellos, ni el ejercicio de la acción procesal al respecto. En el caso de que en virtud de un derecho de usufructo o de uso esté atribuida la utilización de la cosa común sólo a uno de los cotitulares, ello supone la exclusión de los demás respecto de dicho uso o disfrute, pero no les priva de la posibilidad de pedir la división de la cosa». La misma sentencia añade posteriormente que «si bien el cotitular dominical puede pedir la división de la cosa común mediante el ejercicio de la acción procesal, la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso (cualquiera que sea su naturaleza) que corresponde al otro cotitu-

lar, ex cónyuge, en virtud de la sentencia de divorcio. Por lo tanto, el derecho de uso se mantiene indemne (...) y una eventual venta de la cosa en subasta pública debe garantizar la subsistencia de aquella medida, que sólo puede ser modificada por la voluntad de los interesados, o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el proceso matrimonial en que se acordó». En igual sentido se ha pronunciado esta Sala en Sentencia más reciente de 28 de marzo de 2003».

Por tanto, al no declarar la sentencia recurrida que el derecho de uso se mantenía a pesar de la división del piso, con venta en pública subasta, aunque indirectamente lo considera existente, ha vulnerado la jurisprudencia de esta Sala.

No es aceptable la alegación del recurrido, que señala que la recurrente no pidió expresamente el mantenimiento de este derecho en la contestación a la demanda. Aunque no se diga, se mantiene el derecho de uso mientras subsista la situación que provocó la atribución a uno de los antiguos cónyuges, pero ello no impide la venta en pública subasta.

Según el tercer fundamento del recurso, se ha infringido lo dispuesto en el artículo 222.4 de la LEC en relación con la cosa juzgada y el artículo 96 del CC *in fine*, en relación con la disposición de los bienes comunes una vez decretada la separación. Dice la recurrente que el artículo 96 del CC exige o bien el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o la autorización judicial, protección que «se articula en beneficio del cónyuge, aunque éste no sea titular de la vivienda familiar, de modo que el cónyuge separado, titular del 100% del inmueble cuyo uso se haya atribuido al otro cónyuge, no puede disponer de su derecho de propiedad sobre el mismo», por lo que no puede admitirse que la demandada pierda esta garantía al ser titular sólo del 50% del inmueble.

El motivo no se estima. La razón fundamental de la desestimación de este motivo radica en que el artículo 400 del CC establece una regla taxativa que no tiene ninguna excepción cuando se trata de la división de un bien que pertenece a unas personas que lo habían adquirido durante el matrimonio por su condición de cónyuges y que a pesar de la disolución, siguen siendo copropietarios y es que cualquiera de los condóminos puede pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común al no estar obligados a permanecer en tal situación, salvo el pacto de indivisión por diez años (artículo 400.2 del CC). En los casos en que uno de los copropietarios ejercita la facultad de dividir, de acuerdo con el artículo 400 del CC, no se plantea ninguna cuestión relacionada con la facultad de disposición del no usuario, porque lo único que pide es la división

y no dispone de su cuota. Por otra parte, la propia recurrente había manifestado en la contestación a la demanda, que no se oponía a la división. Además, confirmado que el derecho de uso se mantiene a pe-

sar de la venta en pública subasta, son inútiles las consideraciones que hace la recurrente en relación con la existencia o no de cosa juzgada, que no concurre.

MENORES

Vulnera el derecho a la intimidad la publicación hasta en tres ocasiones de unas fotos en las que en el Real de la Feria de Sevilla aparecen dos niños de corta edad ataviados con los trajes típicos de esas fechas en la parte trasera de un coche de caballos, iniciando el gesto de darse un beso. Cada niño deberá de ser indemnizado con 3.000 euros.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2008

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

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ En el «Diario ABC» y su edición digital se publicó una fotografía obtenida en el Real de la Feria de Sevilla en la cual aparecían dos niños de corta edad ataviados con los trajes típicos de esas fechas en la parte trasera de un coche de caballos, iniciando el gesto de darse un beso. Dicha fotografía fue utilizada por el «Diario ABC» al día siguiente de su obtención, en concreto, en la edición del diario de fecha 22 de abril de 1999, para ilustrar en páginas interiores diversos momentos de la Feria, sin contar con el consentimiento de los padres de los niños. Al año siguiente, el mismo diario utilizó la referida imagen como portada para el anuncio de la feria del año 2000, siendo incluida, además, en la página web del «Diario ABC» de Sevilla, donde había sido mantenida durante años.
- ⊙ Don Pedro Enrique, doña Erica, don Carlos María y doña Pilar, en nombre y representación de sus hijos menores de edad, Rubén y Catalina, interpusieron demanda de juicio ordinario de Protección de Derecho a la propia Imagen contra las mercantiles «Diario ABC, SL» y «ABC Periódico Electrónico, SLU», solicitando que se dictase sentencia por la «que declare una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de mis representados y, en su consecuencia, condene a los demandados a abonar la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, con expresa condena en costas de los demandados».
- ⊙ Admitida a trámite la demanda, las entidades demandadas la contestaron oponiéndose a ella, en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimaron oportunos y terminaron suplicando al Juzgado dictase Sentencia «que desestime la demanda formulada de contrario y absuelva a mis representadas de todos los pedimentos contenidos en el Suplico de la misma, debiéndose condenar en consecuencia a la parte actora de las costas causadas en el presente procedimiento».
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 19 de los de Sevilla dictó Sentencia el 8 de junio de 2004, cuya parte dispositiva es como sigue: «FALLO: Que estimo la demanda formulada por don Pedro Enrique, doña Erica, don Carlos María y doña Pilar y declaro que la publicación de la fotografía de los menores hijos de los demandantes constituye una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen y a la intimidad de sus familias y condeno a “Diario ABC, SLU” y “ABC Periódico Electrónico, SLU” a que abonen conjunta y solidariamente a los actores la cantidad de 6.000 euros –correspondiendo a cada familia la mitad de dicha cantidad– en concepto de indemnización por los daños causados–. Las costas deberán ser abonadas por la parte demandada».

⊙ En grado de apelación, la Sec. 8.^a de la AP de Sevilla dictó Sentencia el 14 de enero de 2005 cuyo fallo es del siguiente tenor literal: «FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de “Diario ABC, SLU” y “ABC Periódico Electrónico, SLU” y la adhesión al recurso formulada por el Ministerio Fiscal, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 19 de Sevilla en el Juicio Ordinario núm. 1149/2003, con fecha 8 de junio de 2004, debemos revocar y revocamos dicha resolución y en su lugar, con desestimación íntegra de la demanda formulada por la representación procesal de don Pedro Enrique, doña Erica, don Carlos María y doña Pilar, actuando en representación de los menores, Rubén y Catalina contra “Diario ABC, SLU” y “ABC Periódico Electrónico, SLU”, absolvemos a dichas demandadas de los pedimentos formulados en la demanda rectora de este procedimiento, con expresa imposición de costas a la parte actora. Todo ello sin hacer condena en las costas causadas en esta alzada».

⊙ Don Pedro Enrique, doña Erica, don Carlos María y doña Pilar, actuando en representación de los menores, Rubén y Catalina, interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien confirmó la indemnización fijada por el Juzgado de Primera Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La parte actora mantenía en su argumentación jurídica que, si bien la difusión por primera vez de la fotografía podía estar amparada por el artículo 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, las posteriores utilidades de la imagen con fines publicitarios vulneraban claramente el artículo 7.6 del mismo cuerpo legal. Negaba, asimismo, que en el presente caso hubiese interés general en la difusión de la imagen, o interés cultural, o se hubiese contado con el consentimiento de los representantes legales de los menores, o pudiese ser calificada la imagen de accesoria de la información. Por todo lo cual, solicitaban que fuesen indemnizados como consecuencia de la vulneración del derecho de los menores a la propia imagen.

Los demandados, «Diario ABC, SL» y «ABC Periódico Electrónico, SLU» opusieron, en primer término, que había transcurrido el plazo de cuatro años determinado por la ley para el ejercicio del derecho de protección. En otro orden de cosas, manifestaron en la contestación que la fotografía fue tomada en un lugar público, que no dañaba la imagen de los menores, y que no se hacía mención alguna a la identidad de los niños. Argumentaban, asimismo, que los padres no habían manifestado desde la publicación por primera vez de la fotografía hasta el año siguiente su malestar o disgusto por tal acto, por lo que, el medio periodístico, no disponiendo de imágenes de la Feria que comenzaba, hizo utilización de las que tenía de archivo, sin que pudiese ser considerado tal uso como realizado con fines comerciales, sino más bien con una finalidad ilustrativa del evento que se anunciaba, finalizando su oposición con el argumento de que, una vez el

medio tuvo conocimiento más de dos años después de la publicación por primera vez de la fotografía de que no era del agrado de los padres la inclusión de la misma en el periódico, ésta fue retirada de la página web, considerándose, por tanto, extemporánea la reclamación judicial en curso.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, al entender que «el hecho de que el lugar sea público y la Feria de Sevilla un evento famoso, no perjudica en absoluto los derechos tantas veces citados. En nuestro caso, no existe ningún derecho constitucional relevante o de mayor rango que diluya la intromisión al derecho a la propia imagen e incluso a la intimidad y las familias de los demandantes. Ninguno de ellos es un personaje público y tampoco se trata de una información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público en el que la imagen publicada se revela como meramente accesoria. Más bien al contrario, la imagen de los niños se presenta, en cierta medida, como la de la propia Feria porque no es accesoria, sino el motivo principal y, además, no guardan relación subjetiva con el festejo. Las fotos para ilustrar un reportaje como el publicado, con evidente finalidad publicitaria por otra parte, podían ser de cualquier persona siempre que ésta se aviniera a que fueran publicadas, lo que aquí no ocurrió», entendiéndose que la publicación de fotografías relativas al entorno familiar y privado de los demandantes contra su voluntad expresa merece la protección judicial, fijando una indemnización de tres mil euros en concepto de daños morales para cada una de las familias.

La Audiencia Provincial, por el contrario, con revocación de la sentencia de primera instancia,

desestimó la demanda, por considerar que la publicación de la fotografía ni vulneraba el derecho al honor ni el derecho a la intimidad ni a la propia imagen. Se apelaba a que los propios demandantes reconocían la legitimidad de la publicación por primera vez de la fotografía, y, sin embargo, al año siguiente consideraron que la misma imagen vulneraba el derecho de los menores. La Audiencia considera que «la foto y sus publicaciones no tienen ningún contenido perjudicial para los menores, ni tampoco se han hecho con un ánimo directo comercial o publicitario de ningún producto o mercadería, sino que es claramente una publicación de una foto que en el sentir social tiene una gran belleza, dulzura y arte, para con ella anunciar un acontecimiento importante para la Ciudad de Sevilla, del calado social, cultural y tradición que tiene la Feria de Abril, habiéndose elegido, seguramente por su belleza artística y dulzura dicha foto para la portada de la feria que iba a comenzar y de la que no se tenía, lógicamente, ninguna imagen, teniéndose que utilizar imágenes de archivo, por lo que la diferencia con la primera publicación no aparece nítida, como pretende la parte actora. Y en cuanto a la página web, la finalidad de la publicación era adornar con estampas de la Feria una guía de las fiestas de Sevilla, con fotos que fueron tomadas en la propia Feria. Así pues, no aprecia este Tribunal una utilización de la foto fuera de los límites establecidos por los usos sociales».

El único motivo del recurso fue interpuesto a través del ordinal 1.º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 7.6 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.

Argumenta la parte que la primera publicación de la fotografía podría estar amparada en el artículo 8.2 de la Ley en cuanto los menores se hallaban en un lugar público, pero que las posteriores utilidades de la fotografía con fines publicitarios vulneraban claramente el artículo 7.6 de la Ley Orgánica 1/1982, puesto que no hay relevancia de interés general ni por la materia ni por las personas intervinientes. Entiende la parte que se produce una vulneración de la doctrina contenida en la Sentencia de 7 de octubre de 1996, donde la utilización de una fotografía en una campaña publicitaria institucional sin el consentimiento de los ciudadanos fotografiados fue considerada intromisión ilegítima. Asimismo, entiende vulnerada la jurisprudencia de esta Sala contenida en las Sentencias de 19 de octubre de 1992, de 9 de mayo de 1988. Como argumento de cierre, los recurrentes apuntan que no concurre causa de exclusión de la intromisión ilegítima por mor de la accesividad de la imagen, cuando la misma es utilizada como portada.

El motivo debe ser estimado con las consecuencias que más tarde se dirán.

La cuestión planteada, no exenta de complejidad, está sustentada sobre varias cuestiones imbricadas entre sí que merecen un análisis introductorio.

La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, en consonancia con lo establecido en el artículo 18 de la Constitución, ofrece una garantía de los derechos fundamentales a los que se refiere, partiendo de la base de que, como todos los derechos de la persona, no tienen un contenido ilimitado, sino que su colisión con otros derechos, como el de la información o el de la libertad de expresión, debe ser tratada caso por caso, atendiendo a la adecuada ponderación de los intereses públicos y privados en juego. La propia ley concede a los titulares el derecho a disponer en determinados casos de su derecho, autorizando la difusión de su imagen para los fines que considere oportunos (artículo 2). En el caso de los menores, el artículo 3 establece que, si tuviesen madurez suficiente conforme a la legislación civil, podrán prestar su consentimiento ellos mismos, siendo atribuido dicho poder de disposición, en el resto de casos, a sus representantes legales asistidos por el Ministerio Fiscal. El texto legal, asimismo, recoge qué ha de entenderse por intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen de las personas en su artículo 7, entendiéndose por tal la instalación de dispositivos que permitan la captación de imágenes y/o sonido relativos a la intimidad de las personas, su utilización, la difusión de datos sobre la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, la divulgación de datos privados obtenidos en el ejercicio de la profesión de quien los revela, la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos (con las salvedades establecidas en la propia ley), así como la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

Para el objeto del litigio que ahora nos ocupa, es de especial consideración lo dispuesto en el artículo 7.6 de la Ley Orgánica y que, a la sazón, fundamenta el único motivo del recurso: «Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley: (...) Seis. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga».

Tratándose en el presente caso, además, del conflicto originado por la difusión de una fotografía de dos niños de corta edad, ha de hacerse referencia obligada al refuerzo que la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, hace de la protección dispensada por la Ley Orgánica 1/1982, como se dice expresamente en su preámbulo o exposición de motivos, estableciendo, después de reconocer el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, de los menores (artículo 4.1) y de imponer la intervención del Ministerio Fiscal frente aquellos actos que puedan constituir intromisión ilegítima en esos derechos el artículo 4.2 dispone que «se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales».

Dicho lo cual, tratándose de menores y siendo titulares de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución en el artículo 18, con plena capacidad jurídica, ha de partirse de la base de que siempre que no medie el consentimiento de los padres o representantes legales de los menores con la anuencia del Ministerio Fiscal, la difusión de cualquier imagen de éstos ha de ser reputada contraria al ordenamiento jurídico. A mayor abundamiento, aún en el supuesto de que se cuente con el beneplácito paterno o tutelar, si la imagen difundida atenta o menoscaba la honra, la intimidad personal y familiar y la imagen del menor, la utilización de la misma constituye un atentado al derecho a la imagen de su titular.

En el presente caso debemos distinguir entre dos hechos distintos: en primer lugar, la publicación de la fotografía en la página 44 del diario «ABC» el 22 de abril de 1999 y, en segundo lugar, la publicación de la misma fotografía en la portada del suplemento «Qué de Sevilla» del mismo diario el 28 de abril de 2000 (anunciada previamente en páginas interiores del periódico del día anterior), así como la difusión de la misma imagen en la edición digital del periódico. Si bien los actores, en representación de sus hijos, no ejercitaron acción alguna de protección del derecho a la imagen de los niños en el primer caso, por considerar que «en la primera publicación, la imagen de los hijos de mis representados aparecen en el diario ABC de Sevilla el día 22 de abril de 1999, como consta en el documento núm. 1, lo cual podría estar amparado por el artículo 8.2 de la ley específica por cuanto se hallaban en un lugar público», atendiendo al tenor de la ley, dicha publicación debería haber contado

con el consentimiento expreso de los padres de los niños, e, incluso, contar con el beneplácito del Ministerio Público, si bien dicha cuestión únicamente puede ser tratada a efectos ilustrativos, por no versar sobre ella el presente litigio. En cuanto a la otra cuestión, sobre la cual los padres de los niños sí ejercitaron la acción correspondiente, ha de estudiarse el hecho desde dos puntos de vista.

En primer lugar, al igual que ya se apuntara para la publicación de la fotografía por primera vez, es incontrovertido que los padres de los niños no prestaron su consentimiento para que la imagen de los mismos fuese utilizada en varias ocasiones por el diario demandado –al menos en tres: el día 27 de abril de 2000 en la página 35, el 28 de abril de 2000 en la portada y en la página web de la edición digital durante un largo período de tiempo–. La prueba, no ya de falta de consentimiento de los padres sino de expresa oposición de éstos, la constituye la propia interposición de la demanda, además de la queja de los padres el 24 de julio de 2001 –reconocida por los propios demandados–. Por tanto, sin entrar en otras valoraciones, la acción de las entidades mercantiles demandadas vulneró lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. En ningún caso puede ser de aplicación la argumentación esgrimida por los demandados de que los niños se encontraban en un lugar público, vestidos de traje típico de la Feria de Sevilla y expuestos en un carro de caballos para ser vistos por todos, pues la actitud festiva de los padres no puede ser interpretada en el sentido de autorizar a cualquier medio de comunicación, organismo público o particular a la utilización indiscriminada de una imagen, por muy bella que sea, de los niños. Y no puede olvidarse que dicho consentimiento nunca puede ser prestado de forma tácita, por silencio de los padres ante la publicación por primera vez de la fotografía pues, como establece el artículo 3.2 de la Ley Orgánica, el consentimiento, además de expreso, ha de ser prestado por escrito. No es tampoco oportuno acudir a un pretendido interés cultural, pues, como ya ha mantenido esta Sala en otras ocasiones –Sentencia de 7 de octubre de 1996–, «la referencia al interés cultural no puede ser «una patente de corso» de los organismos oficiales [ni, con mayor motivo, de los particulares] para amparar intromisiones ilegítimas en los derechos fundamentales de las personas físicas. Sino que por el contrario debe tratarse de satisfacer el interés cultural respetando el derecho de los ciudadanos y sin intromisiones ilegítimas en los mismos, las cuales sólo quedarán amparadas cuando sin ellas no sea dable atender al necesario interés cultural. El acento efectivamente de la relevancia como causa limitativa del derecho, debe situarse en la imprescindibilidad del uso de la

imagen en atención a sus fines». Finalmente, tampoco puede hablarse de accesoriedad de la imagen, que exculparía en algunos casos la eventual aparición de forma ambiental de la imagen de un menor en la publicación de la fotografía del un tercero en la difusión de una noticia, puesto que, como resulta obvio, la imagen en cuestión aparece de forma destacada y en portada en el medio informativo.

En segundo lugar, y para reforzar aún más el anterior razonamiento, el artículo 7.6 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, entiende como acto de intromisión ilegítima, la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. Por tanto: aun en el supuesto de que los niños fuesen adultos con plena capacidad de obrar y aun tratándose de una imagen que no menoscaba en absoluto su honra o prestigio por ser bella, tierna o artística, la utilización de la fotografía con fines publicitarios, comerciales «o de naturaleza análoga», sin el consentimiento expreso de sus titulares es considerado un acto de intromisión en el derecho a la imagen de los que en ella aparecen. Y si bien no ha resultado probado que con la portada en cuestión el periódico demandado obtuviese un mayor volumen de ventas, a nadie se le escapa que la utilización precisamente de esa imagen de archivo y no de otra, tenía por finalidad captar la atención del potencial comprador del periódico del día siguiente o del mismo día en que el suplemento aparecía, para hacer el producto atractivo, agradable, tierno y cercano, lo que se traduce, indudablemente, en la garantía de obtener un número suficiente de ventas.

En cuanto a la utilización comercial de la fotografía, esta Sala, en Sentencia de 7 de octubre de 1996, en un supuesto parecido, ya estableció que «El Ayuntamiento de Madrid, en su recurso aduce como primer motivo (artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) la infracción del artículo 7.º, núm. 6, de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, al entender que esta norma sólo protege la utilización de la imagen de una persona para fines publicitarios, que sean comerciales o análogos, no para aquellos otros supuestos de publicidad en los que no existe interés crematístico, o no existe ningún tipo de interés. Pero como sostiene en su escrito de impugnación el Ministerio Fiscal, el derecho a la propia imagen no tiene, como pretende el recurrente, esta protección tan limitada, como si tan sólo se tratara de preservar la imagen de la persona de aquellos ataques que tengan una finalidad económica, o de divulgación con fines publicitarios. La imagen, como el honor y la intimidad, constituye hoy un derecho fundamental de la persona consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución, que pertenece a los derechos de la personalidad,

con todas las características de estos derechos y que se concreta en la facultad exclusiva del titular de difundir o publicar su propia imagen pudiendo en consecuencia evitar o impedir la reproducción y difusión, con independencia de cuál sea la finalidad de esta difusión. El derecho a la imagen trata de impedir que sea reproducida o dada a conocer públicamente; el sentido que la persona tiene de su propia individualidad impone la exigencia de reserva o de que sea ella misma quien deba consentir la reproducción de su imagen, más todavía cuando los progresos técnicos actuales facilitan notablemente esa reproducción. Este derecho de la personalidad sólo puede limitarse por el propio titular, consintiendo la divulgación de su propia imagen, o por la ley, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público [artículo 8.2.a) de la Ley 1/1982]. Evidentemente, ninguno de los supuestos concurren en este caso, porque ni medió consentimiento del niño o su representante cuya imagen por fotografía se difunde y publica, ni de los cónyuges, que igualmente son fotografiados y, sin su consentimiento, su imagen es publicada. Ninguna de las personas fotografiadas sin su consentimiento puede decirse que desempeñara cargo o profesión pública de notoriedad como la que proporciona el hecho de destacar en el arte, la ciencia, la política o el deporte; trátase de ciudadanos, muy respetables por supuesto, que transitaban o se esparcían en la vía pública cuando fue captada su imagen y después publicada con ocasión de cierta campaña informativa, lo que supone, sin duda, la intromisión ilegítima en el ámbito de protección que dispensa el derecho a la propia imagen, conforme establece el artículo 7.5 de la citada Ley. En contra de lo afirmado en este primer motivo por el recurrente, la sentencia de la Audiencia desde luego no infringe este artículo 7, punto 6, de la Ley 1/1982, que, ciertamente, es citado, junto al punto 5 del mismo artículo, porque son los preceptos en los que el legislador configura el derecho a la propia imagen al determinar cuáles son las intromisiones ilegítimas en este derecho fundamental, para concluir afirmando, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial que el derecho a la propia imagen es el derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin consentimiento del sujeto, de tal manera que todo acto de captación, reproducción o publicación por fotografía, filme u otro procedimiento de la imagen de una persona en momentos de su vida privada o fuera de ellos, supone una vulneración o ataque al derecho fundamental a la imagen, como también lo es la utilización de la imagen para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. El derecho se vulnera, también, aunque

la reproducción de la imagen de una persona, sin su consentimiento, se haga sin fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. En definitiva, el motivo sucumbe».

Como consecuencia de lo razonado hasta aquí, debe estimarse fundado el recurso de casación en lo concerniente a la cuestión jurídica planteada y, de conformidad con lo establecido en el artículo 487.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre el efecto positivo de la jurisdicción, debe casarse la resolución recurrida, siendo deber de esta Sala

asumir la instancia, con lo que procede estimar la demanda planteada por don Pedro Enrique, doña Erica, don Carlos María y doña Pilar, en nombre y representación de sus hijos menores de edad Rubén y Catalina, confirmando, con ello, la sentencia de primera instancia en lo relativo a la indemnización concedida, cuya indeterminación en la demanda, si bien fue excepcionada en la contestación sin resultado estimatorio en la instancia, no fue objeto de recurso en apelación, por lo que, en este momento procesal, deviene pacífica su cuantificación.

MENORES

Se desestima la reclamación de una indemnización solicitada por los padres de un menor que sufrió graves lesiones en la clase de gimnasia al no considerarse suficientemente relevantes desde el punto de vista de la imputación objetiva las omisiones que se atribuyen al profesor.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 2009

Ponente: Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ El día 13 de febrero de 2001, Aurelio, de 15 años de edad, alumno de tercer curso de la ESO, se encontraba realizando un ejercicio de gimnasia en las instalaciones del Colegio, Centro Escolar de Escuelas Profesionales Sagrada Familia, de Villanueva del Arzobispo (Jaén), bajo la dirección y vigilancia del Profesor de Educación Física, don Fermín. El ejercicio consistía en realizar una pequeña carrera, para ejecutar una batida simultánea con los dos pies en el *Mini Tramp* (cama elástica) y caer en las colchonetas dispuestas en forma de T, dos en sentido horizontal y dos en vertical, haciéndolo bien en plancha, bien de pie. Sobre las 13,30, tras la explicación del contenido del ejercicio y después de haber colocado el material deportivo necesario, realizó el salto cayendo de forma incorrecta en las colchonetas, a resultas de lo cual sufrió unas gravísimas lesiones consistentes en fractura inestable C6 y C7, síndrome de lesión medular transversal C7, permaneciendo 205 días hospitalizado y quedándole como secuelas material de osteosíntesis en columna, Tetraplejia C6 C7, síndrome depresivo postraumático y perjuicio estético.

⊙ Don Jesús Manuel y doña Esperanza y éstos a su vez en representación de su hijo menor Aurelio, interpusieron demanda de juicio ordinario, contra don Fermín, Centro Escolar «Escuelas Profesionales Sagrada Familia» (SAFA) de Villanueva del Arzobispo (Jaén) y contra la Aseguradora «La Estrella, Seguros, Grupo General» y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que, «con acogimiento íntegro de la presente interpelación se condene a los demandados, de forma conjunta y solidaria a indemnizar a mis poderdantes en la suma de un millón nueve mil doscientos cincuenta y siete euros con cincuenta y ocho céntimos de euro (1.009.257,58) equivalente a ciento setenta y siete millones novecientos veintiséis mil trescientas treinta y dos pesetas (167.926.332 pesetas), si bien la Aseguradora demandada habrá de responder solamente hasta el máximo del capital asegurado que

resulte acreditado en fase probatoria como existente al momento del evento lesivo, más los intereses legales, que, para la aseguradora serán los previstos en el artículo 20 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro y para los demás demandados los legales establecidos en los artículos 1108 del Código Civil y 576 de la LEC, más las costas».

⊙ Don Fermín, Escuelas Profesionales Sagrada Familia y la Cía. Aseguradora «Estrella Seguros y Reaseguros, SA» contestaron 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 absuelva a mis representados de los pedimentos contrarios, con imposición de costas a la parte actora.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Villacarrillo (Jaén) dictó Sentencia el 26 de junio de 2003 desestimando íntegramente la demanda.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 2.^a de la AP de Jaén dictó Sentencia el 24 de noviembre de 2003, estimando el recurso y fijando una indemnización de 600.000 euros.

⊙ Don Fermín, Escuelas Profesionales Sagrada Familia y la Cía. Aseguradora «Estrella Seguros y Reaseguros, SA» interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que confirmó la sentencia del juzgado de Primera Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los padres del menor reclamaron del Profesor, del Colegio y de la aseguradora el importe de los daños sufridos por el menor, estimados en 1.000.257,58 euros. La demanda fue desestimada en la primera instancia y estimada parcialmente en la segunda, en la que se condenó solidariamente a los demandados al pago de 600.000 euros, con limitación de la responsabilidad de la aseguradora hasta el límite de la cantidad asegurada. Se reprocha tanto al Profesor como al Centro no haber observado la debida diligencia «pues no se adoptaron las medidas de seguridad y precaución que la prudencia imponía para evitar un riesgo previsible en relación a la naturaleza de la actividad y demás circunstancias concurrentes. Circunstancias como la edad de los niños, tipo de aparato que por sus características debía de estar anclado o sujetado para impedir una desviación en el salto y la posibilidad de introducir los pies entre los muelles del *mini tramp*, necesidad de una mayor preparación para realizar el ejercicio, sin que fuera suficiente una simple explicación verbal, necesidad de más y más gruesas colchonetas que amortiguaran la caída pues no cabe duda de que el salto desde el *mini tramp* y caída en plancha en unas colchonetas de escaso grosor y sobre todo que se abrían al efectuar casa salto supone un riesgo que no es difícil de prever» debiendo, profesor y Centro, «haber contado con otras personas o bien con la ayuda de los alumnos para evitar el desplazamiento de las colchonetas en cada caída, sujeción

del aparato, etcétera, puesto que el profesor no podía estar a la vez en las colchonetas y el aparato».

El recurso de casación se formula, de un lado, por infracción de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, en lo que se refiere a la acción u omisión culposa imputada al Profesor y al Centro y al nexo causal consiguiente, y de los artículos 1 y 73 de la Ley de Contrato de Seguro, por lo que hace a la aseguradora, y, de otro, por infracción del artículo 1902 del Código Civil, en cuanto a la no concurrencia de los requisitos que tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden necesarios para el nacimiento de responsabilidad civil extracontractual o aquiliana, por la Fundación Benéfico Docente Escuelas Profesionales Sagrada Familia. En breve síntesis se viene a decir que la sentencia no ofrece un razonamiento respecto de cuál es la acción u omisión culposa cometida, sin precisar las medidas que no se adoptaron que fueran determinantes del daño, y que si bien existe una relación causal entre el salto y el daño, en ningún caso ha quedado acreditado que las medidas que se emplearon influyeran en la causación del daño producido por la caída, caída que, además, no era previsible, sino que se produjo de forma completamente imprevisible en un ejercicio tan simple como el que se estaba efectuando o que, incluso previsto, no hubiera podido evitarse cumplimentando las medidas a que hace referencia la sentencia recurrida.

Los dos se analizan conjuntamente para estimarlos. La infracción que se denuncia en el motivo supone que la sentencia ha quebrantado el artículo 1902 del CC como efecto de una equivocada calificación y aplicación jurídica que a éste debe darse al ser la culpa o negligencia en el agente que causa el daño una cuestión jurídica que puede revisarse en casación, como también lo es la vinculación causal del daño a las omisiones imputadas, en el marco de los criterios de imputación objetiva, desde la idea de que no basta la causalidad física, sino que es preciso que conste una acción u omisión atribuible al que se pretende responsable (o por quién se debe responder) determinante —en exclusiva, o en unión de otras causas; con certeza, o en un juicio de probabilidad cualificada, según las circunstancias concurrentes (entre ellas, la entidad del riesgo)—, del resultado dañoso producido (STS de 6 de noviembre de 2001).

Pues bien, los hechos de la sentencia permiten sostener, de un lado, que las graves lesiones sufridas por el menor se produjeron en el curso de la clase de gimnasia al realizar un salto en uno de los aparatos destinados al efecto, conocido con el nombre de *mini tramp* (cama elástica). De otro, que se trataba de una actividad que forma parte de la disciplina de educación física impartida por el Profesor. Posteriormente, la sentencia deriva la responsabilidad hacia los demandados por «no haber agotado la diligencia debida» consistente en la omisión de determinadas medidas de seguridad para evitar el riesgo que el ejercicio gimnástico conlleva. Es decir, parte de que existe una relación de causalidad material o física y pone a cargo del Profesor una serie de omisiones determinantes del daño, y sobre estas omisiones debe establecerse si el resultado dañoso producido es o no objetivamente atribuible a los recurrentes en función del incumplimiento de los deberes que le son propios en el marco de la responsabilidad extracontractual y de la previsibilidad del resultado dañoso con arreglo a las reglas de la experiencia, entre otros cánones de imputabilidad, como son los relacionados con el riesgo permitido, riesgos de la vida, competencia de la víctima, ámbito de protección de la norma, causalidad adecuada, provocación y prohibición de regreso (SSTS de 21 de octubre de 2005; 2 y 5 de enero y 9 de marzo y 7 de junio de 2006), para, en definitiva, determinar si por parte de los recurrentes, en su día demandados, se ha creado un riesgo relevante que les pueda ser atribuido teniendo en cuenta que el riesgo no es elemento suficiente para decretar la responsabilidad, como tiene dicho esta Sala, entre otras, en la Sentencia de 6 de septiembre de 2005, y las que en ella se citan, y que para que pueda ser imputada la responsabilidad al Profesor, son los actores que-

nes deben probar la existencia de un resultado dañoso causalmente ligado a la conducta en cuestión, o lo que es igual si esta conducta es susceptible de crear un riesgo que determine el siniestro, y que el daño producido les es objetivamente imputable, lo que no ha sucedido en el presente caso.

Las omisiones que se atribuyen al Profesor no son suficientemente relevantes desde el punto de vista de la imputación objetiva, presupuesto previo del juicio de reproche subjetivo. Es cierto que como Profesor de Educación Física ha de velar muy especialmente por la seguridad de sus alumnos, como responsable de los mismos durante la clase desde la idea de que la práctica de la asignatura puede conllevar riesgos evidentes, especialmente en determinados ejercicios gimnásticos, con o sin aparatos, por cuanto pueden suponer un peligro para la integridad física de los alumnos, que debe prevenir y en su caso evitar con la diligencia que es propia a esta especialidad docente, creando el marco adecuado para su desarrollo. Ahora bien, mas allá de esta situación de peligro, la relación entre las omisiones que se reprochan al Profesor y el resultado dañoso, no pasan de ser simples conjeturas o especulaciones para hacer valer una falta de previsión que, como hecho susceptible de ocurrir o posible en el orden físico, no aporta nada a la forma de ocurrir el accidente, dado que lo verdaderamente imprevisible es que éste ocurra en el orden normal de suceder las cosas. Lo que la sentencia dice es lo que no se hizo. Lo que no dice es el cómo y el porqué estas omisiones determinaron el daño pues se desconocen las habilidades o cualificación del alumno para realizar estos ejercicios; si se atendieron o no las pautas dispuestas reglamentariamente para el desarrollo de la clase; el estado de las colchonetas, y si eran susceptibles de causar daño por su grosor; por qué no fue suficiente la explicación técnica que se dio de los ejercicios a realizar; si la falta de anclaje resultó decisiva y si el alumno introdujo realmente los pies en los muelles del *mini tramp* pues lo que resulta evidente es que la lectura de la sentencia impide conocer cómo se produjo el salto y la posterior caída y, en particular, si las circunstancias reseñadas influyeron negativamente en la cadena causal. Estamos, sin duda, ante un riesgo natural en un proceso formativo dirigido a promover el desarrollo de la actividad física del alumno del que no es posible derivar responsabilidad alguna al docente y consecuentemente a los demás demandados.

La estimación del recurso determina la casación y anulación de la sentencia recurrida y supone asumir la instancia para resolver lo que proceda en orden al problema planteado, de lo que resulta la desestimación íntegra de la demanda, sin hacer especial imposición en las costas causadas en am-

bas instancias, ya que aunque la parte actora ha visto rechazada su pretensión, la no imposición de las mismas se justifica por el hecho de que, dada la entidad del daño, había una apariencia razonable para que los demandados pudieran haber sido llamados al proceso y estimarles responsa-

bles del evento, con independencia de que por las circunstancias expuestas dicha apariencia no tuviera finalmente fundamento pleno para determinar su condena. En cuanto a las del recurso de apelación y casación no se hace especial declaración.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Obligación de las herederas de la esposa de hacerse cargo de la parte proporcional de la deuda tributaria generada por la venta de un inmueble propiedad de aquélla en *pro indiviso* con su ex esposo.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 2009

Ponente: Excma. Sra. doña Encarnación Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Marco Antonio y su esposa doña Lorenza otorgaron capítulos matrimoniales el 4 de noviembre de 1991, donde modificaron el régimen de bienes, pactando el de separación absoluta. En dicha escritura se insertó el siguiente pacto: «Cuarto.—En ningún caso los bienes de uno de los cónyuges responderán de las deudas, obligaciones y responsabilidades contraídas por el otro ni derivadas de cualquier actividad del otro, aunque ésta redundase en beneficio de la familia, salvo el caso de que expresamente uno de ellos avale o afiance al otro». En la misma fecha se otorgó una escritura de liquidación de la sociedad de gananciales, en la que se establecían las bases de la partición en relación a la finca situada en Madrid, calle 000, núm. 000-núm. 001; el pacto séptimo establecía lo siguiente: «Como consecuencia de lo anterior se entiende adjudicado a doña Lorenza cinco séptimas partes del referido edificio y a don Marco Antonio las dos séptimas partes [...]». El 24 de febrero de 1992 se otorgó escritura de disolución de la sociedad de gananciales, incluyéndose el siguiente pacto: «Que las posibles consecuencias fiscales de la venta de la casa en la calle 000, núm. 000-núm. 001 de Madrid serán soportadas en su día en la proporción, 5/7 y 2/7 en que ha resultado adjudicado el neto de la misma».
- ⊙ El 24 de febrero de 1992 los consortes don Marco Antonio y doña Lorenza vendieron a «Paradores de Turismo de España, SA» la finca situada en la calle 000, núm. 000-núm. 001 de Madrid.
- ⊙ Doña Lorenza falleció poco después, habiendo nombrado herederas a sus hijas por partes iguales y correspondiendo al viudo la correspondiente legítima.
- ⊙ El 15 de febrero de 1995, la Inspección tributaria levantó acta a don Marco Antonio por razón de la venta del inmueble de la calle 000, proponiéndose una liquidación de 547.376.619 pesetas (3.289.399,74 euros). Don Marco Antonio puso en conocimiento de las herederas el acta levantada, sin obtener respuesta alguna.
- ⊙ Don Marco Antonio interpuso demanda de mayor cuantía contra doña Margarita y doña Mariana solicitando se dictase sentencia por la que «a) Se declare la obligación de las demandadas de soportar en proporción a su respectivo haber hereditario y con todos sus bienes, heredados o no, el pago de 5/7 partes del importe a que ascienda la deuda tributaria liquidada a mi mandante y mencionada en el

cuerpo de este escrito. b) Se condene a las demandadas a estar y pasar por esta declaración y, consecuentemente, se les condene a reembolsar a mi mandante, en esa proporción, el importe de 5/7 partes de dicha deuda, caso de que la misma llegara a consolidarse. c) Se condene a las demandadas al pago de todas las costas causadas y que se causen en el presente procedimiento».

⊙ Admitida a trámite la demanda fueron emplazadas las demandadas, alegando la representación de doña Mariana, los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... se dicte en su día sentencia por la que se desestime totalmente la demanda, absolviendo libremente de la misma a mi representada, con imposición de las costas causadas a la parte actora». La representación de doña Margarita alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso y terminó suplicando: «... se dicte en su día sentencia por la que se desestime la demanda, absolviendo de la misma libremente a mi representada al pretender la parte actora cosa distinta de la estipulada por las partes y de su obligado cumplimiento, con imposición de las costas causadas a la parte actora».

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 41 de Madrid dictó Sentencia el 5 de diciembre de 2001 desestimando la demanda.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 19.^a de la AP de Madrid dictó Sentencia el 2 de abril de 2003 estimando el recurso interpuesto por don Marco Antonio y estimando la demanda.

⊙ Doña Margarita y doña Mariana interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia de Juzgado de 1.^a Instancia núm. 41 de Madrid desestimó la demanda. Después de fijar los hechos probados, dijo que en virtud de la escritura de capítulos matrimoniales, cada cónyuge debía responder con sus propios bienes frente a terceros de las deudas que contrajera a partir del pacto sobre el régimen de bienes y ello en aplicación del pacto 4.^o de la escritura de capítulos y que ante la aparente contradicción entre la escritura de capítulos y la de disolución de la sociedad de gananciales, debían prevalecer los pactos contenidos en la primera escritura, porque los de la segunda no tenían virtualidad para cambiar los de la primera. Por ello, «resultando de la documentación aportada que el acta levantada al demandante por la Inspección de tributos del Estado fue motivada por haber declarado la venta en el porcentaje de cotitularidad que le corresponde como una renta proveniente de un incremento patrimonial no afecto a ningún tipo de actividad empresarial, pese a que dicho inmueble se encontraba afecto a una de las actividades empresariales realizadas por don Marco Antonio, ha de considerarse que la contingencia fiscal no tiene su origen en la venta del inmueble sino más bien en el ejercicio de una

actividad empresarial que desempeñaba el actor [...]».

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial estimó la demanda presentada por don Marco Antonio y afirmó que no se trataba de discutir si las herederas debían responder por deudas de su padre, sino por las propias, como efecto de la aceptación de la herencia de la madre, «pues aquellas obligaciones fiscales, no nacen de actos del padre, sino de la venta del inmueble dicho, respecto del cual se habían pactado unas condiciones que han de cumplirse a tenor de lo querido por los contratantes».

El recurso de casación está presentado de una forma difícil de sistematizar para dar respuesta a todas y cada una de las cuestiones planteadas. A los efectos de esta sentencia, se va a entender que se ha dividido en dos motivos, el primero de ellos, referido a la aplicación indebida del artículo 1281.1 y la inaplicación de los artículos 1282, 1286, 1288 y 1287 del CC, y el segundo, relativo a la proporción que el recurrente ostenta en la herencia de su esposa, la difunta doña Lorenza.

El primero de los motivos del recurso denuncia la aplicación indebida del artículo 1281.1 y la

inaplicación de los artículos 1282, 1286, 1288 y 1287 del CC. Los argumentos del motivo, el principal de este recurso, se dividen en diferentes apartados, todos ellos dirigidos a convencer a esta Sala de la ilógica interpretación realizada por la Sala de instancia, de las cláusulas relativas al pago de los impuestos contenidas en las diferentes escrituras que se han reproducido en el Fundamento 1 de esta sentencia. En este primer motivo se hace un repaso a las consecuencias fiscales del contrato de compraventa, la composición de la deuda tributaria originada por la venta del edificio de la calle 000, núm. 000-núm. 001 de Madrid, la oportunidad de incluir los intereses de demora, la cuota del tributo y finalmente, en lo que afecta al núcleo del motivo y, en definitiva, del recurso, la interpretación de la cláusula debatida. Las recurrentes consideran que debe investigarse sobre si estaba o no en la voluntad de las partes incluir la cuota del impuesto de la renta de las personas físicas en la referida cláusula y su respuesta es evidentemente negativa. Sostienen que las cláusulas ya reproducidas en el Fundamento 1 deben ser interpretadas conjuntamente y entienden que entre ambas cláusulas, debe darse mayor valor a la de la primera escritura, ya que fue en esta fecha cuando se establecieron los principios en que se basa la liquidación, mientras que la segunda escritura resulta ser una ejecución de los acuerdos adoptados. Entienden que la conclusión de la sentencia recurrida es contraria a la lógica más elemental, después de analizar las cifras relativas al valor neto del edificio vendido. Asimismo consideran que don Marco Antonio fue el causante de la oscuridad de la cláusula, por lo que no debe interpretarse a su favor y que el impuesto sobre la renta de las personas físicas «no es una de las consecuencias fiscales sobre las que los cónyuges pactaron en la escritura pública de liquidación de la sociedad de gananciales de 24 de febrero de 1992», ya que sólo quisieron referirse al Impuesto sobre el Valor Añadido y el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales. Concluyen este motivo diciendo que «es un despropósito pensar que las partes quisieran pactar una división en la que doña Lorenza hubiera de hacerse cargo de la mayor parte del impuesto personal sobre la renta que estaba obligado a pagar su marido», cuando el patrimonio que se le atribuía a éste era incomparablemente más alto.

El motivo se desestima. A pesar de las explicaciones de la parte recurrente sobre los tipos de impuesto que pueden gravar una compraventa, el problema se centra en determinar el alcance y contenido de la cláusula pactada en la escritura de 24 de febrero de 1992, que decía: «Que las posibles consecuencias fiscales de la venta de la casa en la calle 000, núm. 000-núm. 001 de Madrid serán

soportadas en su día en la proporción, 5/7 y 2/7 en que ha resultado adjudicado el neto de la misma», y que ha sido interpretada por la sentencia recurrida como comprensiva de todas las deudas tributarias nacidas de la venta del inmueble de la calle 000, núm. 000-núm. 001. La interpretación resulta absolutamente lógica y coherente con los negocios jurídicos llevados a cabo por los cónyuges en la liquidación de la sociedad de gananciales y la adjudicación de los bienes que la componían, que tuvo una especial incidencia en lo relativo al inmueble que genera esta litis.

Lo primero que debe advertirse es que a partir de la escritura denominada de liquidación, donde se establecen las bases para las posteriores adjudicaciones, los cónyuges se convirtieron en copropietarios por cuotas desiguales, de dicho inmueble, al haberse extinguido por voluntad propia el régimen de gananciales. Es perfectamente admisible que la partición se efectúe mediante la adjudicación en condominio de los bienes que hasta el momento de la liquidación habían sido gananciales y ello es lo que ocurrió en el presente caso, porque la propiedad típica de los bienes gananciales se concreta en cuotas, desiguales en el caso que nos ocupa, cuando se disuelve la sociedad. De este modo, cuando ambos cónyuges copropietarios vendieron conjuntamente a un tercero el inmueble, cada uno vendió la proporción que tenía en el mismo y por ello también cada uno estaba obligado a pagar los correspondientes impuestos, es decir, cada uno según su cuota, bajo el riesgo de generar un enriquecimiento injusto de quien habiendo obtenido una cuota de 5/7, alega que no debe pagar los impuestos generados por dicha transmisión. Por esta razón resulta absolutamente lógica la cláusula según la cual los copropietarios se hacen cargo del pago de los impuestos correspondientes según la participación en la propiedad. Y esta cláusula no debe ser interpretada conjuntamente con la de la escritura de 4 de noviembre de 1991, porque ésta se refiere únicamente a las consecuencias de la responsabilidad de cada cónyuge en el régimen de separación de bienes que pactaban al extinguir la sociedad de gananciales, mientras que la de la escritura de 24 de febrero de 1992 es una cláusula especial relativa únicamente a los impuestos que deben pagarse en esta concreta venta, dada la situación de cotitularidad creada con la adjudicación de dicho bien ganancial. De la misma forma como los impuestos generados por negocios jurídicos posteriores a la adjudicación, deben ser pagados por el titular de los bienes, los generados por la concreta venta del inmueble de la calle 000, núm. 000-núm. 001 deben ser pagados por cada uno de los copropietarios en la proporción correspondiente a la titularidad que ostentan.

De acuerdo con los anteriores razonamientos, al fallar la sentencia recurrida que cada una de las hijas de don Marco Antonio, como herederas de su madre copropietaria de las 5/7 partes del inmueble vendido, deben responder del pago de las 5/7 partes de la deuda tributaria del demandante por dicha venta no infringe ninguna de las reglas sobre interpretación que se han considerado infringidas en este motivo del recurso:

1.º En primer lugar, como ya es bien conocido, la jurisprudencia de esta Sala ha repetido que la competencia para interpretar los contratos corresponde al juzgador de instancia, a no ser que se demuestre que es ilógica o contraria a las normas legales y de acuerdo con el razonamiento anterior, no se puede entender que la conclusión a que se llega en la sentencia recurrida, incurra en alguno de estos defectos (por todas, SSTs de 1 de octubre y 5 de noviembre de 2007 y 3 y 14 de noviembre de 2008, entre las más recientes).

2.º No puede decirse que se haya infringido la regla del artículo 1282 del CC, que según las recurrentes, obligaría a tener en cuenta los actos coetáneos y posteriores al contrato e interpretar conjuntamente las cláusulas de la escritura de capítulos y la de disolución de la sociedad de gananciales, de 2 de febrero de 1992, ya que en esta última se introduce una regla especial relativa a las consecuencias fiscales de la venta del precitado inmueble que, como regla especial, debe prevalecer sobre la general contenida en la mencionada escritura de capítulos.

3.º Aunque se cita el artículo 1286 del CC, en realidad las recurrentes se refieren al artículo 1285 del CC, que tampoco se ha infringido. Dicha disposición obliga a una interpretación conjunta de las cláusulas de los contratos, por las razones que se han dado en el número anterior: es cierto que el contrato debe interpretarse como un todo (SSTs de 30 de noviembre de 2005 y 13 de abril de 2007), pero aquí se trata de negocios jurídicos diferentes y de una cláusula que afecta a un pacto específico, que es la atribución en cotitularidad, con cuotas distintas, de un bien inmueble en la partición y adjudicación de los gananciales. Por ello no se infringe el canon de la totalidad del contrato.

4.º Finalmente, tampoco puede utilizarse la regla del artículo 1288 del CC, de acuerdo con la que se establece la llamada interpretación *contra proferentem*. No se ha demostrado ni que la cláusula

sea oscura, ni que su autor haya sido el demandado y ahora recurrido. La expresión «consecuencias fiscales de la venta de la casa de la calle 000» es perfectamente comprensible y el sentido que le ha dado la sentencia recurrida no es ilógico, como antes se ha argumentado.

Continuando con el atípico planteamiento del recurso de casación, se debe entrar ahora en el examen del motivo que las recurrentes denominan «tercero», que denuncia incongruencia en la sentencia porque no se ha pronunciado sobre la proporción que en la herencia de la madre debía tener don Marco Antonio y así afirman que «la sentencia impugnada al declarar la responsabilidad de mis mandantes, debería haberse pronunciado sobre la proporción de su responsabilidad, dado que es una cuestión sometida a debate» y añaden que al no haberlo hecho, «ha infringido no sólo el artículo 218.1 de la LEC, sino también ha vulnerado el derecho fundamental de mis representadas a la tutela judicial efectiva».

El motivo se desestima. La atipicidad del planteamiento casacional lleva a las recurrentes a incluir como motivo de casación la violación del artículo 218.1 de la LEC, que debería haber sido planteado como infracción procesal, dentro del número 2 del primer párrafo del artículo 469 de la LEC, como ya es doctrina de esta Sala. Como afirma la Sentencia de esta Sala de 2 de octubre de 2008, «[...] el recurso de casación no comprende el examen de cuestiones procesales, las cuales corresponderían al extraordinario por infracción procesal, aquí no planteado», añadiendo que en el motivo «[...] se plantea una cuestión procesal ajena al recurso de casación. La incongruencia constituye un vicio de la sentencia, cuya denuncia sólo cabe efectuar en el recurso extraordinario por infracción procesal, bien mediante el motivo del ordinal 2.º del artículo 469.1 en relación con el artículo 218.1, ambos de la LEC, o bien mediante el motivo del ordinal 4.º del artículo 469.1 en relación Disposición Final Decimosexta.1.7.^a, inciso final, ambos de la LEC, cuando afecte al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva *ex* artículo 24.1 de la CE. [...] (asimismo STS de 11 de diciembre de 2008). Esta doctrina debe aplicarse al presente motivo al haber planteado las recurrentes el problema de la existencia o no de incongruencia dentro del recurso de casación.

UNIONES DE HECHO

Se estima la reclamación efectuada por la conviviente y se le conceden 161.715 euros por haber existido una relación de pareja durante quince años y haber trabajado aquélla durante varios años como empleada administrativa, sin salario, para la sociedad propiedad del conviviente.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. don Francisco Marín Castán

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Doña María interpuso una demanda de juicio ordinario contra don Ildelfonso solicitando se dictara sentencia por la que «se condene al demandado a pagar a la demandante la cantidad de 625.625 euros para compensar el enriquecimiento que ha experimentado constante la relación, con expresa imposición de costas a la parte demandada».
- ⊙ Turnada la demanda, dando lugar a los autos núm. 152/2002 de juicio ordinario, y emplazado el demandado, éste compareció y contestó a la demanda solicitando su desestimación total con expresa imposición de costas a la demandante.
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Fuengirola dictó Sentencia el 30 de octubre de 2002 estimando la demanda y condenando al demandado a abonar a la actora la cantidad de 30.000 euros.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 4.ª de la AP de Málaga dictó Sentencia el 8 de julio de 2003 elevando la indemnización a 161.175,91 euros.
- ⊙ Doña María interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El litigio causante de este recurso de casación versa sobre las consecuencias económicas de la ruptura de una unión de hecho o no matrimonial entre hombre y mujer cuya convivencia se había prolongado durante algo más de quince años entre 1983 y 1998.

La demanda fue interpuesta por la mujer contra el hombre, tras abandonar éste el hogar familiar que ambos habían constituido en una vivienda propiedad del demandado, alegándose en esencia la colaboración de la demandante «en la llevanza de los asuntos de las sociedades que regentaba» el demandado, su «participación de forma activa en la gestión y administración» de tales empresas, contribuyendo con su trabajo «al crecimiento y consolidación» sobre todo de una de ellas, una sociedad inmobiliaria cuya actividad era sólo incipiente al iniciarse la convivencia y en la que el papel de la demandante habría sido «fundamental para que el

patrimonio de la entidad, y por tanto del demandado, creciera hasta el punto de permitir a la pareja mantener un más que desahogado nivel de vida». Se detallaba que la demandante se había trasladado a vivir con el demandado acompañada de sus dos hijas habidas de una anterior unión matrimonial; que en el año 1985 la demandante había prestado hasta un total de 11 millones de pesetas, mediante distintas pólizas de crédito que suscribía también solidariamente una de sus hijas por provenir el dinero del patrimonio de estas últimas, para ayudar a levantar la empresa del demandado, el cual había devuelto íntegramente los préstamos; que «con el devenir de los años» el patrimonio del demandado «se fue haciendo más abultado», permitiendo a la pareja mantener un alto nivel de vida; que sin embargo la situación cambió bruscamente tras la ruptura de la convivencia, quedando la actora «en

una precaria situación», porque el demandado había promovido contra ella «innumerables procedimientos judiciales» para desahuciarla y, sobre todo, porque en el año 1994 había transmitido las acciones de su principal sociedad a sus hijos, ocultándose a la demandante; que pese al fracaso del primer intento del demandado de privarla de la casa, seguía insistiendo en su propósito; que la demandante carecía de bienes por no haber recibido nada de la liquidación «de su primer matrimonio» y pertenecer en realidad los bienes que había administrado a sus hijas, quienes los habían recibido «de su abuelo materno», teniendo la demandante el usufructo «puramente testimonial» de algunos de ellos; que recientemente la sociedad ahora titular de la vivienda familiar había promovido contra ella acciones declarativa de dominio y reivindicatoria de dicha vivienda, reconviniendo ella a su vez para que se declarase nula la ya mencionada transmisión de las acciones de dicha sociedad por el demandado a sus hijos; que el perjuicio de la demandante era evidente y por ello tenía derecho a una indemnización conforme a la doctrina prohibitiva del enriquecimiento injusto; que el propio demandado debió de pensar que la actora tenía derecho a algún tipo de compensación, porque el 1 de marzo de 1995, como representante legal de la mencionada sociedad, había formalizado con aquélla un contrato de trabajo por tiempo indefinido fijando una indemnización de 40 millones de pesetas, a pagar en cinco años, para el caso de despido improcedente o extinción de la relación laboral, cantidad que la jurisdicción social había considerado desproporcionada aunque no sin puntualizar que se explicaba por la convivencia estable con el demandado desde 1983; y que la cuantía de la indemnización, tomando como «presupuesto necesario» la nulidad de la transmisión de las participaciones sociales por el demandado a sus hijos, debía fijarse en 625.625 euros, cuarta parte del valor en venta del patrimonio de la sociedad, fijado por un agente de la propiedad inmobiliaria en 2.502.500 euros. Luego de invocarse como fundamento jurídico de fondo la doctrina de esta Sala sobre la prohibición del enriquecimiento injusto tras la ruptura de las uniones de hecho, lo pedido en la demanda fue la condena del demandado a pagar a la actora la suma de 625.625 euros «para compensar el enriquecimiento que ha experimentado constante la relación».

El demandado se opuso a la demanda alegando, en síntesis, que ciertamente su relación con la demandante había terminado en 1998 pero que él había seguido viviendo en la misma casa hasta 2001; que en realidad era la demandada quien había querido aprovecharse de la ruptura, interponiendo contra él una demanda de reclamación de alimentos por importe de 500.000 pesetas mensuales que

había sido desestimada; que no era cierta la colaboración de la demandante en la llevanza de los asuntos de la sociedad; que la vivienda no era de él sino de la sociedad, y que las actividades de la demandante para ésta habían sido únicamente de administración, sin contribuir por tanto al incremento del patrimonio social; que lo decisivo había sido la adquisición de suelo urbanizable por el demandado diez años antes de iniciar su relación con la demandante, habiéndolo aportado a la constitución de la sociedad; que los préstamos de la demandante a la sociedad habían sido con un interés del 12% anual; que la demandante, como empleada administrativa de la sociedad en virtud del contrato de trabajo mencionado en su demanda, había percibido un salario de 186.856 pesetas mensuales, más una indemnización de 2.367.822 pesetas al extinguirse la relación laboral; que el patrimonio del demandado no había ido creciendo durante su convivencia con la demandante sino, muy al contrario, disminuyendo hasta caer en la ruina con ocasión de la crisis económica del año 1992; que la demandante era propietaria, en el año 1997, de dos casas cuya nuda propiedad había transmitido a sus hijas; que la demandante no había sufrido ningún perjuicio por la ruptura, siendo el demandado quien se encontraba en la ruina, razón por la cual había tenido que transmitir las participaciones sociales a sus hijos; que el demandado seguía casado porque su matrimonio, contraído en 1969, no estaba aún disuelto, lo cual afectaría a la titularidad de las participaciones sociales aunque se declarase nula la transmisión de éstas a sus hijos; y en fin, que por ello en ningún caso la valoración del patrimonio social ascendería a la propuesta en la demanda, como si fueran bienes privativos del demandado, sino que había que reducirla a la mitad. Y tras citar en los fundamentos de derecho de su contestación a la demanda la jurisprudencia de esta Sala que descarta la aplicación automática de la normativa reguladora del régimen económico-matrimonial o de la comunidad de bienes a las uniones de hecho de pareja, el demandado interesó la desestimación total de la demanda.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda sólo parcialmente y condenó al demandado a pagar a la actora la cantidad de 30.000 euros. Fundamentos de este fallo son, en esencia, los siguientes: que la demandante había realizado «tareas de carácter administrativo» para que las viviendas pertenecientes a la empresa inmobiliaria en cuestión pudieran ser alquiladas, «tales como contactar con los inquilinos, preparar las viviendas en cuanto a menaje, limpieza, mantenimiento, cobrar los alquileres, celebrar los contratos, etc.»; que la indemnización reconocida a la demandante por la extinción del contrato de trabajo celebrado el 1 de marzo de 1995 había sido de 939.653 pesetas; que la deman-

dante había percibido todos los salarios correspondientes hasta la extinción de la relación laboral; que la sociedad inmobiliaria se había constituido en 1973 mediante la aportación por el demandado de una finca rústica con una extensión superior a 10 hectáreas; que dicha sociedad pertenecía en su práctica totalidad al demandado, aunque con carácter ganancial por no constar separación matrimonial de su todavía esposa ni capitulaciones matrimoniales; que no se había probado enriquecimiento del demandado, porque al iniciarse la convivencia él ya había aportado a la sociedad todos los terrenos y había edificado en ellos dos fases de viviendas, siendo además titular de otra sociedad y propietario de una vivienda; que «esta situación económica se vino abajo», en 1994 transmitió a sus hijos todas sus participaciones sociales en la sociedad inmobiliaria y en 1995 cedió la referida vivienda a un acreedor en pago y cesó la actividad de su otra empresa; que por lo tanto antes de la ruptura el demandado tenía «una situación patrimonial mucho peor que la existente al inicio de la relación en 1983»; que la nulidad de la transmisión de las participaciones sociales por el demandado a sus hijos ya se había rechazado en primera instancia; que las tareas de la demandada para la sociedad, puramente administrativas, no habían contribuido al incremento del patrimonio social, pues «no puede pretender la actora que el encargarse de las tareas de alquiler fuese la base o el origen de las ganancias de la sociedad por este concepto»; que sin embargo los principios *iura novit curia* y *da mihi factum dabo tibi ius* permitían aplicar una fundamentación jurídica diferente de la propuesta en la demanda siempre que no se alterase la *causa petendi* ni se mudara la protección; que el principio aplicable era «el de protección al conviviente perjudicado», condición que tenía la demandante por haber estado trabajando sin cobrar durante doce años para la empresa del demandado únicamente por razón de su relación personal de convivencia, «privándose ella de la posibilidad de ejercer su actividad profesional fuera de ese ámbito y de forma remunerada, lo que conlleva no sólo la ausencia de ingresos sino la pérdida de expectativas profesionales»; que el demandado «se ahorró durante ese tiempo el pago de un salario a una tercera persona que desempeñase esas tareas y la actora nada obtuvo a cambio»; y en fin, que el demandado se había desprendido de sus participaciones sociales voluntariamente, «por motivos personales que no han quedado muy bien aclarados».

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación únicamente por la demandante, de suerte que el demandado no sólo dejó de interponer contra aquélla recurso inicial de apelación sino que, al dársele traslado del recurso de la actora,

tampoco la impugnó en lo desfavorable al amparo del artículo 461.1 de la LEC de 2000.

El tribunal de segunda instancia, estimando parcialmente la única impugnación planteada, es decir la de la demandante, revocó en parte la sentencia apelada para elevar la cantidad a pagar por el demandado a 161.715,91 euros. Fundamento esencial de este fallo es que, debiendo respetarse los hechos declarados probados por el juzgador del primer grado, la cuantificación de las tareas no remuneradas prestadas por la demandante al servicio de la empresa del demandado no ofrecía «muchos problemas» y debía ascender a aquella cifra, resultante de multiplicar 186.856 pesetas, última retribución de la demandante por su referido contrato de la etapa final de convivencia, «por las 144 mensualidades no percibidas», lo que arrojaba un saldo de 26.907.264 pesetas. No obstante, se puntualiza también que tomar como base aquella última retribución, pese a que el sueldo habría sido menor en los años anteriores, se justifica porque el dinero que tendría que haber percibido la demandante debía actualizarse a la fecha de reconocimiento de su crédito; y en fin, que no procedía aminorar la cifra fijada, por razón de no haber contribuido la actora a los gastos de la vida cotidiana, porque los litigantes no habían compartido las tareas domésticas sino que su relación había respondido a «patrones tradicionales», ya en vía de superación, según los cuales «los asuntos de la casa correspondían al elemento femenino».

La sentencia de apelación ha sido impugnada únicamente por el demandado, que ante esta Sala interpuso recurso de casación al amparo del artículo 477.2.2.º de la LEC de 2000 sin haber interesado también la preparación de recurso extraordinario por infracción procesal. Dicho recurso de casación se articula en dos motivos, el primero por infracción del artículo 97 del CC y de la jurisprudencia que lo desarrolla y el segundo por infracción del artículo 1438 del CC y de la jurisprudencia que lo desarrolla. No hay, por tanto, recurso ni motivo alguno que impugne la sentencia de apelación por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia (ordinal 2.º del artículo 469.1 de la LEC de 2000 para el recurso extraordinario por infracción procesal), entre las cuales se encuentran las relativas a la exhaustividad, congruencia y motivación de las sentencias (artículo 218 de la misma ley).

Lo antedicho condiciona en gran medida la respuesta de esta Sala a los referidos motivos del recurso, pues el primero, fundado como se ha indicado ya en infracción del artículo 97 del CC y de la jurisprudencia que lo desarrolla, alega que la sentencia impugnada «en lugar de conceder

una pensión compensatoria, aunque sea mediante el pago de una cantidad única, o incluso en lugar de conceder una indemnización por el enriquecimiento injusto (para el caso de que se estime que es éste el fundamento de la indemnización)», concede un salario sin tener en cuenta que si la actora lo hubiera reclamado «el mismo hubiera prescrito» y, además, «tendría que haberlo hecho en la jurisdicción laboral, a donde sí acudió en demanda de otras pretensiones distintas a las que ahora ejercita». Se añade que la actora no reclamó en su demanda el salario no percibido durante el tiempo en que trabajó para los negocios del recurrente; que la demanda se fundaba en el enriquecimiento injusto por el incremento del patrimonio del hoy recurrente gracias al trabajo de la demandante; que pese a ser rechazado tal fundamento por el juzgador del primer grado, éste, con base en los principios *iura novit curia* y *da mihi factum dabo tibi ius*, había estimado en parte la demanda «en base a una distinta fundamentación jurídica de la que se ofrecía por la actora»; que como ésta no reclamaba sueldo alguno, «no fue objeto del procedimiento ni fue objeto de prueba el momento exacto del inicio de la actividad laboral de administrativa de [la demandante], ni el número de horas diarias que dedicaba a dicho trabajo»; que estas carencias procesales no tuvieron trascendencia en primera instancia porque el juzgador del primer grado, al no partir de bases ciertas para cuantificar la indemnización a favor de la actora, «la fijaba de una manera prudencial, que esta parte aceptó»; que sin embargo la sentencia de apelación sí fijó la indemnización de un modo concreto, haciéndolo en 144 mensualidades a razón de 186.856 pesetas cada una; que para tal determinación no se ha tenido en cuenta la improcedencia de computar el año 1995 por completo, ya que la actividad no remunerada lo fue tan sólo hasta el 28 de febrero de dicho año, de suerte que se le estaría duplicando el salario durante los últimos diez meses de ese mismo año; que tampoco procedía computar el año inicial, 1983, por completo, ya que no se precisa en qué mes de tal año empezó a trabajar la demandante para la empresa del hoy recurrente; que si en lugar de 144 mensualidades se tuvieran en cuenta 123, la diferencia sería de 3.923.976 pesetas (23.583,67 euros); y en fin, que lo pretendido de esta Sala no es que se revise la cuantía de la indemnización sino que se revisen sus bases.

Todo este desarrollo argumental viene precedido de un párrafo, inmediatamente posterior al encabezamiento del motivo, en el que el recurrente considera que la jurisprudencia «se ha decantado ya por la aplicación analógica del artículo 97 del CC a las uniones de hecho, abandonando el viejo sistema del enriquecimiento injusto, fuertemente criticado por la mayoría de la doctrina científica»,

y en apoyo de su tesis cita la Sentencia de 16 de julio de 2002 que a su vez cita las de 27 de marzo y 5 de julio de 2001.

Pues bien, el motivo así planteado ha de ser desestimado por las siguientes razones, cada una de ellas suficiente por sí sola para justificar esta decisión:

1.^a Aunque formalmente se cite como infringido el artículo 97 del CC y la jurisprudencia que lo desarrolla, lo que materialmente plantea el motivo es una incongruencia de la sentencia, y no sólo de la recurrida en casación sino también de la de primera instancia. Esta cuestión, que es la que en verdad concentra el alegato del motivo, nada tiene que ver con el artículo 97 del CC ni con la jurisprudencia de esta Sala sobre las uniones de hecho.

2.^a Si el hoy recurrente entendía que la sentencia de primera instancia no se había ajustado a los términos del debate, fundando su fallo en hechos que no habían sido objeto de prueba, bien podía haber añadido su impugnación a la de la demandante mediante la vía que le brindaba el artículo 461.1 de la LEC de 2000, que es la indicada para cuando una de las partes se aquieta en principio con un fallo de primera instancia que no le resulta totalmente favorable y que es impugnado por la parte contraria, con el consiguiente riesgo de que en apelación se agrave en su contra ese pronunciamiento.

3.^a Si el hoy recurrente consideraba que la sentencia de apelación aumentaba más aún la incongruencia de la sentencia de primera instancia, optando por una fórmula indemnizatoria ajena ya del todo a los términos del debate según venía planteado por las partes, la vía de impugnación adecuada era el recurso extraordinario por infracción procesal, como demuestra el artículo 469.1.2.º en relación con el artículo 218, ambos de la LEC de 2000, no el recurso de casación, que en cualquier caso podría haberse acumulado al primero en la forma determinada por la Disposición Final Decimosexta de la misma ley procesal.

4.^a El motivo pretende que esta Sala resuelva en función de puras hipótesis sobre el mes en que la demandante empezó a trabajar para la empresa del demandado en el año 1983, o sobre su grado de dedicación, con lo cual se produciría una nueva incongruencia, ahora de esta misma sentencia de casación.

5.^a Tampoco tiene nada que ver el artículo 97 del CC, cuya redacción a considerar sería la anterior a su reforma por la Ley 14/2005, con lo que el recurrente pretende materialmente, pues en el motivo no se propone sustituir la indemnización por una pensión ni se enuncia circunstancia algu-

na de las que dicho precepto contempla, sino que se persigue, pura y simplemente, reducir la cuantía del tal indemnización atendiendo al tiempo durante el cual habría estado trabajando realmente la actora para la empresa del demandado sin percibir salario; esto es, aceptando en principio las bases o punto de partida de la sentencia impugnada pero corrigiendo los datos puramente de hecho al respecto.

6.ª Por último, no es cierto que la jurisprudencia de esta Sala se haya decantado por la aplicación analógica del artículo 97 del CC a las uniones de hecho. Muy al contrario, la Sentencia de 12 de septiembre de 2005 (recurso 980/2002), especialmente relevante al haberse dictado por el Pleno de los Magistrados de esta Sala en atención a la diversidad de soluciones, o más bien de fundamentos, que se daban a problemas similares generados por la ruptura de uniones de hecho, descartó la aplicación analógica de normas propias del matrimonio, como son los artículos 97, 96 y 98 del CC, para optar en cambio por aplicar el principio general prohibitivo del enriquecimiento injusto (FJ 3), esto es, precisamente por la solución que en el motivo se considera como «viejo sistema» ya abandonado.

Parecidas razones conducen también a la desestimación del segundo y último motivo del recurso, pues aunque formalmente fundado en infracción del artículo 1438 del CC y jurisprudencia que lo desarrolla, materialmente vuelve a plantear cuestiones del todo ajenas al ámbito de la norma citada, hasta el punto de no mencionarse ni una sola sentencia como exponente de la jurisprudencia que se dice infringida.

Así, tras una breve comparación de las sentencias de ambas instancias, alegándose que la del primer grado sí valoró que la demandante no había tenido que hacer frente a las «cargas del matrimonio» mientras que la de apelación no dedujo cantidad alguna por esa omitida contribución, al tiempo que calificaba de efectiva contribución la dedicación de la actora a las tareas domésticas, lo cual sería improcedente según la doctrina científica por referirse el citado artículo 1438 al cónyuge que sin actividad remunerada alguna se dedica exclusiva o principalmente a los trabajos del hogar, el desarrollo del motivo se dedica a reprochar a la sentencia impugnada el haber considerado como probado un hecho no declarado como tal por la de primera instancia y que no fue objeto de prueba, cual es el de la dedicación de la actora a las tareas domésticas y la falta de contribución del demandado a las mismas, lo cual no sería más que una presunción. Y a continuación se alega que la aplicación del principio *iura novit curia* ha causado indefensión al hoy recurrente porque «los hechos

y fundamentos de la demanda fueron planteados en términos muy distintos a los que acogió la sentencia de primera instancia»; que si en la primera instancia se hubiera planteado la cuestión como relativa a una indemnización por el tiempo durante el cual la actora había trabajado para la empresa del demandado, «el tema fundamental de discusión hubiera sido el de su contribución a las cargas de la familia y el de la dedicación de ambos convivientes a las tareas domésticas»; que en tal caso el hoy recurrente habría podido acreditar no sólo su ayuda en las tareas domésticas sino también que «siempre tuvo en la casa una mujer que se encargaba de esas tareas domésticas, lo cual no es sino la lógica consecuencia del alto nivel de vida que los convivientes llevaron hasta la crisis económica»; y en fin, que como nada de eso se planteó, la aplicación del principio *iura novit curia* tenía que haber tenido el límite de la no introducción de hechos nuevos, como dispone el artículo 400.1 de la LEC.

Bien claramente se advierte, pues, que lo realmente planteado en este motivo es, otra vez, una incongruencia de la sentencia de primera instancia, no impugnada en su momento por el hoy recurrente según se ha razonado ya, y una segunda o reduplicada incongruencia de la sentencia de apelación, cuestión propia en cualquier caso del recurso extraordinario por infracción procesal a la que se añaden otras puramente probatorias o de falta de prueba.

Finalmente, en lo que estrictamente atañe a la cita del artículo 1438 del CC, el recurrente lo invoca como si la unión de los litigantes hubiera sido matrimonial en régimen de separación de bienes, ya que ninguna justificación se hace de su aplicación analógica a lo que en realidad fue una unión extramatrimonial, y además rebatiendo el hecho probado, según la sentencia recurrida, de que fue la demandante quien asumió las tareas domésticas, lo que hace incurrir al motivo en el vicio casacional de la petición de principio o hacer supuesto de la cuestión.

De todo lo antedicho se desprende que el desarrollo del litigio en las dos instancias y en casación no ha permitido a esta Sala examinar una posible incongruencia entre lo pedido y la causa de pedir, de un lado, y lo resuelto por los órganos de instancia, de otro, del mismo modo que tampoco ha sido posible analizar la cuestión de fondo desde la jurisprudencia que aplica la prohibición del enriquecimiento injusto a las situaciones resultantes de la ruptura de una unión no matrimonial, lo cual habría necesitado a su vez, además del correspondiente motivo de casación, de un mayor rigor en la exposición probatoria de todas las circunstancias

de hecho que presidieron los más de quince años de relación entre los litigantes, algunas de las cuales fueron reseñadas en los escritos rectores del pleito pero posteriormente quedaron en el olvido tanto de las partes como de los órganos de ambas instan-

cias, como por ejemplo la de que perteneciera al demandado hoy recurrente la vivienda a la que se trasladó a vivir la demandante con sus dos hijas y en la que dicha demandante continuaba viviendo al tiempo de interponer su demanda.

SUCESIONES

Ante la reclamación de legítima correspondiente a una hija extramatrimonial, dada la iliquidez de la cuantía y aplicando el principio *in iliquidis non fit mora* se desestima la petición de que los intereses se abonen desde la fecha de interposición de la demanda.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña Antonieta interpuso contra doña Flora demanda de juicio de menor cuantía solicitando que se dictase sentencia «por la que se condenase a doña Flora a abonar a mi mandante la doceava parte del valor en que se fije el patrimonio relicto de don Rodrigo el día 26 de octubre de 1999 en que se produjo su fallecimiento, más los intereses legales de dicha suma desde el momento de presentación de la demanda». La base esencial de ésta era el ejercicio de la acción reconocida por el artículo 350 del Código de Sucesiones de Cataluña, encaminada a que la demandada, como heredera de don Rodrigo, abone a su hija extramatrimonial la legítima que le corresponde. Tal estado de filiación en relación con don Rodrigo le fue reconocido a la actora por la Sentencia dictada por la Sec. 11.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, el 11 de mayo de 1989, confirmada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de junio de 1991.
- Admitida a trámite la demanda y emplazada la mencionada parte demandada, su representante legal la contestó oponiéndose a ella, en base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando se dictase sentencia «por la que: a) Estimando la falta de legitimación activa de la actora, desestimase íntegramente la demanda formulada, absolviendo de ella a mi representada, con expresa imposición de costas a la parte demandante. b) Y, para el caso de no estimarse dicha falta de legitimación activa, determine y fije, en base a las pruebas practicadas, la cuantía de la porción legitimaria que corresponda a la actora en la sucesión causada por don Rodrigo, cuya suma, una vez firme la sentencia, será satisfecha por esta parte en legal forma; sin pronunciamiento expreso sobre pago de costas».
- El Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Barcelona dictó Sentencia el 29 de mayo de 2002 estimando la demanda y condenando a doña Flora, como heredera del finado don Rodrigo, a pagar a la demandante, en su calidad de legitimaria de éste, la suma de 96.969,53 euros sin imponer las costas del juicio a ninguna de las partes.
- En grado de apelación, la Sec. 4.ª de la AP de Barcelona dictó Sentencia el 17 de julio de 2003 desestimando el recurso interpuesto por doña Antonieta.
- Doña Antonieta interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El motivo primero, al amparo del artículo 477.2.2.º de la LEC, acusa infracción del artículo 659 del Código Civil, pues si no se integró en el patrimonio relicto el valor del consultorio del causante don Rodrigo, tampoco podrían deducirse del mismo las cargas de dicho Consultorio, máxime al haber sido regentado por dicho Sr. Rodrigo y por su viuda, la demandada doña Flora, y haber considerado la sentencia que la mitad de los inmuebles pertenecían a la misma, lo que —dice la recurrente— la obligaba al pago del importe de dichas deudas, que por consiguiente no podían deducirse del caudal relicto. El motivo se desestima, pues el que la sentencia recurrida no dé un valor propio como negocio o empresa al Consultorio, no significa que las deudas contraídas por el causante en su ejercicio profesional de odontólogo no hayan de inventariarse en el pasivo de su herencia, ni son obligaciones *ob rem* intrínsecamente ligadas a los inmuebles dedicados a dicho ejercicio. Además, la pretensión de la recurrente de que la demandada doña Flora estaba obligada al pago de la mitad, pues la sentencia le reconoce esa cuota en los inmuebles, sería una cuestión nueva en casación, ya que en el escrito de interposición del recurso de apelación la hoy recurrente, en su día apelante, no dijo nada sobre ello (folios 742 y 743 de autos), y esta Sala tiene como doctrina reiterada la de que está vedado el planteamiento de cuestiones nuevas en el recurso de casación (Sentencias de 10, 28 y 31 de diciembre de 1999, 26 de abril y 7 de noviembre de 2005 y las que cita).

El motivo segundo, al amparo del artículo 477.2.2.º de la LEC, acusa infracción del artículo 1108 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta, pues la sentencia recurrida ha aplicado el principio *in iliquidis non fit mora*, que ha sido rechazado por la jurisprudencia más moderna de este Tribunal Supremo desde la Sentencia de 5 de marzo de 1992, mantenida ininterrumpidamente hasta la más reciente de 16 de enero de 2003. En el presente caso —continúa la recurrente—, adeudando la demandada doña Flora la suma de 16.134.372 pesetas, reconocida por la sentencia, y admitiendo adeudar a la menor de 7.868.835 pesetas, de mantenerse la sentencia recurrida no sólo se producirá un enriquecimiento injusto de la misma, al haberse lucrado con los beneficios de dicha

suma indebidamente retenida en su poder, sino que se animaría a los deudores morosos a esperar el proceso para lucrarse mientras tanto con los frutos civiles de las sumas indebidamente retenidas en su poder. El motivo se desestima. Ciertamente que la jurisprudencia de esta Sala ha flexibilizado la aplicación del brocado jurídico *in iliquidis non fit mora*, para evitar los efectos que acabamos de consignar, precisamente en los casos en que se demanda el abono de cierta cantidad, y el deudor demandado se niega o estima que la cuantía debida es menor. Pero flexibilizarlo no significa prescindir por completo de él, porque iría contra la realidad de las cosas: un deudor no puede ser moroso si no sabe qué o cuánto debe, ni ningún acreedor puede reclamar nada en estas condiciones. Si la concreción de lo debido hace necesario de todo punto su fijación en una sentencia, hasta que la misma no se dicte la cantidad no es líquida, y si la necesidad proviene de la oposición arbitraria, poco o nada racional, o mala fe del demandado, la cantidad fijada en la sentencia devengará intereses moratorios desde la interposición de la demanda. En el caso de autos, la necesidad de la declaración judicial era objetiva, pues la actora, hoy recurrente, no pidió la condena de la demandada al pago de una determinada cantidad, sino que su pretensión, contenida en la «súplica» de su demanda, fue la de que fijase el valor del patrimonio relicto a don Rodrigo en la fecha de su fallecimiento, se le abonase la doceava parte y los intereses legales desde la presentación de la demanda. Es claro lo imprescindible que era la concreción de aquel valor, y por ello no se podían conceder intereses moratorios debido a que no existía todavía ninguna cantidad de los que emanarían. Por último, hay que señalar que fue la conducta de la propia recurrente la que le impidió gozar de la cantidad que le reconocía la sentencia de primera instancia, pues fue ella la que únicamente la apeló e interpuso recursos contra la sentencia de la Audiencia. Así las cosas, en modo alguno puede acusarse de retención indebida de sumas a la demandada, y no es admisible que las consecuencias que para la economía de la actora suponen sus actuaciones procesales recaigan sobre aquélla.

SUCESIONES

Efectuada la partición de forma consensual por los herederos, el contador partidador designado por el testador carece de legitimación para impugnarla.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Fátima interpuso demanda de mayor cuantía contra doña Valentina, doña Carmen, don Leonardo y don José Ángel, en su calidad de hijos y herederos de don Óscar; contra doña Ángela, en su calidad de albacea y contadora partidora de la herencia de don Óscar, con facultad de intervención en el legado que él mismo ordenó sobre el tercio de libre disposición; y contra el Ministerio Fiscal. En el suplico de la demanda se solicitaba en esencia los siguientes pronunciamientos: a) Que se declarase la ineficacia por ser radicalmente nula, o subsidiariamente, la ineficacia como anulable por error en el consentimiento prestado por la actora, de la aprobación de las operaciones particionales de la herencia de don Óscar el 24 de abril de 1995; así como la escritura de protocolización del cuaderno particional de la antedicha herencia de 26 de abril de 1995. b) Que declarase que en las operaciones particionales de la herencia de don Óscar deben traerse a la masa hereditaria para determinar la base de cómputo las atribuciones realizadas por el testador, la mitad de su valor actual al tiempo de realizarse la partición, de los bienes donados por el causante a sus hijos los demandados, así como de cualesquiera otros que hubiera transmitido *inter vivos* por igual título a éstos. A continuación relacionaba treinta y cuatro fincas urbanas, que describía, donadas a dichos hijos y herederos. c) Que se declarase que el tercio de libre disposición de la herencia de don Óscar, debe corresponder al conjunto patrimonial formado como integrando el caudal relicto en el cuaderno particional protocolizado el 26 de abril de 1995, más el conjunto de bienes inmuebles relacionados en el pedimento anterior. d) Subsidiariamente, y en el supuesto de que no se acoja el primer pronunciamiento, por entender que la partición practicada no es nula sino completable en los términos del artículo 1079 del Código Civil, se declarase que ésta debía ser completada o adicionada en los términos que exponía. e) Que se condenase a los hijos y herederos, junto con los albaceas y administradores del legado del tercio de libre disposición, doña Ángela y doña Fátima, a practicar en ejecución de sentencia las operaciones particionales resultantes de los pedimentos anteriores en los términos de éstos que se acojan por la sentencia suplicada.

⊙ Admitida a trámite la demanda y emplazada la mencionada parte demandada, su representante legal la contestó oponiéndose a ella, con previa proposición de la excepción de falta de personalidad de la actora doña Fátima, por carecer de las cualidades necesarias para comparecer en juicio, dando al pleito el curso correspondiente, y en su día dictar sentencia admitiendo dicha excepción o, en caso de no ser admitida, desestimar por completo la demanda absolviendo libremente de ésta a mis representados, y subsidiariamente para el supuesto de ser admitida la colación pedida de contrario, incluir en ella las donaciones efectuadas con el mismo fin del legado, por el causante a favor de las escuelas en Hispanoamérica, y ello con imposición a la demandante de todas las costas causadas.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Madrid dictó Sentencia el 6 de mayo de 1989 desestimando la excepción de falta de personalidad de la demandante y desestimando la demanda.

- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 10.^a bis de la AP de Madrid dictó Sentencia el 10 de junio de 2002 confirmando la sentencia del Juzgado con la única salvedad del pronunciamiento sobre costas procesales, revocando la condena a su pago verificada en la primera instancia, y ello sin efectuar especial pronunciamiento sobre las costas procesales de la segunda instancia.
- ⊙ Doña Fátima interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Como cuestión previa a la resolución que hubiera de recaer sobre el recurso de casación articulado, el Tribunal Supremo se plantea si la actora posee legitimación para formular las pretensiones que dirige contra los demandados, que ya han partido de común acuerdo la herencia de don Óscar, y se han adjudicado por tanto los bienes y derechos que aceptaron que componía dicha herencia. El tema central de la legitimación activa puede ser examinado de oficio por esta Sala, según ha declarado en reiterada jurisprudencia (Sentencias de 30 de enero de 1996, 21 de abril y 3 de diciembre de 2001, 28 de diciembre de 2007 y 6 de junio de 2008).

Don Óscar otorgó testamento notarial abierto el 18 de noviembre de 1994, falleciendo el 4 de diciembre del mismo año. Las disposiciones testamentarias fueron las siguientes:

«Primera.—Ordena que el pleno dominio del tercio de libre disposición de su herencia se destine a la creación de escuelas en los países más necesitados de Hispanoamérica. La ubicación y dotación se determinará por los albaceas que después designará, quienes decidirán por mayoría, resolviendo, además, con la mayor amplitud cuantas cuestiones puedan surgir para el mejor cumplimiento del fin que el testador persigue con este legado.

Segunda.—Instituye herederos por partes iguales a sus nombrados hijos, a los que sustituye vulgarmente para caso de premoriencia con los descendientes que dejaren.

Tercera.—Nombra albaceas, contadores partidores, a doña Ángela, doña Fátima y don Daniel, que actuando conjuntamente dos cualesquiera de ellos o los tres, a su voluntad, intervendrán aunque los herederos estén de acuerdo en la realización de partición y a quienes confiere cuantas facultades necesiten para el desempeño de sus cargos, para lo que tomarán posesión de los bienes hereditarios, administrándolos; cobren y paguen cuantas cantidades deba percibir o abonar el testador por cualquier título o concepto, exijan y liquiden cuentas que aprobarán; entreguen legados de todas clases; retiren del Banco de España, o de cualquier otro banco, compañía, sociedad o particular, los depósi-

tos en metálico, valores o efectos públicos de todas clases constituidos a su favor, incluso en cajas de seguridad, así como en saldos de las cuentas corrientes o de crédito que el testador tenga abiertas.

Vendan toda clase de bienes muebles, inmuebles o participaciones indivisas de los mismos, en el precio y las condiciones que estimen, pudiendo también permutarlos. Cancelen, extingan y rediman, total o parcialmente hipotecas, censos, condiciones resolutorias expresas y demás gravámenes de naturaleza real. Tomen a préstamo cuantas cantidades sean precisas para el mejor cumplimiento de la voluntad del testador, constituyendo garantías de todas clases, incluso hipotecaria y pignoraticia. Representen a la testamentaria en juicio y fuera de él, así como en las oficinas del Estado, comunidad autónoma, provincia, municipio, compañías, sociedades y particulares, en todos los asuntos que interesen a la misma. Soliciten copias, testimonios y certificaciones de toda clase de documentos y den cumplimiento a todas las obligaciones contraídas por el testador por documento público o privado. Insten y contesten toda clase de actas notariales.

Formalicen las operaciones e inventario, avalúo, liquidación, división y adjudicación de la sociedad conyugal en su caso, y de la herencia, y practiquen, en fin, cuantos actos, gestiones y diligencias sean precisas para el mejor y más preciso cumplimiento de la voluntad del testador, prorrogándoles el plazo legal de un año, en dos años más.

Cuarta.—Prohíbe la intervención judicial en su testamento y ordena que el hijo que la promoviere quede reducido a su legítima estricta».

De las disposiciones testamentarias transcritas resulta claro que el testador no prohibió a sus hijos y herederos la partición, ni encomendó a los contadores partidores que nombraba, y de los cuales uno de ellos renunció a su cargo, su práctica. Sólo dispuso que si sus herederos estaban de acuerdo en realizarla, lo podían hacer «interviniendo» aquéllos, pero sin salirse en absoluto de la indefinición y vaporosidad que tiene el verbo intervenir. En defecto, no dijo el testador el motivo ni en función de

él concretaba las facultades de la «intervención» de los contadores partidores.

Cabalmente es el último supuesto el que se ha dado en esta litis. Los hijos y herederos del causante junto con dos de los contadores partidores designados (doña Ángela y doña Fátima) son los que han realizado y aprobado las operaciones divisorias de la herencia, protocolizadas en la escritura pública cuya nulidad se pide.

Ahora bien, la intervención en la partición hereditaria de doña Ángela y doña Fátima no altera la naturaleza contractual de la misma: son los hijos y herederos del causante los que en realidad parten y adjudican los bienes hereditarios, y de acuerdo con el artículo 1058 del Código Civil, pueden distribuirlos de la manera que tengan por conveniente. Las susodichas doña Ángela y doña Fátima no se han opuesto ni formulado objeciones al modo y manera con el que han procedido los herederos, pues a ello se debe entender concretada su potestad de «intervenir» en la partición que les confería el testamento.

Así las cosas, no es razonable que la actora doña Fátima, pretenda en este litigio la nulidad absoluta o relativa de la partición por entender que el haber hereditario se había calculado erróneamente con arreglo al artículo 818 del Código Civil, pues a los bienes dejados por el causante no se sumaron las donaciones hechas en vida por él a sus hijos y herederos. Esta Sala ha declarado que la aprobación por los interesados de las operaciones particionales pone término a las labores de los albaceas contadores partidores, «sin que les sea lícito practicar nuevas operaciones que modifiquen o sustituyan a las ya aprobadas aunque hayan incurrido en éstas en errores de valoración, omisión de bienes o adjudicación indebida, cuya enmienda, como el ejercicio de las acciones que de ella se deriven corresponde a los herederos» (Sentencia de 14 de febrero de 1952). En la misma línea, también ha negado legitimación pasiva al contador partidor una vez efectuada la partición, pues se extingue el «interés legítimo» que le vinculaba a la misma (Sentencias de 15 de julio de 1988 y 28 de mayo de 2004). Si todo ello se dice respecto del contador partidor que ha desarrollado sus funciones como tal hasta la partición,

con mayor lógica se ha de aplicar a un caso como el litigioso en que la figura del contador partidor se ha limitado a «intervenir» en una partición acordada y llevada a la práctica por los herederos, en modo alguno a partir, y son éstos los que pueden distribuirse la herencia como estimen conveniente, por lo que no hay obstáculo legal para que, de común acuerdo, no computen como bienes de la misma las donaciones que les hizo el causante.

Por la actora se hace hincapié también en las facultades que tenía sobre el tercero de libre disposición como fundamento de las pretensiones esgrimidas en este juicio. Sin embargo, no hay nada que justifique la nulidad de la partición.

En efecto, las personas facultadas para contar y partir son además albaceas de la herencia, con facultades para designar la ubicación y dotación de las escuelas en Iberoamérica. En modo alguno pueden atribuirse el tercio de libre disposición de herencia, el cual no fue legado por el testador a nadie en concreto, sólo se limitó a señalar el destino (creación y dotación de escuelas en Iberoamérica). En estas circunstancias, no es difícil caracterizar a la figura como una institución modal, que puede incardinarse en el artículo 797 del Código Civil, como institución modal de los herederos. Todo lo que no sea una acción para exigir a los mismos el cumplimiento del modo testamentario está fuera del ámbito de actuación de los albaceas, y desde luego, lo está una acción dirigida a la nulidad de la partición por error en el inventario, en el cual no se computaron las donaciones, hechas por el causante en vida a sus hijos. Los albaceas aceptaron en la partición el bien correspondiente para realizar el destino marcado al tercio de libre disposición, pero no porque ellos mismos fuesen legatarios de la cuota de dicho tercio, ni fuesen otra cosa que interesados en el cumplimiento del modo.

Acusada la falta de legitimación activa de la recurrente para interponer este recurso, como antes la demanda y apelación, ha de desestimarse aquél, confirmando la resolución recurrida, aunque por otros motivos distintos, que ya han quedado expuestos. Con condena en costas en este recurso a la recurrente.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Extinción de la pensión alimenticia de la hija que abandonó sus estudios a los 16 años, colocándose voluntariamente en disposición de poder trabajar en aquellas ocupaciones a las que puede accederse desde dicha preparación, y tuvo desde entonces varios trabajos de poca entidad, abandonados voluntariamente, no habiendo acreditado que en la actualidad lleve a cabo una búsqueda activa de empleo, lo que supone que ella misma, con su inactividad, ha creado esa situación de necesidad.

TSJ DE ARAGÓN, SENTENCIA DE 2 DE SEPTIEMBRE DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Samanes Ara

Don Adolfo solicitó en su demanda (de juicio de divorcio contencioso y de modificación de medidas definitivas) que se declarase extinguida la pensión de alimentos a favor de su hija mayor de edad Amparo, pretensión que basó en la alegación de que había abandonado voluntariamente sus estudios a los 16 años, y en la evidente posibilidad de encontrar trabajo para una persona joven en la sociedad actual.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Ejea de los Caballeros, con invocación de los apartados 3 y 5 del artículo 152 del Código Civil, declaró el cese de la obligación del actor de prestar alimentos a su hija. La resolución partió de los siguientes hechos acreditados: desde que puso fin a su etapa académica, a los 16 años, ha trabajado menos de dos meses en total; figura como demandante de empleo, pero no se ha justificado que además de inscribirse en el INAEM, Amparo esté llevando a cabo una búsqueda activa de ocupación laboral sin hallarla, mas bien parece que espera a ser llamada para trabajar. En los tres trabajos que ha tenido, ha cesado por lo visto voluntariamente en ellos porque se llevaba mal con las encargadas. Y considerando que si la hija del demandante no tenía un oficio era por falta de aplicación o bien en la búsqueda del mismo o en el desempeño de los que había encontrado, concluyó que esa situación

de necesidad es creada por la propia alimentista con su inactividad.

La sentencia de apelación revocó la sentencia de instancia en cuanto a la extinción de la pensión de alimentos. En su fundamentación jurídica, aludió a la actual situación del mercado laboral, poco propicia para la adquisición de empleo y en edades como la de la alimentista; al principio de la solidaridad familiar y a su fundamento constitucional, y al imperativo de interpretar las normas atendiendo a la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas. Y tras razonar que al margen de la actitud que pudiera mostrar la alimentista y que pueda ser valorada en un momento posterior, esta situación no puede repercutir únicamente en contra de la demandada, con la que convive la hija, señaló que lo que es incuestionable es que ésta no tiene la suficiente independencia económica para considerar adecuada la supresión de la pensión alimenticia sin que sea obstáculo para ello que la alimentista haya adquirido la mayoría de edad (artículo 66.1 de la Ley 13/2006).

La recurrente articula un único motivo de casación, en el que sin la adecuada separación denuncia infracción del artículo 66.1 de la Ley aragonesa 13/2006, de Derecho de la Persona, de los artículos 142 y 152.5.º del Código Civil, y asimismo del 93 del

mismo cuerpo legal, si bien en su argumentación no especifica razones por las que entiende infringido este último.

En cuanto al precepto aragonés citado, se expresa en el recurso que el mismo exige para su aplicación (por tanto, para que se mantenga el deber de los padres de sufragar los gastos de crianza y educación) que concurren conjuntamente dos requisitos: a) que el hijo no hubiera completado su formación profesional, y b) que no tuviera recursos propios.

El derecho aragonés no contiene una regulación completa de la obligación de alimentos. No obstante, el referido artículo 66.1, en sede del deber de crianza y autoridad familiar, contempla el supuesto en el que el deber de los padres de sufragar los gastos de crianza y educación pervive a pesar de que el hijo haya alcanzado la mayoría de edad o emancipación y siempre que concorra la circunstancia indicada en el inciso final de la regla: que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete. Y el supuesto de hecho allí previsto es, en efecto, que dicho hijo no hubiera completado su formación profesional y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos. El precepto pretende así, dar respuesta a los problemas que en la práctica plantea la situación de los hijos ya mayores de edad pero que carecen de autonomía económica y de la formación profesional necesaria para conseguirla.

Por tanto, la obligación de alimentos que la sentencia dictada en el proceso de separación impuso al padre, aun cuando no se extinga automáticamente por el hecho de haber alcanzado la hija la mayoría de edad, no es ni puede ser por tiempo indefinido, sino sólo en tanto concurren las antedichas circunstancias en las que se justifica la prolongación del deber de crianza y educación. Otra cosa sería favorecer una situación vital pasiva que puede devenir —utilizando una expresión del Tribunal Supremo— en un «parasitismo social». Por eso, esa duración hasta los 26 años que menciona el párrafo segundo de la norma cuya infracción se denuncia (y en el que se apoya la parte recurrida en su escrito de oposición) sólo tendrá lugar cuando el hijo que no ha terminado su formación mantenga una actitud diligente, porque de lo contrario deja de ser razonable exigir a los padres sufragar sus gastos.

La sentencia aquí recurrida nada expresa a propósito de los hechos acreditados de los que parte la sentencia apelada, por lo que a tal resultancia ha de estarse. Según ésta, como ha quedado expuesto, a los 16 años la hija del actor decidió que no quería seguir estudiando una vez cumplido el período de enseñanza obligatoria. Obtuvo trabajo en tres ocasiones, y en las tres lo abandonó voluntariamente.

La juzgadora de instancia valora los hechos concluyendo que la situación de necesidad fue creada por la propia alimentista, por lo que declara el cese de la obligación del padre (y para lo que contó, contra lo que se afirma en el escrito de oposición al recurso, con datos suficientes). Y ello salvando la posibilidad de que la hija pueda en el futuro y si se dan los presupuestos para ello, ejercitar la acción de reclamación de alimentos frente a su padre (lo cual está previsto expresamente en el inciso final del apartado segundo del repetido artículo 66).

Como se infiere de lo expuesto, Amparo optó a los 16 años por dar por completada su formación, con lo que voluntariamente se colocaba en disposición de poder trabajar en aquellas ocupaciones a las que puede accederse desde dicha preparación. Y según apreció la juzgadora, desaprovechó las oportunidades que tuvo de hacerlo. Así las cosas, por un lado no estaba en la situación de tener que completar su formación; por otro lado la falta de recursos le era imputable. En consecuencia, la sentencia acertó al declarar extinguida la obligación del padre.

Indicaremos, además, que la referida sentencia se acomodó a la jurisprudencia del Tribunal Supremo conforme a la que los alimentos a los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que subsisten si se mantiene la situación de necesidad no imputable a ellos (así, SSTs de 5 de noviembre de 2008, 28 de noviembre de 2003 y 24 de abril de 2000).

Por su parte, la sentencia de apelación, como ha quedado apuntado en el fundamento primero, otorga relevancia esencial a la carencia de independencia económica como base para mantener la pensión de alimentos a pesar de que la alimentista alcanzó la mayoría de edad, con invocación del artículo 66.1 de la LDP. Pero comienza el razonamiento con la expresión: al margen de la actitud que pudiera mostrar la alimentista y que pueda ser valorada en momento posterior, con lo que prescindir (sin dar razones para ello) de las circunstancias y hechos apreciados en la sentencia del Juzgado, a las que superpone genéricas alusiones como la que se hace a la actual situación del mercado laboral, dando por buena una inercia en la duración de la pensión que no tiene amparo en la ley.

Se ha producido de este modo la denunciada infracción del artículo 66.1 de la Ley Aragonesa de Derecho de la Persona, que como hemos adelantado no establece una prolongación temporal del deber de los padres de sufragar los gastos de sus hijos mayores en cualquier caso de falta de independencia económica, sino sólo cuando se dan las circunstancias en él previstas y que no concurren aquí. Procede, en consecuencia, sin necesidad de examinar las demás infracciones denunciadas, la estimación del recurso, casando la sentencia recurrida y confirmando la de la primera instancia.

GUARDA Y CUSTODIA

Habiéndose atribuido al padre la guarda sobre el hijo mayor y a la madre la concerniente al hijo pequeño, la diferencia de edad entre los hermanos merma la incidencia de su separación, atenuada por la convivencia en períodos de visitas y vacaciones.

AP ASTURIAS, SEC. 4.^a, SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José Antonio Soto-Jove Fernández

La parte apelante recurre la sentencia de instancia cuestionando sus determinaciones sobre los regímenes de guarda y custodia y de visitas con los hijos comunes, habiendo la resolución atribuido al padre la guarda sobre el hijo mayor Cristóbal y a la madre la concerniente al hijo pequeño Rogelio, solicitando ésta que se le conceda la custodia de los dos menores y subsidiariamente una ampliación de sus visitas y convivencia con Cristóbal.

Por lo que respecta al pedimento principal, la decisión de la Juez de instancia, coincidente con el criterio del Ministerio Fiscal, se ajusta escrupulosamente a los datos obrantes, el informe psicológico emitido tras el estudio del núcleo familiar amplio, incluidos los abuelos paternos, señala que los dos progenitores reúnen condiciones aptas para detentar la custodia, suponen un supuesto idóneo para una titularidad compartida de la guarda de no mediar el obstáculo de la distancia geográfica considerable entre los domicilios y concluye que el marco más adecuado para Cristóbal es la permanencia con su padre en Villayón donde vivió desde su nacimiento en 1999 hasta las breves estancias en 2007 y en 2008 en Oviedo aflorada ya la crisis conyugal, teniendo allí su ambiente familiar y social, deseando claramente permanecer inmerso en el mismo y revelando los informes de instituciones municipales, sanitarias, escolares y parroquiales una correcta atención de sus necesidades y desenvolvimiento de su personalidad, lo que presenta ajustada la decisión impugnada máxime cuando la diferencia de edad entre los hermanos merma la

incidencia de su separación, atenuada por la convivencia en períodos de visitas y vacacionales y más aun si los progenitores mantienen la postura favorable a aquella hasta ahora adoptada, criterio que no se contradice con la circunstancia de que de manera cautelara en los procedimientos incoados en relación con la quiebra marital (orden de protección y medidas provisionales del proceso de divorcio 184/2007 del Juzgado de Luarca archivado por desistimiento de la acción tras reconciliación de los litigantes y medidas provisionales del presente proceso) se atribuyese a la madre la custodia de los dos hijos pues las determinaciones por esencia venían condicionadas por su carácter urgente y eficacia provisional en tanto se debatiese la cuestión en el proceso principal con plena posibilidad de actividad argumental y probatoria.

La sentencia determinó que los dos menores pasarán un fin de semana alternativamente con cada uno de los progenitores de manera que coincidan los hermanos y siendo el padre el encargado de trasladar a los niños de Villayón a Oviedo y viceversa, solicitando la apelante la modificación de la medida de manera que tenga en su compañía a Cristóbal tres fines de semana al mes y que el cuarto, cuando el padre venga a Oviedo el viernes a recoger a Rogelio y el domingo a reintegrarlo al domicilio materno lo haga acompañado de Cristóbal para que la madre pueda verlo, petición que el Tribunal no reputa adecuada a los intereses preferentes de los menores cual expone el fundado escrito de oposición al recurso del Ministerio Fiscal,

aunque semejante régimen fue apuntado en el informe psicológico supondría primero una indeseable limitación de la convivencia entre el padre y el entorno de Cristóbal –particularmente los abuelos paternos– con Rogelio, al reducirla a un fin de semana al mes, y segundo repercutiría seriamente en la vida de Cristóbal que tendría que desplazarse todos los fines de semana desde Villayón a Oviedo –tres fines de semana el viernes para regresar el domingo y otro repitiendo el viaje de ida y vuelta el viernes y el domingo–, régimen, dada la distancia entre las localidades, que se presenta penoso y disfuncional para el menor, debiendo pues confirmar la decisión de instancia, no habiendo lugar a contemplar la petición alimenticia del recurso pues venía condicionada a la atribución a la madre de la custodia sobre los dos hijos, coincidiendo con el Ministerio Fiscal en que la petición de que la madre sobre las 20 h pueda contactar telefónicamente con Cristóbal no es preciso que conste en el texto de la sentencia al no haber mediado controversia al respecto y sin perjuicio, en su caso, de las parti-

culares determinaciones puntuales que se puedan interesar en trámite de ejecución de la resolución y siendo manifiestamente razonable el escrito de oposición al recurso del esposo cuando indica que la previsión de la recurrida sobre vacaciones escolares de verano, Semana Santa y Navidad hay que entenderla referida a la distribución de todas las vacaciones escolares por mitad, incluyendo las fiestas de Carnaval citadas en la petición del recurso de encuadrarse dentro del período vacacional. Dentro de la petición subsidiaria sobre visitas, el recurso consigna también la petición de «la mitad de los festivos del año», no atendible en su extensión total por las consideraciones expuestas de distancia entre los domicilios, si bien la Sala estima adecuado matizar el régimen de fines de semana señalando que cuando el día inmediatamente anterior o posterior sea festivo o un «puente» la convivencia en dicho fin de semana se extenderá para el progenitor al que corresponde la estancia con los menores a dichos días festivos inmediatos al viernes o al domingo.

GUARDA Y CUSTODIA

El padre viene diagnosticado de trastorno bipolar cuya trascendencia se ha de ponderar en orden a su estabilidad emocional y la tensión que aparejan conflictos vitales, por lo que no se estima adecuado atribuirle la custodia a pesar de que por su condición de jubilado tiene más tiempo para atender al menor.

AP ASTURIAS, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José Luis Casero Alonso

Empezando por la medida de guarda del menor el recurrente aduce, básicamente, su capacidad e idoneidad para su atención y que, dada su condición de jubilado y, por el contrario, la del otro progenitor de trabajador activo, ha sido él quien de forma más continua se ha dedicado durante la convivencia del matrimonio a la atención del menor.

Sin embargo, el recurrente no pone en duda las aptitudes de la recurrida para esos mismos cometidos, incluso, como bien resalta la sentencia recurrida, en sede de medidas previas proclamó la conveniencia de su atribución a la adversa, siendo ya dentro de este proceso, al ser interrogado, que rectificó su opinión aduciendo los acontecimientos últimos vividos ya bajo el régimen de atribución de la custodia a la madre del menor, poniendo en duda su capacidad, pero objeciones basadas en apreciaciones personales ayunas de prueba y, por tanto, cuestionables, a más de que habremos de considerar, en orden al interés del menor, tanto la

nueva situación laboral y personal de la Sra. Noemí como los padecimientos del recurrente; y así es que, según se expone por aquélla y no se discute, su lugar de residencia es el mismo inmueble donde desarrolla su trabajo, lo que propicia el contacto continuo con su descendiente y, de otro lado, el recurrente viene diagnosticado de trastorno bipolar cuya trascendencia se ha de ponderar en orden a su estabilidad emocional y la tensión que aparejan conflictos vitales como el analizado, pues no se puede ignorar que, en el curso de su enfermedad, los problemas familiares llevaron a una agudización de su sintomatología depresiva provocando labilidad emocional con ideación autolítica, y así se dice en el informe de 7 de enero de 2005 (incorporado al juicio de faltas 453/07 unido a estos autos por testimonio) emitido por el Hospital del Oriente de Asturias y se repite en el relativo a su ingreso, de nuevo, en el Hospital del Oriente de Asturias el 30 de octubre de 2007, donde vuelve a relacionarse la

crisis personal del recurrente con problemas familiares (también incorporado al testimonio del juicio de faltas), dejándose constancia en el más reciente de 4 de diciembre de 2007 de su ingreso, en el año 2005, en la Unidad Psiquiátrica del Valle del Nalón de la presencia «a lo largo de este tiempo» de «cambios bruscos con marcada irritabilidad y dificultades

de control de impulso» aunque, bien es verdad, no ha manifestado descompensación alguna en el último año (dice el informe) «salvo una crisis de características ansiosas el 30 de octubre de 2007 a raíz de decisión de separación matrimonial».

Por tanto, en cuanto a esto se desestima el recurso.

GUARDA Y CUSTODIA

Detectado un caso de alienación por parte de la madre, aunque se mantiene la custodia, se acuerda el ingreso de la menor en un centro de acogida por un plazo de tres meses con la finalidad de que reciba la terapia y el control adecuado por parte de los profesionales del Centro, iniciándose los contactos con el padre de forma progresiva y suspendiéndose por el momento los contactos con la madre.

AP ALMERÍA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Ruiz-Rico Ruiz-Morón

La sentencia de primera instancia acuerda el divorcio de los litigantes y adopta una serie de medidas inherentes a dicha relación, entre ellas lo referente a la guarda y custodia de la hija menor, patria potestad sobre la misma y régimen de visitas.

La mencionada resolución atribuye la guarda y custodia de la menor xxx, al padre, si bien por el momento no se trasladará a vivir con él, encomendándose temporalmente la tutela institucional de la menor a la Administración, trasládense a residir a un Centro de Protección de la Junta de Andalucía, concretamente al Centro de acogida Inmediata Indalo, donde recibirá la terapia y control adecuado por profesionales, del trastorno que padece, iniciándose los contactos con el padre de forma progresiva, no permitiéndose la comunicación de la madre con la menor durante el primer mes, después sólo se le permitirá contactos telefónicos y con la supervisión del Equipo del Centro de Protección; y si la evolución es favorable, establece la mencionada resolución que la madre podrá visitar a la menor. Pasados tres meses, la menor se podrá trasladar al domicilio de los abuelos paternos sito en Tabernas, debiendo salir el padre del entorno de la familia extensa de origen durante dicho período que coincidirá con las vacaciones de verano; durante este tiempo la madre podrá comunicarse con la menor los días y horas que se señalen, en el Punto de Encuentro Familiar (PEF) de esta capital. Pasado el verano, la menor volverá al Centro residencial de protección donde podrá ser visitada por sus progenitores y si la evolución es positiva, la menor se trasladará a vivir con su padre, proce-

diéndose a señalar en ese caso un régimen de visitas a la madre.

Frente a lo acordado en la sentencia de primera instancia, se alza la demandada y el Ministerio Fiscal, a través de sendos recursos de apelación, aduciendo la primera, como primordial motivo de su recurso, la errónea valoración de la prueba practicada y solicitando la atribución de la guarda y custodia de su hija menor xxx. El Ministerio Fiscal interesa la misma asignación de custodia a la madre, pero una vez se haya normalizado la relación de la menor con su padre, momento en que se establecerá un régimen de visitas a su favor. El demandante, tras considerar que la Juez *a quo* ha realizado una correcta apreciación del material probatorio obrante en las actuaciones, solicita la íntegra ratificación de la resolución impugnada.

Parece necesario recordar un principio que es elemental y básico y que ha de inspirar la adopción de cualquier medida concerniente a los menores, cual es que su interés y beneficio debe prevalecer sobre cualquier otro, incluido el de sus progenitores; principio que se halla consagrado, con una u otra formulación, en la Declaración de los Derechos del Niño, en la Constitución Española (artículo 39), y en diversos preceptos del Código Civil. Los artículos 92 a 94 del Código Civil regulan la situación de los hijos en los supuestos de crisis en el matrimonio de sus padres, pretendiendo la regulación legal la continuación de las obligaciones de éstos para con aquéllos y el beneficio o interés de sus hijos como principal motivación de las resolu-

ciones judiciales, de tal manera que todo lo relativo a los hijos menores del matrimonio debe resolverse atendiendo al principio del beneficio e interés de éstos, auténtico parte de conducta contenida en la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959, cuyo preámbulo señala que la humanidad debe al niño lo mejor que pueda darle.

En definitiva, toda la normativa legal reguladora de las medidas relativas a los hijos menores de edad, está informada por el criterio fundamental relevante *favor filii*, de tal manera que los acuerdos sobre dichos temas y como anteriormente se indicaba, habrán de ser tomados siempre en beneficio suyo; interés preponderante que debe ser atendido aun más en aquellos supuestos en los que la convivencia con ambos progenitores no es posible por la ruptura de la familia, pues lo prioritario es garantizar, ante todo, el interés material, moral y de todo orden del menor, que debe prevalecer sobre los deseos o intereses de los progenitores.

Pues bien con la vista puesta en el principio señalado habremos de examinar si la sentencia de primera instancia evidencia de modo directo, patente e inequívoco un error de valoración de las pruebas practicadas; es decir, si la valoración del Juez de Instancia es errónea, ilógica o conculca preceptos legales o, en fin, si ha existido un ataque manifiesto a las reglas del derecho o de la lógica y la motivación de la sentencia recurrida es manifiestamente anómala o absurda en todo aquello que es de relevancia para lo que es objeto del proceso, que como hemos indicado debe estar necesariamente incardinado a la defensa de los intereses de la menor xxx.

Entendemos que en términos generales la sentencia recurrida efectúa una correcta valoración de la prueba practicada a la que nos iremos remitiendo en algunos pasajes de los razonamientos jurídicos de la presente resolución, pues consideramos que, frente al criterio interesado y subjetivo de la recurrente, deben prevalecer los resultados obtenidos por la Juzgadora de la prueba ofrecida por las partes y de la acordada de oficio por ella.

De acuerdo con ello, sobre la base de los informes psicológicos, de las Señoras xxx, xxx y xxx y del resto de prueba documental, podemos precisar y puntualizar lo siguiente.

1.º La falta de contacto padre-hija, que se remonta prácticamente a la fecha de la separación, que tuvo lugar en el año 2003 cuando xxx aún no había cumplido 4 años de edad.

2.º El dato realmente significativo de que los distintos intentos para restablecer la comunicación y la relación del padre para con su hija resultaron, en todo momento, situación y lugar, infructuosos.

Ello ha quedado acreditado en autos mediante los numerosos informes del PEF.

3.º La inexistencia de prueba alguna que pudiese acreditar que, salvo el incidente ocurrido el día 1 de diciembre de 2003 que terminó con sentencia condenatoria para el padre por una falta de amenazas a una pena de multa y orden de alejamiento, el padre hubiere en alguna ocasión maltratado, física o psíquicamente ni a la menor, ni tampoco a la madre de ésta, la recurrente.

4.º La realidad de que xxx sufre un trastorno adaptativo de ansiedad, teniendo fobia, animadversión o temor hacia su padre, a cuya conclusión han llegado todos los técnicos especialistas en psicología, que han tenido alguna participación en el proceso que aquí nos ocupa.

Sentado lo precedente, debe entrarse en el análisis de los medios de prueba practicados a fin de poder determinar la causa o el origen de la fobia que la hija de los litigantes presenta hacia su padre, según todos los informes psicológicos que se han practicado en el juicio y que han coincidido en su diagnóstico de rechazo y resentimiento de la niña hacia su padre, aunque, a favor de una tesis u otra—existencia o no de influencia y de manipulación materna—, en función de la parte litigante por la que han sido propuestos.

Dicho esto, para este Tribunal goza de total imparcialidad el informe emitido por el Equipo Técnico de Apoyo al Juzgado de Familia. Se manifiesta en el mismo, obrante a los folios 795 y siguientes, que la menor mantiene vínculos intensos con la figura materna y un rechazo intenso hacia la figura paterna. La niña en la entrevista a que fue sometida hacía referencia de forma inconsciente y sin previa intervención de la evaluadora, a que tenía pesadillas porque su padre xxx les amenazaba a su madre y a ella, narrando la menor de manera espontánea que a su padre nunca le va a perdonar porque ha sido malo con ellas. Son manifestaciones impropias de una niña de su edad que lleva al equipo técnico a concluir afirmando que desde el punto de vista psicológico, la fuente alienadora para la menor la representa la figura materna por lo que desde ese aspecto sería conveniente aislar a la menor de esa fuente alienadora y del entorno familiar materno durante un período de al menos tres meses.

Para este Tribunal, tampoco existe duda alguna de que la figura materna es la fuente de alienación que ha potenciado la fobia hacia el padre. En efecto, entendemos que siendo cierto como mantiene la recurrente que no consta en las actuaciones prueba alguna que haya podido determinar que fuere ella quien impidiese de forma voluntaria la relación de la hija con su padre biológico, sino que fue la niña la que se negó a ver y comunicar con el demandan-

te, también es incierto que por mimetismo e identificación con las posiciones de su madre, la menor decidió no querer ver a su padre, y como su madre se lo permitió, en vez de imponerse y convencerle para que se relacionara con su progenitor, xxxx, dado que ella no tiene mecanismos suficientes para afrontar la separación de sus padres, ha ido adoptando cada vez más una actitud de evitar estar con su progenitor, hasta el punto de que ha habido un cambio de roles en la relación materno-filial y en la persona que debe imponer las normas, de manera que la menor hace lo que le parece y la madre, para evitar que aquélla sufra o se enfade, le hacía caso en la negativa a estar con su padre.

No compartimos afirmaciones que se contienen en el escrito de recurso y que se utilizan para intentar conseguir la custodia de la menor. No parece lógico deducir como verídicas afirmaciones de la menor hechas en las entrevistas efectuadas por los técnicos relativas a situaciones de violencia del padre con la madre e incluso con ella, que dice vividas «cuando se encontraba en la cuna»; pero menos aun lo es que se recojan como ciertas y sobre ellas efectuar un informe psicológico. No cabe duda que la imagen que recibe la menor de su padre (pregunta que se hace la recurrente) es la que le proyecta su madre. En este sentido se pronuncia con claridad el informe de la Psicóloga Sra. xxx, pues no es explicable que una niña de tres años, que desde esa edad no tiene contacto con su progenitor, sin ayuda externa pueda sentir hacia su progenitor situaciones de miedo, temor, etc., hasta el punto de sentir una fobia a la figura paterna. Por eso compartimos la afirmación que se hace en la sentencia de primera instancia acerca de que si la recurrente hubiera adoptado desde el primer momento de la ruptura familiar un actitud verdaderamente colaboradora por la que la menor pudiera relacionarse con su padre, fomentado el cariño y respeto de la hija hacia su progenitor, evitando comentarios negativos sobre el padre, posiblemente de haber actuado así, la menor no mostraría, en la actualidad, ese rechazo tan severo hacia el padre.

Es fundamental que los hijos de padres separados sepan cuál es el rol que les corresponde a éstos, convirtiéndose ello en un reto para los hijos, cuando en la vida de alguno de sus progenitores entra a formar parte una nueva pareja sentimental, pues ésta nunca debe ejercer de sustituto del padre o madre biológicos, siendo tal cuestión esencial para que los hijos tengan sus referentes parentales, bien estructurados, cosa que, al parecer, no acontece en el presente caso, en que la actual pareja de la madre, era denominada por xxx como «papá bueno», mientras que a su padre biológico la denomina «papá malo».

Al respecto, este Tribunal quiere significar que, entre las varias funciones del progenitor custodio

se encuentra la de lograr, fomentar y potenciar la relación de los hijos con el otro progenitor, para que así éstos puedan lograr un adecuado desarrollo psicológico de su personalidad. La hija de los litigantes debe conocer e interiorizar las figuras que corresponden a sus padres biológicos, tanto la paterna como la materna, las cuales no deben ser nunca sustituidas, ni suplantadas, por las de las nuevas parejas sentimentales de uno u otro, como, al parecer, ha acontecido en el caso examinado, pues, al permitir la madre de xxx que diga «papá bueno» a su actual pareja, no hace sino coadyuvar a mantener la confusión relacional de la hija en lo que se refiere a un dato tan trascendente, como es, el saber sin duda alguna, quién es realmente su padre biológico. Creemos que cada persona tiene un rol concreto dentro de la familia, el cual debe quedar fijado y establecido con absoluta claridad para la menor, quien debe asimilar que los respectivos compañeros sentimentales de sus progenitores, por bien que actúen correctamente y muestren cariño hacia ella, no son más que la nueva pareja de su padre o de su madre biológica y que estos últimos, tanto uno, como otra, nunca dejarán de ser ni perderán la condición de progenitores.

En base a todo lo expuesto, con especial atención a la diligencia de exploración de la menor, informes e incidencias del Centro de PEF, e informe del Equipo Psicosocial adscrito al Juzgado de Familia, estimamos que, con el fin de intentar solucionar el problema que afecta a la menor, que no puede ser otro que el poder lograr un adecuado desarrollo de su personalidad, es indudable que para ello necesita relacionarse con su padre biológico por lo que es necesario apartarla al menos durante un tiempo del foco de alienación que padece que no es otro que el que representa la madre. Por ello estimamos acertada la solución adoptada en la sentencia de primera instancia de confiar temporalmente la tutela a un Centro de Protección de la Junta de Andalucía, en concreto el Centro de Acogida Inmediata Indalo de esta capital, debiendo ser llevada la menor a dicho Centro por la madre tan pronto como sea posible y señale el Juzgado, adoptándose para dicha entrega las medidas que el Juzgado ha prescrito. En dicho período de tiempo en que permanezca la menor en el Centro, que deberá coincidir con las vacaciones de verano, se le prestará la terapia y tratamiento adecuado por medio de los profesionales de dicho Centro, estableciéndose los contactos con el padre de forma progresiva, teniendo lugar la primera entrevista y la duración de las mismas en función del estado emocional de la menor según prescripción de los profesionales que le atiendan. Las comunicaciones con la madre se iniciarán una vez que el equipo del Centro lo estime oportuno, conforme a las pautas que se dirán en la parte dispositiva.

Si transcurrido el período veraniego la evolución de la menor ha sido positiva a juicio de los profesionales que le atiendan y sólo entonces, se podrá trasladar al domicilio de la madre quien recuperará la guarda y tutela sobre la menor, estableciéndose un régimen de visitas a favor del padre que se llevará a cabo siempre de forma tutelada, en el PEF, todos los fines de semana, sábados y domingos, desde las 10,30 hasta las 13 horas, debiendo dicho Centro informar al Juzgado todas las incidencias que puedan surgir en el cumplimiento del régimen de visitas, hasta lograr que la situación de la menor con su padre se normalice y permitan una comunicación más estable entre ellos en cuyo caso se deberá interesar otro régimen normalizado de visitas.

Este Tribunal ha optado por confiar la guarda y custodia a la madre, una vez transcurra el plazo de estancia de la menor en el Centro de acogida, atendiendo para ello, como no podía ser de otro modo, al beneficio e interés de la misma, desde el momento que consta en el informe de los técnicos

adscritos al Juzgado de familia que si bien es necesario aislar a la menor de la fuente alienadora y entorno familiar materno durante un período, al menos de tres meses, también lo es que se considere prioritario el mantenimiento de la menor en su entorno de convivencia materno donde está bien integrada, con adecuado desarrollo a nivel escolar y social. Bien es verdad que si estas medidas fallan, deberá procederse en la forma señalada en la sentencia recurrida, por lo que es fundamental que los padres tomen conciencia de ello en beneficio exclusivo de su hija, sometiendo a los programas señalados en la mencionada resolución y cuantos más estimen necesarios y le sean recomendados por el Equipo Técnico del Centro de Protección.

Una vez la madre recupere la guarda y custodia de la menor, el padre deberá satisfacer en concepto de pensión por alimentos a la menor la cantidad de 180 euros mensuales, más la mitad de los gastos extraordinarios que genere.

GUARDA Y CUSTODIA

La voluntad de los hijos no es decisiva a la hora de adoptar una solución a estos conflictos, aunque deban ponderarse con atención y mesura las razones esgrimidas por ellos, lo que en el caso de autos conduce a relativizar su importancia, cuanto más si se tiene en cuenta su edad –de 10 y 7 años, respectivamente– con la inmadurez de juicio que ello supone.

AP GRANADA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José Maldonado Martínez

No habiendo accedido la sentencia a la modificación que interesaba el progenitor de los menores, relativa al cambio de la guarda y custodia que actualmente ostenta la madre, en el recurso se alude al error en la apreciación de la prueba, pues se afirma que el Juzgador ha tenido en cuenta sólo el informe psicosocial, y ha descartado otros hechos también acreditados, aludiéndose con ello a las conflictivas relaciones entre los progenitores, a la desatención de la progenitora o al resultado de la exploración de los menores.

A tal efecto ha de señalarse que los desacuerdos y desencuentros entre los progenitores no son causa para alterar el régimen de guarda siempre que no incidan en la relación con los hijos, a cuyo efecto es significativo que haya condena penal al recurrente por infracción de sus deberes relativos al pago de los alimentos señalados a los menores sin que conste ninguna condena penal a la progenitora, y la des-

atención a la que se alude, consistente en la dificultad de localizar telefónicamente a la progenitora, es puntual y ocurrida bastante tiempo atrás, faltando la reiteración que la convierta en hábito con la consiguiente afectación del interés de los menores. Por último en cuanto al resultado de la exploración de los menores, ya señalaba esta Sala en Sentencia de 10 de noviembre de 2006 que la voluntad de los hijos no es decisiva a la hora de adoptar una solución a estos conflictos, aunque deban ponderarse con atención y mesura las razones esgrimidas por ellos, lo que en el caso de autos conduce a relativizar su importancia, cuanto más si se tiene en cuenta su edad –de 10 y 7 años respectivamente– con la inmadurez de juicio que ello supone y la inexistencia de rechazo frontal hacia la progenitora.

Por tanto, no existiendo razones que acrediten un incumplimiento de sus funciones claro y patente por parte de la progenitora que ostenta la guarda y

custodia, cobra indudable relevancia el informe psicosocial, cuyas conclusiones no es lícito rechazar, debiendo tenerse presente, como señalaba esta Sala en Sentencias de 10 de noviembre y 1 de diciembre de 2006, que, por la dificultad de la materia, es la propia norma la que remite a este tipo de medios probatorios para orientar la decisión judicial, como señala el párrafo final del artículo 92 del Código

Civil, de modo que si el Juez se ha acogido a las conclusiones del mismo, no ha infringido las reglas de la valoración probatoria, ni parece que sea contrario a la sana crítica seguir las conclusiones del informe emitido por los especialistas adscritos al Juzgado de instancia, de cuya imparcialidad y objetividad no cabe duda, por lo que debe rechazarse el recurso en este punto.

GUARDA Y CUSTODIA

Se otorga la custodia compartida si bien condicionando su efectividad a que el padre fije su domicilio en la misma ciudad donde reside el menor.

AP ALICANTE, SEC. 9.ª, SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José Manuel Valero Díez

Con la regulación actual de la materia en nuestro Código Civil, la guarda y custodia compartida se contempla como una medida de carácter excepcional si no existe acuerdo entre los progenitores al respecto, aun con informe del Ministerio Fiscal, pues en este caso la atribución compartida no se torna preceptiva para el Juez, sino que únicamente se otorga a éste la facultad de acordarla (artículo 92.8 del Código Civil) en atención a las circunstancias y tomando siempre en consideración el superior interés del menor por encima de cualquier otro.

Efectivamente, dispone el artículo 92.5 que «Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos», y en supuestos de falta de solicitud conjunta por los padres, el artículo 92.8 dispone que «Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor», que es el aplicable al caso de autos por cuanto nos encontramos en presencia de un proceso contencioso en el que no se dan los supuestos del apartado cinco ya que no han solicitado ambos padres el ejercicio compartido de la guarda y custodia ni durante el

transcurso del procedimiento han llegado al acuerdo del ejercicio compartido de la misma.

Ahora bien, entendemos con la SAP de Barcelona de 20 de febrero de 2007, y éste es el criterio de esta Sec. 9.ª, que los beneficios del régimen de custodia compartida, cuando se dan las circunstancias favorables, son muy superiores a los eventuales inconvenientes, reseñándose como tales beneficios los siguientes:

«a) Se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática.

b) Se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono; sentimiento de lealtad; sentimiento de culpa; sentimiento de negación; sentimiento de suplantación; etcétera.

c) Se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres frente a los hijos.

e) Se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor

cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo, además, con ello, una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos.

f) No se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores.

g) Hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional, con lo que se evitan de esta manera dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, pues en ocasiones el dolor y vacío que produce una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo o hija que se convierte así en la única razón de vivir de un progenitor.

h) Los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte asimismo en un modelo educativo de conducta para el menor...», añadiendo finalmente que «pues si bien pueden existir dudas por la falta de acuerdos y de consenso en el quehacer cotidiano, no hay que olvidar, ni ignorar, que la conflictividad que puede comportar la disparidad de criterios educativos y de estilos de vida de los dos progenitores también puede perjudicar al menor/a los menores en un sistema de custodia exclusiva ... en los supuestos de custodia compartida resulta prioritario para los menores la presencia de las dos figuras parentales, dado que les ofrece tranquilidad...».

Por otra parte, la guarda y custodia compartida presupone, entre otras cosas, unas condiciones de semejanza en los diversos órdenes de la vida, personales, sociales, culturales, etcétera, y un proyecto en común en lo tocante a la educación y formación de los hijos. En el caso que nos ocupa, no se aprecian discrepancias relevantes en relación con dichas condiciones. Consta también suficientemente demostrado por la prueba practicada, que tanto la madre como el padre están completamente involucrados en el cuidado y atención de la menor existiendo fuertes lazos afectivos entre la misma y sus progenitores. Llegando ambos a flexibilizar en lo posible sus horarios de trabajo para compatibilizar su situación con los requerimientos de la niña, que hoy en día cuenta con 2 años de edad.

En consecuencia, si ambos padres están capacitados para el cuidado de su hija en exclusiva, mejor defendido estará su derecho a un desarrollo integral de su personalidad si puede contar razonablemente con la presencia por igual de sus progenitores. Desde esta óptica se concluye que la máxima protección del superior interés de la menor, sólo puede obtenerse de esta forma. Este criterio es el mismo que sigue manteniendo el Ministerio Fiscal,

cuando en su escrito de fecha 4 de febrero de 2009, impugna la sentencia de instancia, solicitando la adopción de las medidas subsidiarias que fueron interesadas por el demandante, dado que la prueba practicada en la vista, pone de manifiesto que efectivamente el padre puede hacerse cargo perfectamente de la menor y ello con objeto de no privar ni al padre del derecho a tener en compañía a su hija y sobre todo de la menor de poder disfrutar de la figura paterna, no sólo a través de un régimen de visitas, sino además mediante la convivencia.

Por ello, y porque aquí rige el principio de *favor filii*, consagrado en el artículo 39 de la Constitución Española, así como en la Ley Orgánica de Protección Jurídica de los menores de 15 de enero de 1996 y sancionado por diversos Tratados y Resoluciones de organizaciones internacionales como la Convención de los Derechos del Niño de la ONU de 29 de noviembre de 1989, la Resolución A 3-01722/1992 del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del Niño y la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño de 19 de abril de 1996, al tiempo que inspira numerosos preceptos del Código Civil (artículos 92, 93, 94, 151, 154, 158, y 170), por lo que sí consideramos que el régimen de custodia compartida es el más beneficioso para la menor, al mismo tendrán que adaptarse los progenitores.

Ciertamente, un comportamiento responsable de los padres redundará en beneficio de su hija, pero si ese comportamiento va a ser o no es algo que aún se ignora. Ahora sólo se conoce que ambos progenitores aparecen como personas perfectamente aptas para atender a su crianza. No existiendo razón alguna para que ambos progenitores no tengan el mismo derecho a compartir en un plano de igualdad el tiempo de relación con su hija. Es de esperar que tengan suficiente juicio para adaptarse a la nueva situación y no crear conflictividad, que siempre devendrá en perjuicio de la menor. En todo caso, el progenitor que interfiera en el correcto desarrollo integral de la menor, que no le quepa duda de que sufrirá las consecuencias penalizadoras previstas en el artículo 776.3.^a de la LEC.

Ahora bien, una de las razones que fundamentalmente han decidido a esta Sala a otorgar el régimen de custodia compartida, es el compromiso formalmente expresado por el recurrente de que si se otorga la custodia compartida, fijaría su domicilio en Elche. Por lo que, este especial régimen se otorga esencialmente en función de que el recurrente establezca su residencia en esta ciudad, que es donde la menor tiene su familia más directa por parte de ambos progenitores y donde asiste a la guardería.

De no cumplirse este requisito, la contraparte podrá interesar inmediatamente la modificación de medidas, solicitando la modificación del régimen establecido.

Admitida la custodia compartida, procede fijar el régimen que debe regular la misma, siempre partiendo de lo más beneficioso para la menor.

En cuanto a las vacaciones de Semana Santa, verano y Navidad, se aplicará el régimen progresivo previsto en la instancia. El resto del tiempo se aplicará el régimen ordinario semanal alterno, que quedará interrumpido, sin posibilidad de recuperación de días de dicho régimen ordinario, durante los períodos vacacionales. No obstante, dada la corta edad de la menor, la semana que no esté con el progenitor correspondiente, podrá ser visitada por éste los miércoles desde las 17 a las 20 horas. El día del Padre, el de la Madre, el del cumpleaños y Santo de cada padre, podrá el progenitor correspondiente tener a la niña desde la salida de la guardería/colegio hasta las 20 horas, y si no es lectivo desde las 11,00 hasta las 20 horas. Este mismo horario se aplicará el día del cumpleaños de la menor, correspondiendo los años pares a la madre y los impares al padre.

Por lo que se refiere a los gastos, cada progenitor deberá sufragar los gastos de manutención de la hija cuando la tenga consigo y en cuanto a los demás gastos ordinarios y extraordinarios de la menor, por el momento, deberán ser satisfechos en un 60% por el padre y en un 40% por la madre, dada la acreditada actual superioridad económica del primero, tal como se desprende de la documentación obrante en autos y así se refleja en la propia sentencia de instancia.

En cuanto a la atribución del uso del domicilio conyugal, dado el régimen de custodia compartida establecido, el régimen de separación de bienes y la propiedad privativa que corresponde al recurrente sobre dicho domicilio, no se hace especial atribución respecto del mismo. Siendo lo lógico que el padre establezca en dicha propiedad su domicilio en Eleche, pues es donde actualmente reside la menor.

En cuanto a la pensión compensatoria, consideramos ajustada la concedida en la instancia por las razones allí expuestas.

Por todo lo expuesto, procede la estimación parcial del recurso interpuesto y la revocación de la sentencia apelada en todo lo que aquí se modifica.

GUARDA Y CUSTODIA

Siendo tanto los hijos como los padres de nacionalidad holandesa y habiendo surgido la crisis al poco tiempo de trasladarse la familia a nuestro país, se acuerda atribuir la custodia al padre que ha vuelto a fijar su residencia en Holanda, ya que la madre regenta un bar y carece de entorno familiar de apoyo.

AP ALICANTE, SEC. 4.^a, SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña María Cristina Trascasa Blanco

Denuncia la demandada al motivar su recurso contra la sentencia que acuerda atribuir al padre demandante la custodia de los hijos habidos entre las partes, error en la valoración de la prueba significando primero, que los menores en la diligencia de exploración manifestaron de manera inequívoca su deseo de residir junto con la madre; segundo, la idoneidad de ésta para ejercer la guarda de sus hijos; tercero, determinados incumplimientos por parte del demandante de los pronunciamientos sobre alimentos y visitas que fueron recogidos en el auto de medidas provisionales; y cuarto, que el mero hecho de residir en Holanda no va a permitir a los niños el disfrute de relaciones familiares que el actor ha tratado de hacer valer.

Ninguno de los argumentos en que basa la demandada su apelación pueden llevar a la Sala a disentir del ponderado y objetivo análisis que se ha realizado en la primera instancia de todas las circunstancias personales y sociales concurrentes y relevantes para la decisión, en el supuesto enjuiciado y en exclusivo interés de los menores, de cuál de los dos progenitores puede proporcionar a aquéllos la mejor atención y el entorno familiar y social más idóneo para la cobertura de todas sus necesidades afectivas y formativas; y toda vez que a la hora de resolver sobre esta cuestión, no podía desconocerse que toda la familia es natural de los Países Bajos, donde también los menores han vivido desde su nacimiento en 1995 y 1997, respectivamente, hasta el

año 2005, en que los litigantes junto con sus hijos decidieron instalarse en España, siendo que al mes siguiente de su traslado surgió la crisis de la pareja que desembocó en el mes de noviembre de ese mismo año en la ruptura de la convivencia, marchando al año siguiente el demandante de nuevo a Holanda. Quiere ello decir que los menores apenas habían llegado a España y comenzado su proceso de adaptación a la lengua y costumbres de este país, se vieron inmersos en un ambiente de conflicto familiar, precisamente en un momento en que la relación con los progenitores representaba un especial sustento emocional, a falta de la proximidad de cualesquiera otros parientes, como de vínculos de amistad, aún en incipiente proceso de formación, en cuyo contexto, ciertamente, encuentran razonable explicación los problemas psicológicos que dichos menores vienen padeciendo y que reflejan los informes elaborados por los servicios sociales de Holanda, los cuales asimismo hacen referencia a la enorme presión y responsabilidad que los niños sienten al tener que elegir entre la convivencia con uno u otro cónyuge.

Ello sentado, no podía estarse, sin más, como razona el Juzgador de la primera instancia que practicó la prueba de exploración de los menores, a la última manifestación de éstos en el sentido de preferir vivir con la madre, cuando con anterioridad y en numerosas ocasiones también habían expresado su preferencia por la custodia del padre;

sin que puedan resultar tampoco decisivos, a los fines de resolver sobre esta cuestión, puntuales incumplimientos en relación con las medidas judicialmente adoptadas y cuando los mismos se han producido, de una u otra forma, por parte de ambos progenitores, como resulta de las denuncias que recíprocamente se han dirigido y que obran en autos, estimándose por ello criterio más acertado a la hora de decidir, en la situación actual, sobre el bienestar de los menores, la consideración del hecho cierto de que la opción materna significa la permanencia de los niños en un país que les sigue siendo ajeno y en el que sólo cuentan con su madre, quien, además, regenta un negocio de bar y carece aquí de un entorno familiar que pueda suplir su presencia en las tardes y en los días en que los niños no están en el colegio, que coinciden muchas veces con el horario laboral de aquélla, mientras que la guarda a cargo del padre representa la vuelta de los menores a su tierra natal donde, además de resultarles mucho más fácil su desenvolvimiento en todos los aspectos de su vida académica y social, cuentan con un progenitor con mayor disponibilidad horaria (al acabar el padre la jornada a las 16,00 horas) y con la cercanía de toda la familia paterna y materna, la que pese a las alegaciones de la parte recurrente en el sentido de existir entre sus miembros y tras el divorcio de los litigantes un distanciamiento, es muy probable, y de ser cierta tal circunstancia, que a muy corto plazo podrá anteponer a sus diferencias, el beneficio de los menores afectados.

GUARDA Y CUSTODIA

La excesiva judicialización de las relaciones entre los progenitores con respecto a la menor, el elevado grado de conflictividad existente entre ellos, y la constatada actitud de la madre reacia a permitir una adecuada y normalizada relación de la menor con su padre y hermanas mayores consanguíneas, pese a las advertencias y apercibimientos judiciales, desaconsejan el establecimiento de una custodia compartida.

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 1 DE ABRIL DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Damián Álvarez García

Pese a los innegables efectos beneficiosos que, en abstracto, podría comportar la custodia compartida para el adecuado desarrollo intelectual y afectivo de la menor, dicho régimen no deja de tener carácter extraordinario al basarse como regla general en el consenso de ambos progenitores, y sólo en casos excepcionales y con el informe favorable del Ministerio Fiscal puede acordarse sin consentimiento de ambos padres, en aras del interés superior del menor.

En el caso concreto enjuiciado, no media consenso de los padres litigantes, pero sí concurre informe favorable del Ministerio Público; no obstante, la excesiva judicialización de las relaciones entre los progenitores con respecto a la menor, el elevado grado de conflictividad existente entre los mismos, y la constatada actitud de la madre reacia a permitir una adecuada y normalizada relación de la menor con su padre y hermanas mayores consanguíneas, pese a las advertencias y apercibimientos

judiciales, desaconsejan el establecimiento de una custodia compartida por períodos semanales, como postula el Ministerio Fiscal, pues dicho régimen corre el alto riesgo de convertirse en una fuente continua y constante de problemas y conflictos, que, lejos de rebajar la tensión en unas crispadas

relaciones, las agrave de manera irreversible en perjuicio de la menor, verdadera víctima de la crisis que afecta a sus progenitores.

En consecuencia, el recurso de apelación que articula el Ministerio Fiscal no puede prosperar.

GUARDA Y CUSTODIA

El Equipo Psicosocial no ha detectado síndrome de alienación parental en la menor, pero sí ha constatado la realidad de un conflicto de lealtad, con sensación de culpa, en la niña, y por ello debe ratificarse la atribución al padre de la custodia de Felicidad, como recomienda el informe del Equipo Psicosocial en aras de la estabilidad emocional de la propia menor.

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 1 DE ABRIL DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Damián Álvarez García

La situación emocional de desequilibrio y frustración de la madre, y la sintomatología ansioso-depresiva que la misma padece, según se indica en el informe de la psicóloga Sra. Jacinta, ha derivado en una actitud obstruccionista y sistemáticamente incumplidora –pese a los numerosos requerimientos y advertencias judiciales– de la obligación de hacer posible el régimen de visitas paterno-filial, motivadora de múltiples denuncias y algunas condenas penales.

La referida actitud materna, unida a la necesidad de establecer una relación normalizada de la menor con su padre, dieron lugar al cambio cautelar de la custodia de la hija común a favor del padre, adoptado mediante Auto de 17 de marzo de 2008. Dicho cambio cautelar respecto del convenio de 5 de septiembre de 2003 ha provocado una adaptación plena e integración positiva y rápida de la menor en el núcleo familiar de su padre, conviviendo con éste y su cónyuge, y con sus dos hermanas mayores, pero al propio tiempo ha motivado una

disminución de sus relaciones y contactos con su madre y su hermano mayor uterino con el que se había criado.

Ciertamente el Equipo Psicosocial no ha detectado síndrome de alienación parental en la menor, pero sí ha constatado la realidad de un conflicto de lealtad, con sensación de culpa, en la niña.

El cúmulo de factores objetivos reseñado, y la consolidación de la actual situación de convivencia de la menor con padre y hermanas, conducen a la confirmación de la resolución combatida, al haberse producido una modificación relevante de las circunstancias que inicialmente justificaron la consensuada adjudicación a la madre de la custodia y guarda de la menor, de manera que debe ratificarse la atribución al padre de la custodia de Felicidad, como recomienda el informe del Equipo Psicosocial en aras de la estabilidad emocional de la propia menor, y sin perjuicio del amplio régimen de visitas a favor de la madre recurrente.

RÉGIMEN DE VISITAS

El aumento de tardes con el padre, que poco añadiría a lo acordado, sí que podrá suponer un trastorno para el desenvolvimiento de los menores, modificando lo que es usual, de asistencia al colegio y estancia posterior en su domicilio.

AP GRANADA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Molina García

La sentencia apelada establece un régimen de custodia y visitas de modo que aquélla quedaba bajo la madre en el domicilio familiar y se fijaba el

régimen de visitas convencional, con un día intersemanal, cuando el fin de semana no correspondía al padre. Éste recurre sin incardinar el recurso en

infracción de artículo alguno, más bien, aunque tampoco lo dice, aduce error en la valoración de la prueba. Hace un relato sobre cuál ha de ser el rol del padre en los tiempos actuales para concluir en que esté con él tres días durante unas tres horas, o dos tardes a la semana que no coincidan con el viernes; con lo que entiende se potenciaría relación padre-hijos. Sin desconocer que la fluidez de relaciones positivas favorece los vínculos familiares, no se ignora tampoco que éstos ceden ante el interés de los menores, que prevalece sobre todos, de modo que ante una situación que deviene a anormal no se puede añadir un plus de agravación a la situación

que ellos preferían. De este modo se ha de entender que mientras los padres tienen derechos-deberes, los de aquéllos prevalecen sobre este binomio, así lo recoge el Código Civil, la Ley de Protección del menor, la Convención de Derechos del menor y en suma toda la legislación al respecto. El informe psicosocial orienta en el sentido que lo ha decidido, después, la sentencia apelada y ha de tenerse en cuenta que el aumento de tardes con el padre, que poco añadiría a lo acordado, sí que podrá suponer un trastorno para el desenvolvimiento de los menores, modificando lo que es usual, de asistencia al colegio y estancia posterior en su domicilio.

RÉGIMEN DE VISITAS

No hay que olvidar que es el progenitor no custodio, el que de forma voluntaria ha trasladado su residencia fuera de la localidad donde reside su hija, ocasionando con ello unos gastos que deben ser por él costeados, debiendo igualmente asumir las consecuencias en cuanto a desplazamientos que conlleva el cumplimiento de derecho a realizar las visitas.

AP ALICANTE, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña Paloma Sancho Mayo

En cuanto al segundo de los motivos del recurso en los que la parte apelante solicita un pronunciamiento expreso en cuanto a los gastos relativos al coste que genera el desplazamiento de la menor para que pudiera llevarse a cabo el régimen de visitas acordado por el Juzgado, así como un pronunciamiento expreso que obligue a la madre a trasladar a la menor al aeropuerto para poder viajar en avión. No hay que olvidar que es el progenitor no custodio, el que de forma voluntaria ha trasladado su residencia fuera de la localidad

donde reside su hija, ocasionando con ello unos gastos que deben ser por él costeados, debiendo igualmente asumir las consecuencias en cuanto a desplazamientos que conlleva el cumplimiento de derecho a realizar las visitas como vienen acordadas en la resolución judicial, sin que merezca reproche alguno, la resolución recurrida tal y como ha reconocido el Juzgador de instancia, recogiendo los extremos pertinentes para garantizar el derecho de visitas del progenitor no custodio con su hija menor de edad.

RÉGIMEN DE VISITAS

Es procedente el régimen de visitas establecido en función de que el hijo menor cumpla tres años de edad.

AP ALICANTE, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Benigno Flórez Menéndez

La sentencia de divorcio dictada en la instancia es recurrida en primer término en cuanto al régimen de visitas de la hija menor del matrimonio,

Mar, nacida el 28 de diciembre de 2006. El recurso propone toda una serie de modificaciones a las que no ha lugar, en esencia porque la sentencia ha

diferenciado correctamente dos períodos: para el primero, hasta que la niña cumpla 3 años, el Juzgado ha atendido precisamente a su menor edad, a su mayor grado de vinculación con la madre y, sobre todo, a las exigencias de la profesión del padre como titular de un establecimiento de hostelería que tiene un alto grado de dependencia del turismo, diferenciando en consecuencia las temporadas de vacaciones del resto del año; y a partir de los

tres años el régimen que el Juzgado ha fijado es el que puede considerarse ordinario ya que, en efecto, el matrimonio litigante y su hija no presentan ninguna especialidad relevante y por tanto el régimen ha de establecerse en los términos en que es susceptible de ejecución judicial, sin perjuicio de que los interesados puedan llegar a acuerdos sobre las múltiples cuestiones de detalle de la vida ordinaria que el recurso plantea.

RÉGIMEN DE VISITAS

Se establece como régimen de visitas y comunicaciones con el progenitor no custodio durante los primeros tres meses, una hora a la semana, que coincidirá con el horario de visitas en prisión, debiendo la madre conducir al menor al centro penitenciario, en la puerta del cual será recogido por el tío paterno o por persona que se designe quien conducirá al menor al encuentro con su padre y estará presente durante la visita.

AP ALICANTE, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña María Dolores López Garre

Se establece como régimen de visitas y comunicaciones con el progenitor no custodio durante los primeros tres meses, una hora a la semana, que coincidirá con el horario de visitas en prisión, debiendo la madre conducir al menor al centro penitenciario, en la puerta del cual será recogido por el tío paterno (si éste se prestase a ello) o por persona que se designe, conducirá al menor al encuentro con su padre y estará presente durante la visita. Posteriormente, si las visitas se desarrollasen con normalidad, las mismas pasarán a durar un máximo de dos horas semanales, siendo recogido y devuelto por el tío paterno a la madre en la puerta de la prisión, pero no siendo ya necesario la presencia del mismo en el trascurso de toda la visita. Dichas visitas se podrán interrumpir durante una semana en el período navideño, otra durante la Semana Santa y un mes en verano, debiendo la madre preavisar a la parte contraria de dicha interrupción con al menos quince días de antelación.

Impugna la parte actora el régimen de visitas establecido en la sentencia de instancia, alegando que existen graves circunstancias que aconsejan la suspensión cuando menos temporal del régimen de visitas a favor del padre. Estas circunstancias vienen dadas por la situación de preso convicto del padre, siendo aconsejable en interés del menor la supresión de las visitas al menos mientras se encuentre en prisión.

El derecho de visita, contemplado en el artículo 94 del Código Civil, en relación con el 160 del mismo cuerpo legal, tiene por finalidad establecer relaciones de carácter más estable de los progenitores con sus hijos, permitiendo la estancia y convivencia de aquéllos durante algún tiempo, de ahí la expresión legal «tenerlos en su compañía» que recoge el primero de los preceptos citados, y que se manifiesta como una facultad de la que no puede ser privado uno de los padres por el hecho de que no le haya sido otorgada la custodia y guarda de los hijos menores, al ser un derecho que sólo excepcionalmente, y en atención a razones fundadas, puede ser limitado, debiendo los Tribunales proceder a la determinación de su contenido, en cada supuesto concreto. En el caso sometido al examen de esta Sala, la situación del padre, de preso convicto que tiene en este momento, no siendo la situación idónea para la relación con el menor, las pruebas practicadas en la litis y en especial el informe emitido por la Trabajadora Social adscrita a los juzgados de familia, que aconseja el establecimiento de un régimen de visitas a fin de que el menor tenga conciencia de quién es su padre, considera la Sala que debe mantenerse el régimen de visitas fijado en la sentencia de instancia en interés del propio menor.

RÉGIMEN DE VISITAS

En el juicio quedó reconocido que el padre vive en una finca rústica donde la única edificación es una «casa de aperos», carente de servicios higiénicos esenciales. Por esta razón resultan inadecuadas las pernoctas de la hija en dicho lugar.

AP ALICANTE, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Benigno Flórez Menéndez

Después de haberse divorciado por sentencia cuya fecha no consta, pero que fue anotada en el Registro Civil el 29 de abril de 1994, los litigantes reanudaron la convivencia como pareja de hecho y tuvieron otra hija, manteniéndose esta situación hasta la crisis que se ha solventado por el Juzgado con la regulación de medidas dictadas en aplicación analógica de los artículos 90 y siguientes del CC. Dichas medidas son impugnadas por ambas partes mediante sendos recursos de apelación.

La Sra. Visitación recurre el régimen de visitas establecido en relación con la hija menor, con

argumentos que ciertamente son atendibles pues en el juicio quedó reconocido que el padre vive en una finca rústica donde la única edificación es una «casa de aperos», carente de servicios higiénicos esenciales. Por esta razón resultan inadecuadas las pernoctas de la hija en dicho lugar, pero entiende la Sala que en lugar de modificar definitivamente el régimen bastará con suspenderlas hasta que extrajudicialmente, o en caso de disconformidad en ejecución de sentencia, el padre acredite residir de manera permanente en una vivienda adecuada a las necesidades de la niña.

RÉGIMEN DE VISITAS

La presencia de la menor en los actos de violencia de género que motivaron la condena del padre y las diversas incidencias en el cumplimiento del régimen de visitas aconsejan la fijación de un régimen restrictivo de unas horas a desarrollar en el punto de encuentro.

AP ALICANTE, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Benigno Flórez Menéndez

La sentencia de instancia, estimando la demanda de modificación de medidas interpuesta por la madre, estableció como régimen de visitas del padre con su hija la estancia con ella todos los sábados de 17 a 20 horas en el Punto de Encuentro Familiar. Esta resolución es recurrida por el padre con solicitud de desestimación íntegra de las pretensiones de contrario y levantamiento de las medidas de restricción del régimen de visitas acordadas por el Juzgado.

El recurso no puede prosperar ya que para confirmar y dar por reproducidas las razones expuestas por la sentencia podría incluso ser suficiente con enumerar los elementos de prueba documental obrantes en las actuaciones, de los que resulta la inconveniencia de cualquier ampliación en el régimen fijado:

A) Los hechos que dieron lugar a la condena firme del apelante en el juicio oral núm. 472/2006 del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Alicante, cometidos ambos en presencia de la menor y directamente relacionado el primero de ellos con el régimen de visitas (folios 13 y siguientes).

B) Las diversas incidencias en el cumplimiento del régimen comunicadas por el servicio de Punto de Encuentro, de quien es presumible la mayor objetividad y cuyos informes son concordes en imputar al apelante la responsabilidad por ellas, participando en algún caso al Juzgado su preocupación por la situación de riesgo en que puede encontrarse la menor (folios 37, 68 y siguientes, 104, 132 y siguientes y 172 y siguientes).

C) El informe del director del colegio al que asiste la niña, donde refiere faltas de asistencia y

puntualidad imputables al padre, junto con otros comportamientos de éste manifiestamente anómalos (folios 109 y siguientes).

D) El informe de la psicóloga adscrita al Juzgado, Sra. Encarnación, que se pronuncia por el mismo régimen que ha establecido el Juzgado y que no considera procedente su ampliación sin una valoración exhaustiva del apelante que permita dejar constancia de su estabilidad emocional (folios 182 y siguientes).

Todos estos elementos fueron ratificados mediante la prueba testifical y pericial practicada en el acto del juicio oral, siendo de destacar los extremos relacionados con esta última prueba. La perito judicial fue concluyente en la apreciación de claros signos de deterioro personal en el apelante («déficits cognitivo-conductuales de un proceso de degeneración progresiva que podrían suponer un riesgo para la menor»); y si bien reconoció que no podía profundizar con seguridad en este diagnóstico, las razones que dio para ello son en buena parte imputables al propio apelante (dejar un número elevado de ítems sin contestar en los test, dar res-

puestas al azar, no facilitar una visita a su domicilio cuando según la perito es algo que normalmente se concede sin dificultad, etc.). Y, aun cuando la parte demandada presentó en el juicio a su propio perito, Sr. Clemente, éste se limitó a formular declaraciones genéricas sobre la problemática de las crisis matrimoniales en relación con los hijos y a criticar el anterior informe, pero manifestó no poder emitir una opinión concluyente sobre la situación personal del demandado y demás extremos debatidos, por lo que poco se puede deducir de su intervención.

Todo cuanto se viene refiriendo es claramente indicativo de una situación de riesgo que, en virtud del principio de *favor filii* consagrado por los artículos 92 y siguientes del CC, aconseja restringir el régimen de visitas en la forma realizada por el Juzgado, sin perjuicio de su posible ampliación cuando se justifique cumplidamente que dicha situación se ha superado. Por la edad de la menor no pueden prevalecer frente a estas consideraciones sus manifestaciones en la diligencia de audiencia en el sentido de desear tener un trato más frecuente e intenso con su padre e incluso convivir con él.

RÉGIMEN DE VISITAS

Hasta que el menor supere el rechazo hacia el padre se fija un régimen de visitas restrictivo en presencia de alguno de los abuelos paternos.

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Damián Álvarez García

Frente a la sentencia de primer grado, que establece como régimen de visitas paterno-filial, hasta que el menor cumpla 14 años, los domingos alternos de 10 a 15 horas en presencia de alguno de los abuelos paternos y con recogida y reintegro en el domicilio materno, interpone recurso de apelación la madre del menor, Sra. María Ángeles, interesando la suspensión del régimen de visitas hasta que el menor supere el rechazo de su padre, y subsidiariamente el desarrollo de visitas tuteladas en el punto de encuentro familiar; por su parte, el padre Sr. Luis Ángel impugna la resolución apelada de contrario, solicitando la fijación de un régimen normalizado sin presencia de terceros, pues los abuelos paternos no pueden ser obligados a desplazarse desde Valverde del Camino hasta Carmona.

Aceptando el ponderado criterio del Ministerio Fiscal, resulta procedente ratificar el régimen de visitas que fija la Juzgadora de primer grado, por ajustarse a Derecho y salvaguardar los intereses del hijo menor de los litigantes, Eulogio nacido

el 3 de febrero de 1995. Dicho régimen comporta una prudente y paulatina reanudación de las beneficiosas relaciones paterno-filiales en presencia de los abuelos paternos, y su restablecimiento no constituye una decisión judicial caprichosa, arbitraria o infundada, pues toma en consideración el informe de la médico forense Sra. Natalia, los dictámenes psicológicos de los facultativos Sres. Lorenzo y Rubén, y la propia exploración judicial del menor, pondera el derecho-deber del padre y el interés superior del menor, que tiene suficiente madurez y capacidad y no desea mantener relaciones y contactos con su padre, y tiene en cuenta el dilatado periodo temporal transcurrido desde que, por Auto de 16 de febrero de 2006, recaído en pieza separada de medidas provisionales, se acordó la suspensión cautelar del régimen de visitas, fijado en la Sentencia de divorcio dictada el 11 de noviembre de 2003. Por todo ello, sin necesidad de reiterar argumentos expresados en la sentencia de primera instancia, y aun reconociendo que

el régimen de visitas comporta incomodidades para los abuelos paternos, procede desestimar tanto el recurso de la madre como la impugnación del padre y confirmar la resolución combatida

por sus propios razonamientos, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales de alzada dada la índole personal de los intereses en juego.

RÉGIMEN DE VISITAS

Aunque el padre sustrajo al hijo menor siendo recuperado posteriormente por la policía (no transcurrieron 24 horas) se considera procedente fijar un régimen de visitas restrictivo con supervisión del punto de encuentro.

AP ALICANTE, SEC. 4.^a, SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Benigno Flórez Menéndez

Los litigantes tienen dos hijos, nacidos el 14 de octubre de 2004 y el 4 de agosto de 2007, y al cesar su relación de convivencia el Juzgado ha establecido las medidas reguladoras relacionadas con ellos, atribuyendo a la madre la guarda y custodia, sin régimen de visitas para el padre e imponiendo a éste una pensión de alimentos de 150 euros mensuales actualizables para cada hijo.

El recurso que interpone el padre solicita que le sea reconocido derecho de visitas. Esta pretensión sólo ha de prosperar en parte. La esposa refiere graves alteraciones en la conducta del apelante que pueden redundar en claro perjuicio de los menores y que, de ser ciertas, impedirían desde luego el régimen ordinario que solicita el recurso. Como buena parte de estos hechos se habrían producido en el ámbito privado de relación de los interesados es lógico que no haya prueba cumplida de ellos, aunque los referidos a su conducta pública, visitas al colegio, etc., sí que hubieran podido acreditarse con cierta facilidad. Pero en todo caso sí hay una seria indicación de la veracidad de estas imputaciones en la sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Orihuela en las Diligencias Urgentes

núm. 204/2005, que, además de una agresión a la demandante, declara probado que «el acusado acudió al domicilio de la víctima, del cual sustrajo a la hija común, si bien el tiempo de ausencia fue inferior a las 24 horas, al ser recuperado el menor por los agentes de la Policía Local que procedieron a la detención del acusado». Es obvio que conductas de este tipo no permiten confiar al apelante la custodia de los hijos por el tiempo necesario para el régimen de visitas. Pero teniendo en cuenta que al parecer no se han producido otros hechos graves que hayan determinado la privación de la patria potestad, y la corta edad de los hijos, entiende la Sala que no cabe privar al apelante de toda relación con ellos, pues dicha privación, aun transitoria, equivaldría con gran probabilidad a anular para siempre toda relación paterno-filial. Por tal razón parece oportuno fijar un régimen sumamente restringido y rodeado de las mayores cautelas de seguridad, en los términos que se dirán en el fallo, sin perjuicio de la posibilidad de que este régimen sea modificado, en un sentido o en otro, en función de la evolución de las relaciones familiares.

VIVIENDA FAMILIAR

Es de aplicación el párrafo primero del artículo 96 del CC y procede atribuir la vivienda a la madre con la que convive la hija menor de edad. La limitación del uso a diez años no parece acorde con el precepto, que no sujeta dicho uso a ningún condicionante y cabe la probabilidad de que, pasado dicho plazo, aún las hijas o alguna de ellas tenga necesidad de mantener la convivencia con la progenitora.

AP GRANADA, SEC. 5.^a, SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José Mandonado Martínez

Señala esta Sala en Sentencia de 27 de febrero de 2008 que tanto el artículo 96 como el 103 del Código Civil acuden, para la atribución de la vi-

vivienda familiar, al criterio del acuerdo entre los cónyuges aprobado por el Juez, lo que se justifica en que, prescindiendo de anteponer los meros de-

seos personales a las circunstancias objetivas que concurren en el caso, son los propios interesados los que conocen las circunstancias concurrentes y el mejor medio de satisfacer esa necesidad vital de vivienda al que la separación y ruptura del matrimonio aboca a los cónyuges, de modo que la intervención judicial para el caso de que no se obtenga ese acuerdo, es subsidiaria, acudiendo la ley al principio o criterio objetivo del interés familiar más necesitado de protección, que ha de desprenderse de una ponderación de todas las circunstancias que concurren en el caso.

Este interés más necesitado de protección es el de los hijos menores, y por ello que el artículo 96 en su primer párrafo, cuando hay hijos, la atribuye a éstos y al cónyuge en cuya compañía queden, señalando el párrafo segundo que, cuando alguno de los hijos queden en compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

Y continuaba diciendo dicha sentencia, contemplando a los hijos mayores de edad dependientes de sus progenitores, a los que no hace referencia expresa el precepto legal, que «existe discrepancia en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales sobre el alcance de la previsión legal, pues hay sentencias que incluyen en el precepto a todos los hijos incluso a los que sean mayores (Sentencias de las AP de Valencia de 25 de abril de 2002, de Sevilla de 18 de noviembre de 2004, de Barcelona de 20 de abril de 2005 o de Madrid de 14 de febrero de 2006), en tanto otras consideran que sólo están incluidos los menores de edad (SAP de Córdoba de 9 de abril de 2002, de Asturias de 13 de mayo de 2003 o la de Girona de 11 de abril de 2005)». Esta Sala, en

Sentencia de 7 de septiembre de 2007, se adscribió a esta última posición, y por ello que recondujo la cuestión a la previsión legal del párrafo tercero del artículo 96 del Código Civil, esto es a la atribución de la vivienda al cónyuge cuyo interés se considere más necesitado de protección, afirmándose en la Sentencia de esta Sala de 6 de junio de 2008 que uno de los elementos a valorar era la circunstancia de que convivan con el cónyuge hijos mayores de edad que carezcan de recursos en las circunstancias que los hacen acreedores de la pensión alimenticia, a menos que concurren circunstancias que aconsejen otra cosa.

En el caso contemplado, existen en el matrimonio tres hijas, dos de ellas mayores de edad y otra que ya ha cumplido los 17 años, por lo que es de aplicación el párrafo primero del artículo 96 y procede atribuir la vivienda a la madre con la que convive la hija menor de edad. La limitación del uso a diez años no parece acorde con el precepto, que no sujeta dicho uso a ningún condicionante y cabe la probabilidad de que, pasado dicho plazo, aún las hijas o alguna de ellas tenga necesidad de mantener la convivencia con la progenitora, por lo que el uso ha de someterse a la posibilidad genérica del artículo 91 *in fine* del Código Civil, de modo que debe dejarse sin efecto tal condicionante temporal, y una vez las hijas abandonen la convivencia con la progenitora o dicha convivencia no fuere necesaria por contar dichas hijas con medios económicos propios para cubrirla, podrá valorarse dicha modificación a los efectos de la atribución de la vivienda familiar a cualquiera de los cónyuges, y dejando siempre a salvo el acuerdo entre ellos.

VIVIENDA FAMILIAR

Aunque exista una posibilidad cierta de que la esposa adquiera una vivienda para residir con los hijos, procede atribuirles el uso de la vivienda familiar, dado que aquella compra depende del dinero que obtenga en la liquidación de gananciales.

AP GRANADA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Mascaro Lazzano

Los preceptos de derecho de familia, en cuanto se refieren a menores, son de orden público *ius cogens*, o derecho necesario, por lo que prima el principio del *favor filii*, no estando sujetos los tribunales a las peticiones de las partes. El artículo 96 del Código Civil preceptúa: «En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden».

Los hijos son tres, nacidos el 21 de abril de 1987, 18 de marzo de 1993 y 9 de enero de 2000. No existe acuerdo de los cónyuges en relación con el uso del domicilio conyugal, sino únicamente la manifestación de que «Ambas partes se autorizan a vivir en distintos domicilios, con absoluta libertad para regir sus personas y sus bienes, conforme mejor le interese y ello, sin que ninguno pueda inmiscuirse en la vida del otro».

No se ha probado que la madre haya adquirido una vivienda para vivir con sus hijos, afirmando ella que habita con ellos en casa de sus padres, si bien, estos, se encuentran dispuestos a enajenársela, pero para ello dice precisa la liquidación de la Sociedad

Legal de Gananciales y la percepción, como consecuencia de la misma del 50% que le corresponda. Hemos, por tanto, de atenernos al contenido imperativo del artículo 96, párrafo primero, del Código Civil.

VIVIENDA FAMILIAR

Atribuida la guarda y custodia de la hija menor común al padre, debe estarse al interés de la hija menor, que no es otro que la atribución de la vivienda familiar, sin que deba mover esta atribución *ex lege*, motivaciones de un supuesto mayor interés digno de protección al cónyuge que queda solo habiendo hijos comunes, pues, en cualquier caso, el padre no reside en vivienda propia.

AP ALICANTE, SEC. 9.ª, SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Julio Galvet Botella

Frente a la Sentencia dictada con fecha 7 de noviembre de 2008, por el Juzgado de Primera Instancia número Seis de Elche, en el Juicio de Divorcio número 646/08, que declaró el divorcio de los cónyuges y acordó las medidas definitivas, se alza ante esta instancia el demandante don Aureliano, en solicitud de que se revoque la sentencia y se otorgue el uso de la vivienda familiar al mismo, junto con su hija menor por ser el interés más necesitado de protección, a cuyo recurso se ha opuesto el Ministerio Fiscal y la demandada, solicitando la íntegra confirmación de la sentencia en todos sus extremos, con imposición de las costas de la alzada al apelante.

Interpuesta demanda de divorcio, por don Aureliano, contra su esposa doña Paloma, quienes contrajeron matrimonio en 9 de julio de 2004, y de los que nació una hija, María Cristina, que al tiempo de la demanda contaba con seis años de edad, por Sentencia de fecha 7 de noviembre de 2008, se declaró el divorcio de los cónyuges, adoptándose las medidas definitivas correspondientes, entre las que se atribuyó la guarda y custodia de la menor a su padre, y se atribuyó el uso de la vivienda familiar, sita en Santa Pola, a doña Paloma, hasta que se proceda a la disolución de la copropiedad existente sobre el mismo, y es frente a la exclusiva medida de atribución de la vivienda, respecto de la que se articula por el demandante este recurso, interesando se le atribuya al mismo y a su hija menor, el uso de la vivienda familiar como se ha dicho.

Y dispone el artículo 96 del Código Civil, que «En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden»;

establece así el Código Civil que el uso de la vivienda familiar se determinará en primer lugar por acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez, bien sea en convenio regulador o en acuerdo específico *ad hoc* para este punto, y en segundo lugar y a falta de acuerdo, se establece un triple criterio, siendo el primero el atribuir la vivienda a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden; un segundo supuesto para el caso de que los hijos queden separados, unos en compañía del padre y otros en la de la madre, y por fin un último criterio para el caso de no existencia de hijos. Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1999, «el derecho del uso de la vivienda, toda vez que, haciendo suyas la Sala tales razones, a) dicho derecho surge, mientras no hay liquidación de la sociedad de gananciales, en favor casi exclusivo de quienes están más necesitados, en este caso los hijos y el cónyuge con quien conviven...». Y así, en el presente supuesto, atribuida la guarda y custodia de la hija menor común al padre, debe estarse al interés de la hija menor, que no es otro que la atribución de la vivienda familiar, sin que deba mover esta atribución *ex lege*, motivaciones de un supuesto mayor interés digno de protección al cónyuge que queda solo habiendo hijos comunes, pues en cualquier caso, el padre no reside en vivienda propia, por lo que en consecuencia de todo lo anterior, procede estimar el recurso de apelación y revocar la sentencia en el sentido de atribuir el uso de la vivienda familiar, sita en Santa Pola, a la hija y al padre en cuya compañía queda, y a todo ello con la misma particularidad temporal establecida en la sentencia, esto es hasta que se proceda a la disolución de la copropiedad existente sobre el mismo. En su consecuencia, debemos estimar el recurso y revocar la sentencia en los términos dichos.

VIVIENDA FAMILIAR

Si en el convenio regulador aprobado por la sentencia de separación se pactó el uso del domicilio familiar por tres años, aunque los hijos sean aún menores de edad la sentencia debe ejecutarse en sus propios términos.

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, AUTO DE 18 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Damián Álvarez García

El pedimento principal del recurso de apelación interpuesto por la Sra. Fátima contra el auto que desestimó la oposición frente al despacho de ejecución no puede prosperar en atención a las siguientes razones: 1.ª) La Sentencia de divorcio de 26 de diciembre de 2000 aprobó el convenio regulador de sus efectos, en el que se acordó que el día 1 de julio de 2007 doña Fátima perdería el derecho de uso de la vivienda familiar, en compañía de sus tres hijas, y debería dejarla libre; ciertamente en la referida fecha las tres hijas de los litigantes continuarían siendo menores de edad, no obstante lo cual el convenio en el que ambos progenitores pactaron libremente la limitación temporal del uso de la vivienda fue visado por el Ministerio Fiscal y homologado por el Juez de Familia; 2.ª) El plazo de caducidad de cinco años que establece el artículo 518 de la LEC no puede computarse desde el dictado de la sentencia de divorcio, como pretende la parte apelante, sino desde el 1 de julio de 2008, fecha de expiración del plazo de duración del derecho de uso convencionalmente atribuido a la madre y a las tres hijas convivientes con ella, que representa el

momento en que puede instarse la ejecución de lo acordado.

Irrelevante resulta que en la vivienda en cuestión resida esporádica o continuadamente la actual pareja de la Sra. Fátima, al igual que la edad de las hijas comunes de los contendientes, sin que este Tribunal pueda entrar en consideraciones éticas y personales en torno a la actitud del padre respecto de sus hijas, y a la situación en que éstas puedan quedar.

El motivo de apelación articulado con carácter subsidiario deber ser acogido, por cuanto la rigurosa aplicación del artículo 561.1.1º, párrafo segundo, de la LEC debe ceder excepcionalmente en un supuesto como el de autos, en el que, a consecuencia de un convenio entre los progenitores, las hijas menores han de desalojar la vivienda familiar, lo que justifica y explica la oposición de la madre con quienes aquéllas conviven, máxime cuando el desalojo de la vivienda está encaminado a la enajenación de la misma y al reparto del precio que se obtenga, y cuando la operatividad de la caducidad de la acción ejecutiva genera dudas de carácter jurídico.

VIVIENDA FAMILIAR

Se modifica el uso de la vivienda a favor del esposo dado que su interés es el más necesitado de protección puesto que tiene una nueva pareja de la que próximamente va a tener descendencia, teniéndose en cuenta, además, que la esposa pasa la mayor parte del tiempo en casa de sus padres. Dicho uso se atribuye por plazo de dos años.

AP GRANADA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 15 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José Maldonado Martínez

La única cuestión debatida en el presente recurso es la relativa a la atribución de la vivienda familiar de los litigantes, que la sentencia de instancia ha otorgado al esposo por considerar su interés más digno de protección.

A tal efecto conviene exponer, según resulta de la prueba, que por Sentencia de separación de 8 de julio de 2002 se atribuyó la vivienda familiar a la esposa, a virtud del acuerdo entre las partes para que se elevaran a definitivas las acordadas provi-

sionalmente en Auto de 20 de febrero de 2002, según reza literalmente dicha sentencia. La esposa ha continuado habitando la vivienda familiar desde entonces planteándose la demanda de divorcio en la que pedía se mantuviera dicha medida y se abonaran por mitad las cuotas del préstamo hipotecario que gravaba la misma. Al contestar el demandado, pidió se atribuyera por mitad, dado que en la vivienda podían habitar ambas partes con independencia, en cuyo supuesto la carga hipotecaria se satisfaría por mitad y, en otro caso, se adjudique a uno de ellos quien abonara las cuotas del préstamo hipotecario por entero. El demandado habita, en compañía de su nueva pareja de la que espera un hijo, en una casa de un familiar cedida por éste y en precarias condiciones de habitabilidad, en tanto la esposa habita el domicilio familiar si bien la mayor parte de la jornada la pasa en casa de sus padres.

La actora alega en primer término la incongruencia de la sentencia, dado que ha otorgado más que lo pedido, afirmando a tal efecto que el demandado no ha interesado su atribución, circunstancia que no puede acogerse, pues de la contestación a la demanda (Hecho Cuarto, apartado 1, folio 29) se desprende que se interesó sobre la vivienda familiar una petición de atribución conjunta de dicha vivienda, por ser susceptible dicho inmueble de ser habitado por ambas partes con independencia, o, subsidiariamente «se atribuyera a uno de ellos», con la correlativa obligación de pago de la cuota del préstamo hipotecario, y aunque ello pudiese apuntar posiblemente a una petición propia de la liquidación de la sociedad de gananciales, patente es que no nos encontramos ante este procedimiento y por ello que hay que entender dicha petición en sede de proceso matrimonial, esto es, de atribución del uso de la vivienda familiar, por lo que no existe la incongruencia que se denuncia al atribuirse la al esposo.

Como la decisión recurrida implica una modificación de medidas, dado que la vivienda se atribuyó a la esposa, ha de significarse que toda modificación debe venir justificada suficientemente pues el artículo 91 del Código Civil dispone que «podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias». A tal efecto, decía esta Sala en Sentencias de 16 de marzo y 1 de junio de 2007, recogiendo los criterios expuestos por esta Audiencia Provincial en Sentencias de 22 de diciembre de 1993, 25 de septiembre de 1996 y 3 de octubre de 2001 que «la pretensión modificativa, sustentada

en el artículo 91 del Código Civil, exige una cumplida prueba de esa variación que, por necesidad legal de ser «sustancial», no debe ser circunstancial o coyuntural sino permanente y además de cierta entidad y trascendencia económica, y acaecida con posterioridad y no constituida con voluntad fraudulenta».

La sentencia de instancia ha valorado fundamentalmente dos circunstancias: el uso esporádico que la actora hace de la vivienda, (lo que no es totalmente cierto habida cuenta que lo acreditado es que pasa la jornada con sus padres, lo que en cierto modo se justifica al constituirse en familia monoparental) y el hecho de que el demandado tenga nueva pareja, la cual está embarazada y habita una vivienda de un familiar en precarias condiciones. Esto último supone, efectivamente, un cambio de circunstancias, pues como señalaba esta Sala en Sentencias de 7 de septiembre de 2006 y 18 de enero de 2008, la obligación de atender las necesidades de un nuevo hijo «es considerado por la mayoría de las Audiencias Provinciales como una alteración sustancial de las circunstancias (Sentencias de las Audiencias Provinciales de Vizcaya de 11 de julio de 2002, Huelva de 27 de febrero de 2003, Barcelona de 5 de marzo de 2003, Badajoz de 3 de abril de 2003, Sevilla de 2 y 10 de diciembre de 2005, Córdoba de 29 de septiembre de 2005, y La Coruña de 5 de octubre de 2005), cuanto más si se advierte que la esposa cuenta con una red familiar de apoyo suficiente para cubrir su necesidad de vivienda.

Sin perjuicio de lo expuesto, ha de tenerse presente la condición de vivienda ganancial y habida cuenta que la jurisprudencia aplica a tales casos el párrafo tercero del artículo 96, y por tanto dispone la atribución «por el tiempo que prudentialmente se fije», procede estimar en parte el recurso y conferir el uso al esposo por tiempo máximo de dos años, a menos que antes se liquidare la sociedad de gananciales, y ponderándose para ello el largo tiempo que ha transcurrido desde la disolución de la sociedad de gananciales. Y sin que proceda hacer pronunciamiento alguno sobre el pago del préstamo hipotecario, dado que una vez se acuerda el divorcio no cabe hablar de «cargas del matrimonio», de modo que el atender dicha obligación debe enmarcarse en el ámbito de la comunidad posganancial y sin perjuicio de los efectos del pago que haga cada uno de ellos de tal obligación al momento de liquidarse la sociedad de gananciales.

VIVIENDA FAMILIAR

Se establece a cargo del esposo la obligación de abonar el importe del alquiler de una vivienda para su uso y ocupación en favor de los hijos y la madre, en el supuesto del desalojo de la actual residencia familiar, por cualquier razón, renta que deberá abonar en un importe aproximado de 2.500 euros mensuales.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres

La parte demandada, también apelante, solicita que en el supuesto que tanto los hijos como la madre sean desalojados de la vivienda familiar, propiedad de un tercero, se exija a cargo del demandante la obligación de abonar el alquiler de una vivienda, por importe de 12.500 euros mensuales, según se aclaró en el acto de la vista, y teniendo en consideración las características actuales y la extensión del domicilio familiar, sito en una zona residencial. Asimismo, interesa que se declare a cargo de dicho demandante la obligación de afrontar los gastos de rehabilitación de la vivienda familiar, previo presupuesto de un perito, dando concreta respuesta a la petición planteada por la parte demandada en orden a la obligación de fijar la renta de alquiler, llegado el momento y las circunstancias que obliguen a ello, en el importe de 12.500 euros mensuales, debe rechazarse tal pretensión, siendo ajustado a derecho lo resuelto en la sentencia apelada, y por cuanto que no existe razón alguna para acceder a una pretensión que, incluso, fue planteada de modo extemporáneo en el acto de la vista, y teniendo en cuenta la pretensión deducida en su momento en el escrito rector del procedimiento, de contestación a la demanda, y por cuanto que, a mayor abundamiento, no existe motivo alguno para establecer otros criterios, en orden a la determinación de la renta de alquiler, si fuera necesaria, debiéndose estar a lo señalado en la sentencia apelada.

No es posible acoger los argumentos expuestos por el demandante en el escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario, cuando afirma que no existe pronunciamiento alguno sobre fijación de renta de alquiler de vivienda en el supuesto del desalojo de los hijos y de la madre, por cuanto que aun siendo cierto que ello no se recoge expresamente en el fallo, tal defecto formal, no puede tener la consecuencia que manifiesta dicho demandante en su escrito de oposición al recurso de la demandada, aun admitiendo que pudo esta última solicitar la aclaración de la sentencia, para llevar expresamente al fallo aquello que, también expresamente se indica en el párrafo segundo del fundamento jurídico cuarto de la sentencia apelada,

todo lo cual no es óbice para que expresamente, y por medio de la presente resolución, se proceda a completar y aclarar la sentencia apelada, en los términos expuestos en el fundamento jurídico antes indicado, y ello de conformidad con establecido en el artículo 752 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, teniendo en cuenta el interés que se ventila y que afecta a hijos menores, y dado que se resuelve una problemática que entra de lleno en el capítulo alimenticio, de conformidad con lo establecido en el artículo 142 del Código Civil, cual es la decisión judicial relativa al alojamiento, necesidad primaria que debe quedar asegurada en favor de los hijos, tanto para el momento presente como para el futuro, y teniendo en cuenta las particulares circunstancias que concurren en la problemática analizada, y dado el riesgo actual que asumen dichos hijos, en atención a la precariedad en la que se encuentran y que se deriva de un mero derecho de uso sobre la vivienda familiar, cuya titularidad corresponde a un tercero.

En este sentido, conviene aclarar que la parte demandante tuvo la oportunidad de recurrir expresamente la sentencia, en este particular extremo, por las razones formales y sustantivas que hubiera tenido por conveniente, y, sin embargo, prefirió centrar los motivos del recurso en las pretensiones planteadas expresamente en los términos expuestos en el primer fundamento jurídico de esta resolución, pues olvida, en cualquier caso, dicha parte que en lo que se refiere a las medidas afectantes a los hijos menores el Órgano Judicial, de oficio, podía adoptar cuantas medidas materiales son necesarias para proteger el interés afectante a los hijos, en un capítulo tan esencial como el alojamiento.

Por lo demás, y continuando con la resolución del motivo del recurso de apelación interpuesto por la demandada, en lo que se refiere a la pretensión de fijar la obligación del demandante de afrontar gastos de rehabilitación del domicilio familiar, ello tampoco puede tener favorable acogida, dado que, al margen de la falta de prueba en relación a las condiciones de habitabilidad de dicha vivienda, o

a la imposibilidad de ocupar y residir en la misma en razón del actual estado que presente dicho inmueble, a mayor abundamiento, es lo cierto que ha quedado acreditado que dicho inmueble no es propiedad del matrimonio, ni del demandante, sino de un tercero, si bien se ignora actualmente la titularidad, que expresamente no ha querido ser revelada por el demandante en este procedimiento, según se deduce claramente de las respuestas dadas por aquél en el interrogatorio practicado en el acto de la vista celebrada en la instancia, de modo que por todo ello se desestima dicha pretensión.

Se aclara la sentencia apelada en el sentido de establecer a cargo del esposo la obligación de abonar el importe del alquiler de una vivienda para su uso y ocupación en favor de los hijos y la madre, en el supuesto del desalojo de la actual residencia familiar, por cualquier razón, renta que deberá abonar en un importe aproximado de 2.500 euros mensuales, que entregará a la esposa, todo lo cual se determinará expresamente en fase de ejecución de sentencia, llegado el momento y las circunstancias que determinen el cumplimiento de dicha obligación.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Aunque el hijo no trabaja ni estudia no procede dejar sin efecto la pensión alimenticia, ya que el ofrecimiento realizado por el padre para que trabaje con él es inviable dadas las malas relaciones existentes entre ambos.

AP GRANADA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Molina García

Decretado el divorcio, el recurso versa sólo sobre la pensión de 150 euros fijada a favor del hijo, que vive con la madre, y a cargo del padre demandado ahora apelante. Invoca éste infracción del artículo 143 del CC (por lapsus se entiende el artículo 148 del CC), en el sentido de que el citado hijo no estudia pero tampoco trabaja, porque no quiere, pues lo ha podido hacer con el padre. Pero esta posibilidad queda devaluada por las relaciones familiares que se esgrime tanto en la apelación como en la oposición, de manera que habiendo sido una posibilidad, estas circunstancias implican una contrariedad y deja la situación en el ámbito del artículo 148 del CC,

ya que sin otros medios ni recursos se hace indispensable la aportación de ambos progenitores para el sustento del hijo común, máxime si es escaso el tiempo transcurrido desde que alcanzó la mayoría de edad, como el del tiempo preciso para acceder al mercado laboral; además de que la cantidad señalada puede ser acicate para la búsqueda de trabajo. Y en cuanto al uso de la vivienda familiar, dado el régimen económico existente entre los cónyuges, procede su atribución a la madre e hijos, a cuyo nombre admite la parte apelante que está otorgada la titularidad de la misma.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Esta Sala se ha decantado, en supuestos como el presente de alimentista de más de 25 años que aún no había terminado sus estudios y no se había incorporado el mercado laboral, por establecer un límite temporal, pues ello ha de incentivar al alimentista a esforzarse para finalizar su trayectoria académica o encontrar un trabajo retribuido.

AP ASTURIAS, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ignacio Álvarez Sánchez

Se formula el presente recurso de apelación frente a la sentencia que resolvió la demanda incidental de modificación de las medidas acordadas en el procedimiento de divorcio, desestimando la solici-

tud de extinción de la pensión alimenticia establecida en favor de la hija común. Se trata de un matrimonio de corta duración, pues la convivencia se prolongó sólo durante un año y medio, entablando

ambos litigantes una serie de procedimientos, declarándose el divorcio en el año 1991 y confirmándose esa resolución por la Audiencia Provincial en el año 1992. Como medidas o efectos del mismo se fijaron sendas pensiones alimenticia y compensatoria, las cuales pretendió extinguir el obligado a su pago, primero sin éxito, por Sentencia de 14 de julio de 2003, que, sin embargo fue revocada por la Sec. 6.^a de esta Audiencia que acogió la pretensión relativa a la pensión compensatoria que se declaró extinguida el 9 de diciembre de 2003. Ahora lo que se pretende con esta demanda es poner fin a la pensión alimenticia sobre la base de que la hija tiene ya 26 años y goza de medios de vida propios, aunque reconoce el actor que no mantiene con ella ninguna relación por lo que ignora cuáles son sus circunstancias personales. Esta pretensión resultó desestimada por la sentencia que es objeto del presente recurso de apelación, razonando que doña Rosalía reside con su madre, carece de ingresos propios y está finalizando sus estudios universitarios, habiéndose prolongado éstos por haber cambiado de especialidad y por problemas de salud, los cuales, sin embargo, no constan más que por su propia declaración.

Esta Sala, en Sentencias de 28 de junio de 2006, 25 de abril de 2007 y 14 de mayo de 2009, se ha decantado, en supuestos como el presente de alimentista de más de 25 años que aún no había terminado

sus estudios y no se había incorporado el mercado laboral, por establecer un límite temporal, pues ello ha de incentivar al alimentista a esforzarse para finalizar su trayectoria académica o encontrar un trabajo retribuido. No cabe duda de que es cada vez más amplio el número de personas que accede a estudios universitarios y que no siempre se consigue con facilidad un trabajo remunerado, acorde con esa titulación, pero tampoco cabe amparar situaciones de escasa dedicación y esfuerzo que pretenden justificarse en la matriculación en una carrera universitaria para conseguir seguir obligando al progenitor a abonar la pensión alimenticia; actitud que la Sentencia de TS de 1 de marzo de 2001 indica que sería favorecer el parasitismo social.

En el presente caso, teniendo en cuenta que Rosalía está matriculada en dos asignaturas tal y como consta en el documento núm. 58 de los autos y ella ha reconocido, es presumible que finalice la carrera en fechas próximas y si no lo hace será por causa de su falta de dedicación al estudio y habrá de preocuparse de buscar una ocupación, pues no se puede pretender que sean sus padres los que sigan prestando los alimentos. Ahora bien, teniendo en cuenta la actual coyuntura económica y que el curso todavía no ha finalizado esta Sala acuerda mantener vigente la pensión alimenticia hasta el 31 de diciembre del corriente año, momento en que se declarará extinguida.

PENSIÓN ALIMENTICIA

La única variación que observamos es la consistente en que el empresario para el que presta sus servicios no consigna en las nóminas el concepto de dietas, tal y como lo hacía con anterioridad, por lo que hemos de considerar que los ingresos son los mismos, con independencia de que se omita un concepto y su finalidad, pues estimamos que obviamente debe seguirse sufragando y percibiendo.

AP GRANADA, SEC. 5.^a, SENTENCIA DE 15 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Mascaro Lazcano

Que para la modificación de las medidas consecuentes a la separación matrimonial o divorcio, que ahora se pretende, es imprescindible que se hayan alterado sustancialmente las circunstancias –artículos 90 y 91 del Código Civil (Sentencia de esta Sala de 25 de noviembre de 1993)–, pero su prosperabilidad aparece supeditada en todo caso a que se alegue prueba de que, después de la sentencia de separación o divorcio, se ha producido la indispensable alteración sustancial de las circunstancias a que se refiere el citado precepto del Código Civil.

Que, la discrecional actuación del Juez en pro de los superiores intereses de los hijos, ya destacada por la legislación precedente (artículos 68 y 73), cobra todavía más relevancia en el texto actual, informado para todas las situaciones de separación, divorcio y nulidad del matrimonio por el criterio primordial del *favor filii* (artículos 92, 93 y 94) (STS de 2 de marzo de 1983), debiendo los acuerdos sobre su cuidado y educación, ser tomados siempre en beneficio del menor, al que el Juez debe oír si tuviera suficiente juicio y preceptivamente si alcan-

zó los 12 años, recabando si lo entendiere preciso, el dictamen de especialistas (artículo 92, párrafos 2 y 5) (STS de 31 de diciembre de 1982). En cuanto a los alimentos, la determinación de su cuantía proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe (artículo 146 del CC), es facultad de la Sala de Instancia (SSTS de 20 de diciembre de 1934, 28 de junio de 1951, 21 de diciembre de 1951, 30 de diciembre de 1986, 18 de mayo de 1987 y 28 de septiembre de 1989), estando informada, así mismo, toda la normativa legal relativa a ellos, por el criterio fundamental del *favor filii* (SSTS de 31 de diciembre de 1982 y 2 de mayo de 1983), debiendo decirse que a efectos de la fijación de alimentos lo que el artículo 146 del CC tiene en cuenta, no es rigurosamente el caudal de bienes de que pueda disponer el alimentante, sino simplemente, la necesidad del alimentista, puesta en relación con el patrimonio de quien haya de darlos, cuya apreciación de proporcionalidad, viene atribuida al prudente arbitrio del Tribunal sentenciador de instancia (SSTS de 6 de febrero de 1942, 24

de febrero de 1955, 8 de marzo de 1961, 20 de abril de 1967, 2 de diciembre de 1970, 9 de junio de 1971 y 16 de noviembre de 1978).

Los preceptos en materia de alimentos son de *ius cogens*, derecho imperativo o necesario, pudiendo los Tribunales resolver libremente sin estar sometidos al principio dispositivo o de rogación, sino únicamente a los intereses de los menores y al *favor filii*.

Las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando se pactó el Convenio Regulator y que se dicten alteradas, se concretan a los emolumentos del padre como conductor de un camión de Transportes Internacionales. La única variación que observamos es la consistente en que el empresario para el que presta sus servicios no consigna en las nóminas el concepto de dietas, tal y como lo hacía con anterioridad, por lo que hemos de considerar que los ingresos son los mismos, con independencia de que se omita un concepto y la finalidad del mismo, pues estimamos que obviamente debe seguirse sufragando y percibiendo.

PENSIÓN ALIMENTICIA

La cuota de Ampa y el Seguro Escolar son gastos indispensables que se encuadran dentro de los alimentos, por lo que deben quedar excluidos de la reclamación de gastos extraordinarios. Otros como el viaje a Picos de Europa, los viajes a Inglaterra, las clases de *ballet* o de *break-dance*, no son gastos que notoriamente se incluyen dentro de los que se acometen conforme a los usos sociales –lo que debe ser entendido en sentido restrictivo– ni menos aun son de urgente necesidad, sino que deben ser considerados como gastos superfluos de diversión o placer, por lo que era ineludible un acuerdo previo entre los cónyuges o, en su defecto, la necesaria decisión judicial previa.

AP GRANADA, SEC. 5.ª, AUTO DE 12 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José Maldonado Martínez

Lo que realmente se trata ahora es determinar si los distintos conceptos reclamados por la ejecutante pueden cobijarse dentro de dicha obligación genérica, debiendo significarse a tal efecto que la resolución recurrida únicamente consideró admisibles los gastos de tratamiento dental, excluyéndose los restantes, relativos a clases particulares de *ballet* y *break-dance*, viajes, cuota Ampa y Seguro Escolar.

Ciertamente que la obligación de satisfacer gastos extra alimenticios no debe entenderse en el sentido de que cualquier gasto de tal naturaleza tiene que ser sometido, con carácter previo, al acuerdo de las partes o, en su defecto, a la apro-

bación judicial, pues entenderlo así haría inviable un ejercicio correcto de la patria potestad, que no puede olvidarse ha de ejercerse siempre en beneficio de los hijos (artículo 154 del Código Civil), y por ello que el propio código en el párrafo primero del artículo 156, después de afirmar el ejercicio conjunto de la patria potestad o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, dispone que «serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad». Por tanto, la decisión de afrontar un gasto de tal naturaleza, pudiendo ser previa al gasto –bien por acuerdo entre los cónyuges, bien por decisión judicial–, no tiene

porque serlo necesariamente, pues puede uno de los cónyuges adoptar la decisión «conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad» y someter *a posteriori* al órgano judicial la corrección de la decisión. Así, pueden considerarse dentro de los usos sociales los gastos de primera comunión, viajes de estudio ordinarios, campamentos de verano u otros de similar carácter.

En el caso contemplado entiende la Sala que algunos de los gastos reclamados —la cuota de Ampa y el Seguro Escolar— son gastos indispensables que se encuadran dentro de los alimentos, por lo que deben quedar excluidos. Otros como el viaje a Picos de Europa, los viajes a Inglaterra, las clases de *ballet* o de *break-dance*, no son gastos que notoriamente se incluyen dentro de los que se acometen conforme a los usos sociales —lo que debe ser entendido en sentido restrictivo— ni

menos aun son de urgente necesidad, sino que deben ser considerados como gastos superfluos de diversión o placer —así el viaje a Picos de Europa— o meramente convenientes —como las clases particulares de danza o *ballet* y gastos anejos—, por lo que era ineludible un acuerdo previo entre los cónyuges o, en su defecto, la necesaria decisión judicial previa, pues entenderlo de otro modo supondría imponer uno de ellos al otro su criterio con merma del principio de ejercicio conjunto de la patria potestad, con lo que asimismo deben quedar excluidos. Por el contrario se consideran gastos extra alimenticios acordes a los usos sociales los de participación en la Semana Blanca, por analogía con los viajes de estudio, y de ahí que deban admitirse los mismos como incluidos dentro de la obligación asumida por el progenitor, lo que conlleva la corrección de la ejecución por su importe de 244.50 euros.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Si bien es cierto que los trabajos por cuenta ajena los han venido realizando los hijos de forma discontinua, también es evidente que acreditan una capacidad para ejercer un oficio remunerado que les permita atender a sus necesidades, sin depender de la manutención del padre; lo que, puesto en relación con la deficiente situación económica de éste, justifica la extinción de la pensión alimenticia.

AP ALICANTE, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Federico Rodríguez Mira

Apela el demandante la sentencia de divorcio en el particular relativo a las pensiones alimenticias mantenidas por la Juez *a quo* a favor de sus dos hijos mayores de edad, por entender que su escasa capacidad económica derivada del hecho de encontrarse en desempleo, sin percibir prestación alguna por ello, y haber solicitado ayuda a los servicios sociales del Ayuntamiento de Alcoy; unido a la circunstancia de hallarse sus dos hijos capacitados para ejercer una actividad laboral, como así lo han conseguido en determinados períodos de tiempo, justifican su pretensión de que tales pensiones sean extinguidas, de acuerdo con lo prevenido en los artículos 142, 146, 147 y 152 del Código Civil.

La censura del recurrente debe prosperar. En efecto, en el presente procedimiento se ha demostrado que tanto Jenaro, de 23 años, como Adelina,

de 18 años, han orientado su actividad futura hacia el mundo laboral; no constando probado por la mera declaración de la madre que aquella curse estudios en Valencia, y que ello le ocupe una dedicación incompatible con su actividad laboral; y si bien es cierto que los trabajos por cuenta ajena los han venido realizando de forma discontinua, también es evidente que acreditan una capacidad para ejercer un oficio remunerado que les permita atender a sus necesidades, sin depender de la manutención del padre; lo que, puesto en relación con la deficiente situación económica de éste, justifica, conforme al artículo 152.3.º del Código Civil, la extinción de la pensión alimenticia objeto de debate, con efectos desde la presente sentencia; procediendo en este sentido la acogida favorable del recurso del apelante y la revocación del fallo de instancia.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Por mucho que el padre tenga derecho a acceder a una vivienda digna, la compra realizada y la deuda generada por ella no puede motivar una reducción de la pensión alimenticia del hijo.

AP ALICANTE, SEC. 9.ª, SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Domingo Salvatierra Ossorio

Muestra el apelante su discrepancia con el razonamiento empleado por la Magistrada de instancia relativo a que la compra de una vivienda no constituye motivo suficiente para proceder a una modificación de medidas, al tratarse de una alteración imputable a la simple voluntad de quien insta la revisión.

Mantiene el apelante en esencia, que olvida la sentencia de instancia que no se trata simplemente de la compra de una vivienda, sino del acceso del apelante a una vivienda digna, tratándose de un derecho incluso reconocido constitucionalmente, justificando su pretensión revocatoria en que un cambio de circunstancias no se debe ceñir únicamente a una disminución de ingresos del progenitor obligado a pagar los alimentos, sino también a un aumento legítimo y justificado de sus gastos, como es el derecho al acceso, en cualquiera de sus formas a una vivienda digna.

Ya adelantamos que el recurso debe ser desestimado al compartir esta Sala los razonamientos fácticos y jurídicos que condujeron a la Magistrada

a quo a denegar la pretensión de reducción de la pensión de alimentos que reitera el recurrente en esta alzada.

En efecto, no aprecia esta Sala, tras la valoración de la prueba practicada, que la menor haya reducido sus necesidades alimenticias, ni que exista ningún cambio sustancial en las circunstancias profesionales y económicas del obligado a la prestación, pues la disminución alegada de su capacidad económica, como consecuencia de la adquisición de una vivienda, es un hecho que depende, de manera absoluta, de su propia voluntad, conociendo perfectamente cuando adquirió la vivienda su obligación de pagar la prestación de alimentos, no pudiendo esgrimirse una situación creada de forma libre y voluntaria para perjudicar el derecho sustancial reconocido a la menor, que es totalmente ajena a la decisión unilateral de crearse nuevas obligaciones. De ahí, que sea procedente la desestimación del recurso interpuesto y la confirmación de la resolución de instancia por sus propios y acertados fundamentos.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Para el cálculo de la pensión compensatoria la cantidad que percibe el esposo debe ser minorada en las cargas de carácter permanente y estable que debe soportar, entre las que se pueden incluir las pensiones alimenticias de los hijos, el pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar si hubiere hijos menores, el alquiler de vivienda u otras de carácter semejante que tenga que satisfacer.

AP GRANADA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José Maldonado Martínez

En relación a la pensión compensatoria, tiene dicho esta Sala en Sentencias de 20 de julio de 2007 y 27 de febrero de 2008 que la misma tiene la naturaleza de un derecho personal del cónyuge al que la separación o el divorcio le produce un empeo-

ramiento del *status* económico anterior, y trata de paliar o corregir el desequilibrio económico que se produce en uno de los cónyuges como consecuencia de la separación o el divorcio, al situarlo en una posición o nivel distinto al que mantuvo durante

el matrimonio, y encuentra su justificación en el principio de solidaridad conyugal, de modo que, a través de ella, trata de compensarse al cónyuge que, como consecuencia de la crisis matrimonial, carece de capacidad inmediata para generar rentas, o tiene reducida dicha capacidad, siendo dicha incapacidad secuela de los distintos cometidos asumidos por los cónyuges durante la vida en común. La Sentencia de 26 de octubre de 2007 afirmaba que la verdadera causa de desequilibrio se evidencia en la posibilidad de cada uno de los cónyuges de obtener recursos con posterioridad a la crisis matrimonial, y la de 28 de septiembre de 2007 indicaba que el *status* económico que ha de tenerse en cuenta para apreciar el desequilibrio es el de los recursos del matrimonio antes de la ruptura y el de los de cada uno de los cónyuges después de ella, y es en este análisis comparativo en el que se ha de apreciar el desequilibrio.

Si se aplica esta doctrina al caso de autos, es innegable la procedencia de la pensión compensatoria, pues, en tanto el esposo cuenta con una fuente regular de ingresos procedente de su actividad laboral, que le supone al menos unos 1.200 euros mensuales, la esposa no tiene sino unos ingresos esporádicos y escasos por cuidar a personas enfermas o incapacitadas, difícilmente cuantificables por su irregularidad, de modo que comparativamente se produce el desequilibrio, origen legal del derecho a la pensión.

Cuestión diferente es la cuantificación de la misma, para lo que han de contemplarse en su con-

junto los parámetros del artículo 97 del código sustantivo, debiendo ponderarse que esa perceptible diferencia de ingresos que ha quedado acreditada debe ser minorada en las cargas de carácter permanente y estable que debe soportar el otro cónyuge, como tiene dicho esta Audiencia Provincial en Sentencia de 3 de junio de 2003 y esta Sala en Sentencia de 7 de septiembre de 2007, y entre las que se pueden incluir las pensiones alimenticias de los hijos o compensatorias, el pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar si hubiere hijos menores, el alquiler de vivienda u otras de carácter semejante que tenga que satisfacer el obligado, siendo así que en el caso que se contempla el esposo debe satisfacer pensión alimenticia en cuantía de 400 euros mensuales y deberá de atender la necesidad de vivienda que resulta de atribuirse la familiar temporalmente a la esposa, cargas que aproximadamente le pueden suponer unos 700 euros mensuales, lo que conduce a considerar por ahora una pensión compensatoria de 100 euros mensuales, la cual no estará sujeta a limitación temporal alguna, atendiendo fundamentalmente a la dedicación que implica la atribución de la guarda y custodia de los menores hijos de los litigantes, uno de los cuales tiene sólo tres años de edad, por lo que la incorporación al mercado laboral no será posible de forma regular y completa, si es que de alguna manera pudiese hacerlo en este momento, y todo ello sin perjuicio de su modificación o extinción si se alterasen las circunstancias, incluso al alza si desapareciesen las obligaciones que soporta el esposo y que se han tenido en cuenta para su minoración.

PENSIÓN COMPENSATORIA

En orden a la limitación temporal de la pensión compensatoria, esta Sala considera en el caso concreto de autos que debe quedar sin efecto, pues la esposa no cuenta con formación que le permita una inserción rápida en el mercado laboral y menos aun en situaciones como la presente, de crisis económica y de empleo acentuada.

AP GRANADA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José Maldonado Martínez

En relación a la pensión compensatoria pretende la recurrente un aumento de la misma y la supresión de la limitación temporal.

Con relación a aquélla, ha de tenerse en cuenta que su cuantificación implica una valoración conjunta de las circunstancias del artículo 97 del Código Civil, y no puede olvidarse la consideración de

que los ingresos del obligado deben ser minorados en las cargas de carácter permanente y estable que debe soportar, como tiene dicho esta Audiencia Provincial en Sentencia de 3 de junio de 2003 y esta misma Sala en Sentencias de 29 de abril de 2007 y 5 de septiembre de 2008, entre las que se pueden incluir tanto las pensiones alimenticias de los hijos o compensatorias, el alquiler de vivienda u otras de

carácter semejante que tenga que satisfacer el obligado, siendo así que en el caso que se contempla el esposo debe satisfacer una pensión alimenticia de novecientos euros mensuales para sus hijas, y, además, tiene que satisfacer su necesidad de vivienda al haberse atribuido al otro cónyuge la familiar, por lo que es acertada la cuantificación que hace el Juzgador que debe ser mantenida.

En orden a la limitación temporal, esta Sala considera en el caso concreto de autos que debe

asimismo quedar sin efecto, pues la esposa no cuenta con formación que le permita una inserción rápida en el mercado laboral y menos aun en situaciones como la presente, de crisis económica y de empleo acentuada, y su capacitación laboral sólo le ha permitido empleos esporádicos, de modo que procede mantenerla indefinidamente y sin perjuicio de su modificación si concurren las circunstancias previstas en los artículos 100 y 101 del Código Civil.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Se reduce la cuantía de la pensión compensatoria ya que cuando se estableció se tomaron en consideración los emolumentos que el esposo percibía como piloto, los cuales han quedado reducidos a una ínfima parte como consecuencia de la jubilación y los ingresos suplementarios a la pensión no han sido probados.

AP GRANADA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Mascaro Lazcano

Que para la modificación de las medidas consecuentes a la separación matrimonial o divorcio, que ahora se pretende, es imprescindible que se hayan alterado sustancialmente las circunstancias –artículos 90 y 91 del Código Civil (Sentencia de esta Sala de 25 de noviembre de 1993)–, pero su prosperabilidad aparece supeditada en todo caso a que se alegue prueba de que, después de la sentencia de separación o divorcio, se ha producido la indispensable alteración sustancial de las circunstancias a que se refiere el citado precepto del Código Civil. Que, la llamada pensión compensatoria regulada en el artículo 97 del Código Civil, no puede acordarse por el Juez, de oficio y sí, sólo, en el caso de que el cónyuge que la pida pruebe que la separación o divorcio le ha producido un desequilibrio económico, en relación a la posición del otro, que implique empeoramiento de su situación durante el matrimonio. Nos encontramos, por tanto, ante una norma de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer, y que no afecta a las cargas del matrimonio,

precisamente por no afectar a los hijos, no pudiendo de hecho y jurídicamente confundirse con la prestación de alimentos (SSTS de 2 de diciembre de 1987 y 20 de junio de 1988). Deben tenerse en cuenta las circunstancias enumeradas en el artículo 97 del Código Civil, o sea, edad, cualificación profesional, dedicación pasada y futura a la familia, la duración del matrimonio y los medios y necesidades de uno y otro cónyuge. Sí se ha probado por la parte actora la concurrencia de los requisitos precisos para la modificación de medidas. En efecto, cuando se estableció la pensión compensatoria, se tomaron en consideración los emolumentos que el esposo percibía como piloto de la Cia. Iberia, los cuales han quedado reducidos a una ínfima parte como consecuencia de la jubilación, los ingresos suplementarios a la pensión no han sido probados. El modesto plan de pensiones de la esposa, no consta se haya hecho efectivo, en cualquiera de las formas legalmente previstas. Debe consecuentemente resolverse como se dirá.

PENSIÓN COMPENSATORIA

No se concede pensión compensatoria, en la medida en que las causas de extinción son también causas de no concesión o declaración del derecho. En el caso contemplado, ha de apreciarse dicha situación cuando la propia actora reconoce en su interrogatorio que tiene pareja desde hace año y medio o dos años, lo que confiere ese carácter estable exigido por el precepto para extinguir la pensión y, por lo dicho, para no reconocerse el derecho.

AP GRANADA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 15 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José Maldonado Martínez

El presente recurso tiene por objeto una de las medidas interesadas por la actora con la demanda, referida a la pensión compensatoria. La sentencia de instancia no se pronunció sobre dicha cuestión por entender, y así lo afirma en el fundamento jurídico tercero, que la actora había renunciado en el acto del juicio a dicha pensión, percepción errónea en la medida en que, precisamente, sobre dicha cuestión no hubo acuerdo entre las partes ni tampoco renuncia de la actora.

Sin embargo, no procede otorgamiento de la pensión referida, en la medida en que las causas de extinción son también causas de no concesión o declaración del derecho, y así esta Audiencia Provincial dijo en Sentencias de 15 de noviembre de 2000 y 3 de junio de 2003, que «resulta imposible conceder pensión por desequilibrio cuando concurren simultáneamente motivos de extinción de ésta de acuerdo con el artículo 101 del Código Civil al convivir maritalmente y en régimen de pareja estable con otra persona».

A tal efecto, conviene significar con la Sentencia de esta Sala de 23 de noviembre de 2007 que para que pueda ser apreciada dicha causa de extinción es preciso que esa convivencia sea estable, es decir haya una cohabitación de carácter permanente a modo de convivencia *more uxorio* (SAP de Vizcaya de 16 de marzo de 2001), de modo que se produzca «una apariencia de estado familiar y conyugal que permite que la pareja sea tenida como estable en el contexto social en el que se desenvuelve» (Sentencia de la AP de Barcelona de 19 de febrero de 2003), y así Sentencias como las de la AP de Valencia de 6 de noviembre de 2003, señala las notas de «estabilidad y notoriedad» y la de Valladolid de 5 de junio de 1999, señala que «el concepto de convivencia marital es distinto de la mera intimidad e incluso de la cohabitación más o

menos pasajera, y aun de la convivencia prolongada con una persona del otro sexo si la relación, aunque extramatrimonial, no tiene carácter similar al conyugal, esto es, de unión regular con comunicación personal y de intereses, en cuanto grupo, comunes, distinta de la simple relación sentimental, que queda fuera del ámbito del precepto de cuya aplicación se trata». En suma, son notas de la convivencia marital, a estos efectos, los de estabilidad, notoriedad social y comunidad de intereses, los que conducen al *status* análogo al matrimonial que es, en definitiva, el que contempla el legislador para evitar situaciones de fraude.

En el caso contemplado, ha de apreciarse dicha situación cuando la propia actora reconoce en su interrogatorio (Sop. Inf. Min. 10) que tiene pareja desde hace año y medio o dos años, lo que confiere ese carácter estable exigido por el precepto para extinguir la pensión y, por lo dicho, para no reconocerse el derecho. Y a dicho efecto no es obstáculo la circunstancia de que el demandado le hubiere venido ingresando cantidades en torno a los trescientos euros mensuales desde que se produjo la separación de hecho en enero de 2005, pues suponiendo tales ingresos el reconocimiento por el demandado de la existencia de desequilibrio al momento de la ruptura de hecho, con lo cual queda desactivada la presunción de equilibrio entre los cónyuges por el largo tiempo transcurrido desde la separación de hecho –enero de 2005– hasta la presentación de la demanda –noviembre de 2007–, lo cierto es que tales ingresos se interrumpen en diciembre de 2005, y no hay prueba de que se haya hecho posteriormente ninguno más, lo que es coherente con el inicio de la convivencia que la actora confiesa tener con otra persona y abona el rechazo de su pretensión.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Con independencia de que los ingresos salariales del ex esposo puedan ser en este momento inferiores a los de la ex esposa, ello en absoluto justificaría por sí solo el reconocimiento de una pensión compensatoria, toda vez que al haberse contraído el matrimonio cuando ambos cónyuges estaban ya incorporados a la vida laboral, es claro que ni éste ni la ruptura de la convivencia han incidido en la situación económica del recurrente al no haber alterado ni influido en absoluto su situación laboral y autonomía económica.

AP ASTURIAS, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña María Elena Rodríguez-Vigil Rubio

En relación a la pensión compensatoria nuevamente ha de recordarse que el divorcio y/o la separación no genera en nuestro derecho en forma automática el derecho de un cónyuge a percibir del otro una pensión compensatoria pues para ello el artículo 97 del Código Civil exige la concurrencia del presupuesto de existencia de una desigualdad o desequilibrio económico derivado directamente de la ruptura de la convivencia y ponderado en atención a la posición del otro cónyuge y a su situación anterior en el matrimonio. Concurrencia o no de desequilibrio que habrá de ser valorada en cada caso teniendo en cuenta que la finalidad de esta medida no lo es en absoluto igualar la situación económica de los cónyuges, sino la de procurar que aquel al que la convivencia matrimonial haya supuesto esa situación de desequilibrio pueda tener o lograr en un futuro, más o menos próximo, una situación económica autónoma, tras la ruptura de esa convivencia.

Precisamente porque el desequilibrio ha de estar directamente casualizado en el cese de la convivencia esta Sala en resoluciones precedentes ha venido declarando que éste no existe en aquellos supuestos en que el matrimonio tuvo lugar cuando ambos esposos estaban incorporados con normalidad al mercado de trabajo y percibían ingresos con los que hacer frente en forma independiente a sus necesidades, continuando durante la convivencia desarrollando idéntica actividad, pues en ese caso el matrimonio en nada influyó sobre esta última y los ingresos de la misma derivados, al no haber alterado en absoluto su situación laboral y autonomía económica.

Además de ello el carácter dispositivo de esta medida, unido al hecho de ser presupuesto de su reconocimiento que se produzca una desigualdad o desequilibrio patrimonial entre los cónyuges que resulte claramente evidenciado del análisis comparativo de las condiciones económicas de cada uno de ellos, antes y después de la ruptura de la convivencia y cuyo origen esté precisamente en ese cese

de la convivencia, se ha venido sosteniendo por la totalidad de las Secciones Civiles de esta Audiencia y concretamente por esta Sala (cfr. Sentencias núm. 193, de 11 de abril de 1996 y núm. 19, de 21 de enero de 1999) recogiendo doctrina consolidada anterior de la extinta Sala de lo Civil de la antigua Audiencia Territorial, que no procede el reconocimiento del derecho a pensión si ha transcurrido entre el cese de la convivencia y la solicitud de la misma un período de tiempo de cierta entidad. Todo ello con fundamento en que la separación dilatada en el tiempo sin auxilio económico alguno entre los cónyuges, presupone la plena y completa ruptura de la comunidad personal y patrimonial que el matrimonio implica que es, en última instancia, la base de tal pensión, así como la presunción de absoluta independencia económica.

La aplicación de la citada doctrina a la situación aquí concurrente ha de llevar a rechazar la petición de pensión compensatoria. Se ha reconocido por el ex esposo recurrente en la declaración prestada en el acto del juicio que lleva más de dos años sin convivir con su esposa, viviendo con independencia económica de la misma, al margen de puntuales aportaciones que ha efectuado para contribuir a las necesidades de alimentación de sus hijos, situación que impide el reconocimiento a la pensión, cuyo rechazó además en este caso se ve ratificado por el hecho de que al margen y con independencia de que los ingresos salariales del citado puedan ser en este momento inferiores a los de la ex esposa, ello en absoluto justificaría por sí solo el reconocimiento de una pensión compensatoria, toda vez que al haberse contraído el matrimonio cuando ambos cónyuges estaban ya incorporados a la vida laboral, es claro que ni éste ni la ruptura de la convivencia han incidido en la situación económica del recurrente al no haber alterado ni influido en absoluto su situación laboral y autonomía económica. La diferencia de ingresos de uno y otro cónyuge, (no significativa, y que no se ha acreditado se hubiera mantenido durante la

duración del matrimonio y a la fecha del cese de la convivencia, que es a la que ha de estarse, lo que ya obviaría el reconocimiento de la pensión, pues se trata el desequilibrio de un dato cuya prueba

corresponde al citado), deriva no del matrimonio y del cese de la convivencia sino de la distinta capacidad y aptitud laboral para generarlos de uno y otro cónyuge.

PENSIÓN COMPENSATORIA

No hay causa que dé lugar a una modificación de la pensión compensatoria, pues cuando se estableció, ya se tuvo en cuenta que esporádicamente la esposa realizaba labores de costura en su domicilio tal y como lo hacía cuando se presentó la demanda instando la modificación de medidas.

AP GRANADA, SEC. 5.^a, SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Mascaro Lazzano

En cuanto a la modificación interesada de la pensión compensatoria, hemos de decir que el artículo 170 de la Ley Sustantiva dispone que fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge. El Código, por tanto, establece un criterio objetivo, y no aspectos subjetivos relativos a las necesidades del acreedor y deudor. Lo primero que debe hacerse por un instancia de modificación, es determinar cuál fue la fortuna que se tuvo en cuenta para adoptar la cuantía de la pensión, como requisito previo e ineludible, necesario para saber si se ha producido alteración sustancial de la misma. No hay causa que dé lugar a una modificación de la pensión compensatoria, pues para ello es preciso una alteración sustancial de las bases de establecimiento, debiendo, la parte interesada en la modificación acreditar, además que la alteración de fortuna invocada ostenta entidad patrimonial, suficiente, estable y permanente para romper el equilibrio que instauró la pensión. En el presente supuesto, cuando se estableció, ya se tuvo en cuenta que esporádicamente realizaba labores de costura en su domicilio tal y como lo hacía cuando se

presentó la demanda instando la modificación de medidas, sin que, caso de ser ciertos los ingresos que se dicen, se acredite la diferencia con los que venía obteniendo, siendo los posteriores de 12 euros semanales por 6 o 7 prendas (cada una), según el actor, moviéndonos, caso de haberse probado con el mínimo rigor preciso, ante parámetros que no pueden considerarse como de alteración sustancial. Recordemos, que pensión alimenticia y compensatoria son esencialmente diferentes, no siendo de recibo que se pretenda se alimente la ex esposa con la pensión por desequilibrio, siendo el concepto de alimentos el jurídico, privándosele de su derecho a realizar una humilde labor de costurera con la que obtiene ingresos muy limitados. El ex marido, continúa recibiendo sus emolumentos como profesor de autoescuela, sin que podamos considerar como alteración sustancial de las circunstancias las obligaciones contraídas por préstamo hipotecario celebrado por el mismo voluntariamente conociendo sus obligaciones contraídas con anterioridad, ni el crédito que dice, pero no prueba, obtuvo para arreglo dental, aportando presupuesto, que no factura (documentos 22 a 24 de la demanda).

PENSIÓN COMPENSATORIA

El premio de lotería de 108.000 euros no es causa para extinguir la pensión compensatoria.

AP ASTURIAS, SEC. 1.^a, SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Agustín Azparren Lucas

La demanda de divorcio justifica la petición de extinción de la pensión compensatoria en el transcurso del tiempo desde que fue acordada, al entender

que no puede convertirse en una renta o pensión vitalicia, más aun cuando la demandada no ha intentado acceder al mercado laboral en todo ese

tiempo, citando además la STS de 10 de febrero de 2005 que estableció el cambio de criterio en relación a la temporalidad de la pensión compensatoria.

La sentencia apelada justifica la extinción de la mencionada pensión afirmando que conforme al artículo 101 del Código Civil ha habido un cambio sustancial de las circunstancias que motivaron el acuerdo de fijación de la pensión compensatoria, por un lado en cuanto a doña Crescencia por haber mejorado «considerablemente» su situación económica al haber sido agraciada en diciembre de 2007 con un premio de lotería de «dieciocho millones de las antiguas pesetas», lo que valora la juez de instancia junto al hecho de que han transcurrido 17 años desde la separación «tiempo suficiente para superar aquel inicial desequilibrio económico» sin que por doña Crescencia se haya acreditado actividad alguna ni tan siquiera la mera inscripción en una oficina de empleo. Por otro lado en cuanto a don Héctor la sentencia reconoce que se encuentra en la misma situación de jubilado que existía en el momento de la separación si bien tras sufrir una insuficiencia cardio-respiratoria, tiene declarada una minusvalía del 35%.

En la demanda iniciadora del presente juicio se formulan dos peticiones que aunque se plantean como alternativas hay que entender como una petición principal y otra subsidiaria, ambas de diferente naturaleza, una la petición principal, es la extinción de la pensión compensatoria que sólo cabría si se hubiera superado la situación de desequilibrio económico que dio lugar a su fijación de mutuo acuerdo, es decir «por el cese de la causa» que la motivó conforme al artículo 101 del Código Civil y una petición que entendemos como subsidiaria, que contiene una doble pretensión, la reducción de la pensión y además que lo sea con carácter temporal, reducción que partiría de una alteración sustancial de la fortuna de uno u otro cónyuge según exige el artículo 100 del Código Civil, y la temporalidad que requiere, de acuerdo con la STS de 17 de octubre de 2008 que exista una «certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad» de que la persona que percibe la pensión tiene posibilidad de desenvolverse autónomamente en ese determinado plazo y en consecuencia pueda desaparecer el desequilibrio económico.

En cuanto a la extinción de la pensión compensatoria que acogió la sentencia de instancia, esta Sala no puede compartir tal decisión. Si bien es cierto que aunque la pensión compensatoria fuera fijada de común acuerdo por los cónyuges sin previsión de temporalidad, la posibilidad de

establecer la pensión compensatoria con carácter temporal ha sido admitida por el Tribunal Supremo, desde las Sentencias de 10 de febrero y 28 de abril del año 2005, dictadas en interés casacional, habiéndose plasmado posteriormente tal posibilidad también en el mismo sentido por el legislador, ya que la Ley 15/2005, de 8 de julio, dio nueva redacción al artículo 97 del CC estableciendo que la compensación podrá consistir en una pensión temporal, o por tiempo indefinido, o en una prestación única; sin embargo, una cosa es que pueda fijarse un plazo o darse por extinguida tras el transcurso de un período de tiempo y otra que en el presente supuesto se den las condiciones para que ello sea así.

La sentencia apelada afirma que las circunstancias que motivaron el acuerdo han variado sustancialmente, deduciéndose del fundamento cuarto de dicha resolución que los motivos de tal modificación son que doña Crescencia reside en una casa de su propiedad, que cuando se separó tenía 43 años, no constando que esté afiliada a la Seguridad Social y que ha mejorado considerablemente su situación económica al haber sido agraciada con el premio de lotería antes citado. De dichas circunstancias, la única modificación real es la del premio de lotería ya que no existe modificación en cuanto a la situación de la vivienda que habita la demandada ya que sigue viviendo en el mismo domicilio que se le adjudicó por convenio, y el hecho de que no esté afiliada a la Seguridad Social, en lo que parece ser un reproche por no haber ni siquiera intentado trabajar, a pesar de contar con 43 años en el momento de la separación, es un hecho que no puede ser tenido en cuenta ahora, cuando por la edad que tiene actualmente y su falta de cualificación profesional o experiencia laboral, las posibilidades de trabajar son nulas y en consecuencia no existe como exige el Tribunal Supremo, ninguna certidumbre o potencialidad real de que supere el desequilibrio económico por la realización de cualquier actividad laboral.

En relación al premio de lotería si bien el importe fue de 108.000 euros, como resulta de la prueba realizada en la instancia, tras repartir con sus hijas dicha cantidad y realizar obras en la casa, le restan 18.000 euros, más otra suma que mantiene en la cuenta, lo que en total asciende a unos 26.000 euros. La disponibilidad de dicha suma o la rentabilidad que pueda obtener con ella no suponen la extinción de la situación de desequilibrio que motivó la fijación de su pensión, sino en todo caso una modificación que puede justificar una reducción de la pensión compensatoria pero no su extinción conforme a la jurisprudencia ya citada.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Pensión compensatoria en un pago único de 50.000 euros tras 35 años de matrimonio dándose la circunstancia de que la esposa tiene una profesión estable como maestra ya que el importante patrimonio del esposo le permitió un elevado nivel de vida.

AP ALICANTE, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Federico Rodríguez Mira

En lo concerniente a la pensión compensatoria reconocida a la demandante, la Sala entiende que la decisión de la Juez *a quo* es ajustada a derecho y acorde con las circunstancias personales y económicas que concurren en el supuesto enjuiciado, donde se ha podido constatar que el matrimonio contraído en septiembre de 1973, y con régimen de separación de bienes mediante capitulaciones matrimoniales desde el 31 de julio de 1987, ha durado 35 años, fruto del cual nacieron dos hijos, en la actualidad mayores de edad e independientes de sus progenitores, contando la esposa con 56 años de edad, y habiendo desempeñado su profesión de funcionaria de Magisterio durante todo el tiempo del matrimonio, donde llegó a aprobar las oposiciones y alcanzar plaza en propiedad, haciéndolo antes como interina, percibiendo un sueldo mensual de 2.038 euros; y siendo propietaria de la que constituyó vivienda conyugal, con una carga hipotecaria de 877,60 euros al mes; en tanto que el demandado, empresario del calzado, y titular de la mayoría de

las participaciones sociales en las mercantiles «Coyven Leather, SL» y «Curtidos Perseo, SL», posee un buen número de inmuebles, bien como persona física, o como socio de estas empresas, lo que ha supuesto que el matrimonio alcanzase un elevado nivel de vida, fruto de los elevados rendimientos económicos de dicha actividad empresarial; circunstancias todas ellas valoradas correctamente en sentencia, a la hora de refrendar el derecho de la actora a obtener la pensión que le ha sido concedida, para compensar de este modo el desequilibrio económico que le ha producido la ruptura conyugal, tras 35 años de convivencia matrimonial, en relación con la posición del esposo, traducido en un lógico empeoramiento respecto de su situación anterior en el matrimonio.

En este particular, por tanto, debe ratificarse el criterio de la Juez *a quo* y rechazar el recurso formulado por el apelante contra dicho pronunciamiento.

PENSIÓN COMPENSATORIA

La celebración por la esposa de un contrato de trabajo por cuenta ajena por un período de cinco años y que le ofrece altas posibilidades de consolidar su puesto como empleada con carácter indefinido para la empresa en la que presta sus servicios, comporta una variación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta a la hora de fijar la pensión y en consecuencia procede declarar su extinción.

AP ALICANTE, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña María Cristina Trascasa Blanco

El recurso en que el demandante insiste en las razones en su día alegadas en sustento de su solicitud de que se dicte una resolución por la que se declare extinguida la pensión compensatoria establecida a favor de la demandada en la sentencia de separación, merece ser acogido y al ser parecer de esta Sala, en discrepancia con el criterio expresado por la Juzgadora *a quo*, que la celebración por la

demandada de un contrato de trabajo por cuenta ajena por un período de cinco años y que le ofrece altas posibilidades de consolidar su puesto como empleada con carácter indefinido para la empresa en la que presta sus servicios, habida cuenta que se trata de una contratación para relevo de una trabajadora que ha solicitado la jubilación parcial, ciertamente comporta una variación sustancial de las

circunstancias tenidas en cuenta a la hora de fijar en la sentencia que decretó la separación matrimonial, ahora ya hace diez años, una prestación a cargo del aquí apelante que equilibrara las entonces limitadas posibilidades de acceso al mundo laboral que tenía la demandada, siendo que hoy en día, con su mayor experiencia profesional y sin la necesidad de dedicar su tiempo al cuidado de sus dos hijas, que ya son mayores de edad y que cuentan, desde hace tiempo, con empleo e ingresos propios, dichas oportunidades de desempeñar una actividad remunerada y de manera estable se han visto, ciertamente, incrementadas, al punto de permitirle subvenir,

de forma autónoma, a sus necesidades y en condiciones económicas prácticamente equiparables a las del demandado, si se toman en consideración de un lado, sus respectivos ingresos mensuales y junto a ello la circunstancia de que éste sigue afrontando los gastos de alquiler de una vivienda; razones todas por las cuales se ha de concluir que concurren en el supuesto que se revisa los presupuestos contemplados en el artículo 101.1.º del Código Civil para dar por extinguida la pensión compensatoria en su día concedida a la demandada, siendo por ello procedente la revocación del pronunciamiento recurrido.

PENSIÓN COMPENSATORIA

No se fija pensión compensatoria en el divorcio dado que en el convenio regulador de la separación se pactó una pensión temporal durante un año.

AP ALICANTE, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Federico Rodríguez Mira

La sentencia de instancia rechazó la pretensión de la demandada de obtener el reconocimiento de una pensión compensatoria de 2.000 euros mensuales con cargo a su ex cónyuge, con efectos hasta la liquidación de la sociedad conyugal, o, en todo caso, hasta que consiguiera un trabajo remunerado, después de considerar el Juez *a quo* que aquélla no había justificado los presupuestos contemplados por el artículo 97 del Código Civil, en orden a acreditar ese derecho; criterio este que también ha de ser sancionado por la Sala, puesto que el convenio regulador de la separación de hecho suscrito por los interesados en fecha 26 de septiembre de 2005, al que alude la actora para avalar su petición, ya contempló esa compensación económica, a raíz de la ruptura de la convivencia producida en ese momento; estipulándose que el marido le pagaría una pensión de 1.800 euros durante el plazo de 1 año, además de correr con los gastos de viaje y estancia de la madre en Altea para visitar a su hijo una vez al mes; en tanto que ésta debería abonar, también durante ese período, los alimentos del hijo menor del matrimonio, cuya custodia asumía el padre, a razón de 800 euros mensuales; y acordando aquéllos, de manera expresa, que las mensualidades pactadas habían tenido en cuenta

todas cuantas circunstancias y elementos rodeaban su decisión de separación matrimonial, y especialmente la compensación por la explotación de la clínica veterinaria, de la que quedaba al frente el esposo, asumiendo éste todos los gastos y beneficios, así como los impuestos y obras de conservación del domicilio familiar, sin derecho a reclamar nada por ello frente a la esposa; y manteniendo cada uno de los interesados una participación del 50% sobre los bienes en el momento de proceder a su liquidación.

A la vista de lo expuesto, es evidente que cualquier compensación económica derivada de la ruptura conyugal, quedó zanjada mediante los referidos pactos suscritos en 2005 por los contrayentes, decidiendo entonces la actora marcharse a residir a Bélgica; sin que, por tanto, ésta ostentara un nuevo derecho a exigir del marido la prestación por desequilibrio económico que trata de hacer valer en este momento, con ocasión de la demanda de divorcio planteada por éste en julio de 2006, donde, por otro lado, aquél ha renunciado a exigir de la madre cualquier pensión alimenticia para el hijo, a pesar de seguir manteniendo la guarda y custodia del menor.

CONVENIO REGULADOR

Se condena al padre al abono de 10.558 euros más los intereses legales en concepto de pensiones alimenticias pactadas contractualmente entre los progenitores, no siendo obstáculo que en la fijación de la pensión no interviniese ni el Juez ni el Ministerio Fiscal.

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Andrés Palacios Martínez

Contra la sentencia dictada por el Juez de instancia, estimatoria de la demanda interpuesta en ejercicio de una acción en reclamación de cantidad y por la que se condena al demandado don Amador a que abone a la actora doña Begoña la cantidad de 10.558,03 euros más los intereses legales correspondientes derivada de la pensión alimenticia relativa a la hija menor de edad habida durante la convivencia de ambas partes litigantes y pactada contractualmente; se alza la representación procesal del precitado demandado interesando la nulidad de actuaciones y que se retrotrayesen las mismas al procedimiento o fase procesal en la forma pretendida.

En lo que respecta a la pretensión revocatoria articulada a través del recurso interpuesto y referida a la nulidad de actuaciones interesada; conviene precisar con carácter previo, que la petición de nulidad ha de ser examinada en todo caso con absoluta cautela y con criterio altamente restringido, siendo preciso para declararla que se haya prescindido total y absolutamente de las normas establecidas por ley o se hayan omitido los principios de audiencia, asistencia y defensa ocasionando una efectiva indefensión; desprendiéndose de lo actuado, que la actora Sra. Begoña ha formulado demanda en reclamación de cantidad al demandado Sr. Amador ante el impago por este último de la suma correspondiente y derivada de la pensión

alimenticia que pactaron contractualmente ambas partes hoy litigantes con fecha 1 de junio de 1994 y referida a la hija menor de edad habida durante la convivencia (no olvidemos, que la cuantía acordada vino siendo abonada regular y correctamente hasta diciembre de 2002), sin que por tanto, nos encontremos ante uno de los procesos especiales recogidos en el Título I, Libro IV, de la LEC para el establecimiento o fijación de una pensión alimenticia con intervención del Ministerio Público como se pretende por el ahora apelante, sino ante el ejercicio de una acción en reclamación de cantidad de las sumas debidas y derivadas de la pensión pactada y establecida contractualmente. Asimismo, reiterándonos en el análisis de lo actuado se constata, no sólo el reconocimiento expreso por parte del demandado en el acto del juicio del impago de las cantidades adeudadas y reclamadas, sino que citado legalmente compareció al acto del juicio voluntariamente sin Procurador que lo representase y Letrado que lo asistiese, sin que se aprecie en el caso de autos que se haya prescindido total y absolutamente de las normas procesales establecidas o los principios de audiencia y defensa generadores de indefensión y determinantes de la nulidad interesada. De ahí, que sea procedente la desestimación de la pretensión revocatoria articulada a través del recurso interpuesto y la confirmación de la resolución recurrida en toda su integridad.

CUESTIONES PROCESALES

En el escrito de preparación únicamente se combatió la pensión compensatoria, por lo que es extemporáneo ahora referirse en el recurso a la pensión alimenticia de los hijos.

AP GRANADA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José Maldonado Martínez

Señalaba esta Audiencia Provincial en Sentencias de 22 de diciembre de 2003 y 22 de diciembre de 2005 y esta Sala en Sentencia de 6 de junio de 2007 que «el recurso se ha de referir exclusivamente a los pronunciamientos impugnados según el escrito de

preparación, pues sin perjuicio de la inicial flexibilidad interpretativa de la exigencia que previene el artículo 457.2 de la LEC sobre el contenido del escrito de preparación del recurso, motivada por la falta de criterios unánimes en la jurisprudencia

dada la cercanía de la entrada en vigor de la norma, actualmente, la exigencia legal referida impone que consten expresamente los pronunciamientos que se impugnan, y sobre ellos exclusivamente deben hacerse las alegaciones del escrito de interposición, como dispone el artículo 458.1 de la LEC, habida cuenta que conforme resulta de lo dispuesto en el artículo 465.4 de la LEC y cómo ya venía explicitado por medio del principio *tantum devolutum, quantum appellatum*, el órgano de apelación sólo puede conocer de aquellas pretensiones que, resueltas en primera instancia, hayan sido sometidas nuevamente a su resolución por la parte apelante (Sentencias del Tribunal Constitucional de 28 de septiembre de 2000 y 3 de junio de 2002, que recogen la reiterada doctrina del TS en Sentencias, entre otras, de 5 de marzo de 1990, 15 de julio de 1996 y 21 de marzo y 28 de julio de 1998, y que esta Sala ha aplicado en sus Sentencias de 9 de octubre de 2001 y 8 de abril de 2002), siendo así que, como previene el artículo

457.2 de la LEC, es en el escrito de preparación del recurso donde se han de expresar los pronunciamientos que se impugnan, sin que sea permitido que en el escrito de interposición se puedan extender los pronunciamientos impugnados a otros no reflejados en aquél, pues como dice el artículo 458.1 de la LEC, en el escrito de interposición «se expondrán las alegaciones en que se base la impugnación», y, por ello que no puedan hacerse alegaciones sobre extremos no impugnados en el escrito de preparación.

En el caso de autos, en el escrito de preparación únicamente se combatió la pensión compensatoria, por lo que es extemporáneo ahora referirse en el recurso a la pensión alimenticia de los dos menores hijos de los litigantes, debiendo pues limitarse el recurso a aquel pronunciamiento, y, por vía de impugnación, a la limitación temporal de tres años que se ha impuesto a la misma.

CUESTIONES PROCESALES

Habida cuenta de que el Juzgado de Familia tenía ya señalada la celebración de la comparecencia de medidas provisionales, no procedía la inhibición al de Violencia, con independencia de que se hubiera localizado al demandado, pues una vez más ha de insistirse en que la finalidad de la Ley es conseguir la rápida resolución de la situación familiar.

AP ALICANTE, SEC. 5.ª, AUTO DE 29 DE ABRIL DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña María Visitación Serra

Como datos que han de tenerse en consideración debe dejarse constancia de los siguientes:

– Al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de San Vicente del Raspeig le correspondió por reparto la demanda de divorcio presentada el 26 de agosto de 2008, no constando en dicho escrito referencia alguna a hechos violentos cometidos por el marido demandado.

– Mediante Auto de 22 de septiembre de 2008 se admitió la demanda, ordenándose emplazar al demandado y al Fiscal, así formar pieza separada para las medidas provisionales que se remite al Decanato «a fin de que se vuelva a turnar como medidas y se le dé número de registro».

– Al intentar emplazar al demandado, la vecina con la que se entendió la diligencia manifestó que no residía en esa vivienda y que tenía una orden de alejamiento.

– El Juzgado comprobó dicha manifestación, apareciendo que el Juzgado de Violencia, núm. 4,

había dictado esa orden con fecha de inicio de 3 de octubre de 2008.

– En la pieza separada de medidas se dictó providencia de 3 de octubre de 2008 señalando para el 17 de dichos mes y año la comparecencia, que se suspendió ese día, dictándose por el Juzgado núm. 1 Auto de 17 de octubre de 2008 inhibiéndose a favor del núm. 4.

– Este Juzgado, mediante Auto de 17 de noviembre de 2008 vuelve a remitir los autos al núm. 1, el cual en Resolución de 9 de marzo del mismo año, acuerda elevar los autos a esta Audiencia Provincial.

Sin perjuicio de lo que se va a decidir respecto a la cuestión negativa de competencia suscitada entre los Juzgados referidos en los antecedentes de hecho de esta resolución, debe destacarse que una vez que el Juzgado de violencia, núm. 4, recibe los autos por inhibición del núm. 1, no procede que los vuelva a remitir al primero, sino que debió tener

por suscitada la cuestión negativa de competencia y acordar la remisión de los autos a esta Sec. 5.^a para su resolución.

El Auto de esta Sala, núm. 74, de 29 de marzo de 2007, argumenta en supuesto similar lo siguiente: «Por lo expuesto, y teniendo en cuenta que en el presente supuesto, que tiene por objeto la adopción de medidas de trascendencia familiar comprendidas en el apartado 2 del artículo 87ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se acordó la inhabilitación después de estar señalada e incluso celebrándose la vista judicial, previa admisión a trámite de demanda de medidas provisionales coetáneas a la de divorcio, debe resolverse el conflicto negativo de competencia, siguiendo el criterio establecido en nuestro Auto de 31 de mayo de 2006, a favor del Juzgado civil que debió adoptar las medidas –te-

niendo en cuenta, además, su carácter provisional y urgente–, al que se remitirán las presentes actuaciones, todo ello de conformidad con lo establecido en los artículos 49 bis.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 87ter.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificados por los artículos 57 y 44 la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género».

Aplicando ese criterio y habida cuenta de que el Juzgado núm. 1 tenía ya señalada la celebración de la comparecencia de medidas provisionales, no procedía la inhabilitación al de Violencia, con independencia de que se hubiera localizado al demandado, pues una vez más ha de insistirse en que la finalidad de la Ley es conseguir la rápida resolución de la situación familiar.

CUESTIONES PROCESALES

Estando tramitándose en Alemania un procedimiento de separación entre los cónyuges, se desestima la demanda interpuesta en nuestro país por el esposo solicitando que se regule el uso compartido de la vivienda actualmente ocupada por la esposa.

AP ALICANTE, SEC. 4.^a, SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Benigno Flórez Menéndez

El actor y la demandada son matrimonio, ambos de nacionalidad alemana y propietarios por mitades indivisas de una vivienda unifamiliar sita en el término municipal de Calpe. La sentencia de instancia desestimó la demanda en la que el actor, invocando como fundamentos sustantivos el artículo 14 de la Constitución y el artículo 348 del Código Civil, pretendía que se le reconociera el derecho a usar la finca en las mismas condiciones que su esposa hasta que recayera sentencia firme de divorcio y hubieran procedido a la disolución del régimen económico-matrimonial y posterior liquidación del patrimonio conyugal, y que como consecuencia se regulase el ejercicio de tal derecho concediéndole el uso exclusivo de la finca por seis meses al año. La propia demanda explicaba que entre los cónyuges se estaba sustanciando un proceso de divorcio en Alemania; y en virtud de esta circunstancia, estrechamente conectada con la súplica, y teniendo en cuenta la extensión del objeto propio de dichos procesos según las normas del Derecho interno español (artículos 769 y

siguientes, 806 y siguientes de la LEC, artículos 90 y siguientes del CC) es claro que la pretensión ejercitada está condenada al fracaso. Aunque la justificación o pertinencia de alguno de los argumentos de la sentencia de instancia no pueda compartirse, sí que procede refrendar su conclusión de que en estas circunstancias cualquier regulación o modificación del régimen de uso de la vivienda ha de acordarse en los procesos de divorcio o de liquidación del régimen económico que se sustancian ante otra jurisdicción (en calidad equivalente a lo que en el Derecho español puedan ser las medidas provisionales, definitivas, cautelares o de administración, sin perjuicio de su ulterior ejecución por los tribunales españoles de acuerdo con el Derecho internacional), pues sólo en dicho procedimiento tienen adecuada cabida las cuestiones sustanciales aquí debatidas, en especial si la finca tiene o no el carácter de vivienda familiar y cuál de los intereses familiares en juego puede considerarse más necesitado de protección.

CUESTIONES PROCESALES

Nulidad de la sentencia de modificación del régimen de visitas al no haber sido oída la hija mayor de doce años.

AP GRANADA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 15 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Mascaro Lazcano

Las menores nacieron el 12 de diciembre de 1994 y el 8 de enero de 2000. Tal y como tiene declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de mayo de 1987, el párrafo 2.º del artículo 92 del CC en cuanto preceptúa que las medidas judiciales, que en los pleitos sobre separación, nulidad y divorcio del matrimonio, han de adoptarse en relación con el cuidado y la educación de los hijos, lo serán en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y «siempre a los mayores de doce años», establece una norma de carácter imperativo y de obligado cumplimiento por los órganos jurisdiccionales que conozcan de los referidos litigios. Debe acusarse la sentencia recurrida de haber

violado el párrafo 2.º del artículo 92 del CC, pues ciertamente tal vulneración se produjo al no oír en litigio de modificación de medidas en que eran partes demandante y demandada los padres de una menor nacida en diciembre de 1994, a la misma conclusión que, además, abona la preceptiva contenida en el núm. 3 del artículo 6 del CC y es concorde con lo establecido en los núms. 3 y 4 del artículo 39 de la CE, respecto a la protección de los derechos de los Menores, así como con lo dispuesto en el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, procediendo resolver de acuerdo con el artículo 240.1 de la LOPJ.

CUESTIONES PROCESALES

Nulidad de lo actuado en un procedimiento de divorcio en el que se solicitaba la extinción de la pensión alimenticia del hijo mayor de edad al no haber sido demandado este último.

AP CÓRDOBA, SEC. 2.ª, AUTO DE 13 DE ABRIL DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José María Morillo-Velarde Pérez

La Sala ha planteado la posibilidad de nulidad de actuaciones al entender que, acumuladamente a la acción de divorcio entablada, se ha solicitado la supresión de la pensión alimenticia del hijo mayor de edad, sin que haya sido parte en el procedimiento.

Muy lejos de lo afirmado por las partes en los escritos mediante los que han evacuado el trámite de audiencia conferido al efecto, la cuestión dista de ser pacífica en la doctrina y en la jurisprudencia sobre la necesidad o no de demandar al hijo mayor alimentista cuando de la modificación o supresión de la pensión se trata.

Sin dificultades este tribunal reconoce la legitimación por sustitución que a los progenitores corresponde respecto de los hijos mayores conforme al artículo 93 del Código Civil para solicitar en el seno de un proceso matrimonial el establecimiento

de la pensión, supuesto que, al no ser parte en él, la decisión adversa a sus intereses no le produce ningún perjuicio en relación con la situación hasta entonces vivida, manteniéndose desde un inicio de la crisis parental la posibilidad de ejercitar la acción derivada del artículo 142 del Código Civil; e incluso si, desde la mera perspectiva de la teoría de la carga familiar, pudiera asentarse en este concepto la legitimación para solicitar la pensión.

Sin embargo, cuando de la privación o rebaja del importe se trata, las tesis defensoras de la inexistencia del litisconsorcio pasivo necesario no proporcionan una respuesta sólida ante el hecho evidente de que el perjudicado directo por el éxito de la acción no es el cónyuge demandado –favorecido indirectamente por la sentencia en cuanto le exonera de su parte– sino el propio alimentista.

Argumentos de carácter procesal se esgrimen con un indudable sentido jurídico, pues, en principio, la materia matrimonial no admitiría otras partes que los propios cónyuges.

Pero no puede olvidarse que este argumento excesivamente formalista encuentra en el horizonte un obstáculo insalvable.

Siendo cierto que titular de la prestación es el hijo mayor de edad, la sentencia dictada sin tener intervención en el procedimiento supone una infracción del artículo 24 de la Constitución, pues emanaría de una sentencia judicial una modificación de la realidad en su perjuicio sin haberle dado siquiera la oportunidad de defenderse.

Con ser ésta la razón fundamental de la quiebra de aquellas tesis, pueden aducirse otras que refuerzan a la Sala en su postura contraria a la posibilidad de discutir la supresión o rebaja de la pensión sin demandar al beneficiario de la misma.

Y es que siendo también la prestación *in natura* una modalidad de cumplimiento de la obligación alimenticia, no puede dejar de cubrirse la posibilidad de que exista un interés del progenitor con el que el hijo mayor conviva que coincida con el del alimentante no conviviente, de suerte que mantenga una postura procesal pasiva o no suficientemente dinámica en orden a la defensa de aquel otro interés contrapuesto con el suyo que, en este caso, sería el del directamente afectado por la resolución.

La condición indetectable de esa situación en los inicios del procedimiento obligan a garantizar permanentemente la presencia del titular del derecho en el mismo, con independencia de la postura presumible del otro progenitor, porque, aun cuando quede indemne al hijo la posibilidad de reclamar de ambos los alimentos ordinarios, no puede olvidarse que cesaría la actual obligación de los progenitores en el mismo momento de la firmeza de la sentencia, mientras que no obtendría la otra prestación sino desde la fecha de la presentación de la demanda, existiendo entonces un lapso de tiempo, mayor o

menor según los casos, en que se perdería definitivamente su derecho a percibir los alimentos.

De otra parte, tampoco es atendible el argumento de que se trata de la modificación de medidas establecidas en otro procedimiento en el que no fue parte el alimentista, pues la reconocida legitimación de uno de los progenitores para el establecimiento de la pensión produce como efecto la creación de un derecho que antes no existía, del que es titular el hijo receptor de la prestación, cuyas modificaciones en perjuicio del beneficiario o su extinción requieren lógicamente de la intervención del mismo en el procedimiento en el que se discutan, y ello aunque el progenitor demandado desarrolle una defensa correcta y sincera del hijo, porque siempre tendrá éste el derecho a adoptar su propia postura y a utilizar los argumentos y pruebas que considere convenientes, toda vez que el resultado de los mismos solamente pueden ser ponderados al finalizar el litigio, en el momento de dictar la resolución oportuna.

Por tanto, las dos opciones que pudieran plantearse serían o que, llegada la mayor edad del alimentista, ya no sería posible tramitar la pretensión de rebaja o extinción de la pensión por los trámites del juicio especial del Libro IV, como modificación de medidas definitivas, sino por el juicio de alimentos correspondientes; o llegar a una interpretación flexible de la Ley de Enjuiciamiento Civil, amparada en el artículo 24 de la Constitución que obligue al demandante a llamar al procedimiento al otro progenitor y al hijo, que es por la que se decanta este tribunal; la solución intermedia, la que permite suprimir una pensión sin posibilidad de defensa propia del titular, no es de recibo para la Sala.

Por consiguiente, al no haber sido demandado el hijo titular de la pensión alimenticia extinguida en la sentencia de instancia, procede decretar la nulidad de lo actuado por incorrecta constitución de la relación jurídica procesal, debiendo el actor subsanar su defecto en el plazo de diez días mediante la ampliación de la demanda contra su hijo.

CUESTIONES PROCESALES

En el procedimiento de divorcio no puede resolverse la petición de alzamiento de la retención del sueldo del esposo que se acordó en la ejecutoria de la sentencia de separación.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres

No es posible dar respuesta en este proceso de divorcio a la pretensión relativa a una medida cautelar, sobre retención de haberes y nómina del recurrente, en tanto en cuanto que se trata de una

cuestión a resolver en el procedimiento de ejecución correspondiente, cauce procesal en donde únicamente cabe decidir sobre la viabilidad o procedencia de mantener, actualmente, dicha medida,

y previa petición al respecto en dicha fase de ejecución, valorándose en ese momento las razones por las que se puede o no interesar dejar sin efecto dicha medida cautelar, en razón de los concretos avatares sustantivos y procesales concurrentes en

dicha fase de ejecución de sentencia, y dependiendo ello de la respuesta que corresponda dar a la problemática suscitada en dicha ejecución, sin que en la presente resolución resulte procedente decidir sobre ello.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

La obligación de alimentos ha sido establecida y determinada *ex novo* y por primera vez en dicha sentencia, con motivo de la actual demanda de fijación de medidas de una pareja de hecho, siendo que ésta no ha ido precedida de pronunciamiento alguno, ni en el presente procedimiento, ni en ningún otro previo, por lo que la decisión del Juzgador *a quo* de retrotraer la obligación de pago de la demandada a la fecha de interposición de la demanda se ajusta plenamente al precitado artículo 148.

AP ALICANTE, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña María Cristina Trascasa Blanco

Circunscribe la demandada su apelación al pronunciamiento de la sentencia de primera instancia por el que la obligación de abonar alimentos en favor de su hija menor y por importe de 600 euros mensuales, se le impone con carácter retroactivo desde la fecha de interposición de la demanda, lo que, a juicio de la recurrente, además de contravenir el principio de la congruencia y en tanto en cuanto, se argumenta, dicha declaración no había sido expresamente peticionada en la demanda, es contraria a la interpretación que en distintas Audiencias viene haciéndose del artículo 148 del Código Civil y con arreglo a la cual dicho precepto se aplica sólo a las demandas de juicio de alimentos *strictu sensu* y no a las promovidas en los procedimientos matrimoniales.

El recurso no puede ser acogido. Como se decía en las Sentencias núms. 321/2007 y 803/2002 de esta Audiencia y Sección, el artículo 148 del Código Civil cuando establece que «la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda» en principio, viene siendo interpretado, así en Sentencias de las Audiencias Provinciales de Madrid, Sec. 19.ª, de 24 de marzo de 1995, Baleares, Sec. 5.ª, de 2 de mayo de 2001, Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 3 de junio de 1998 ó Audiencia Provincial de Tarraçona de 21 de julio de 1999, entre otras, en el sentido de considerar que la obligación de abono de la pensión de alimentos nace desde el momento en que la misma es reclamada mediante la interposición de la correspondiente demanda y se retrotrae

igualmente, *favor filii* a dicho momento aunque la misma no sea establecida sino en sentencia de fecha posterior por quedar, en todo caso, salvaguardados el derecho de defensa y de contradicción por el conocimiento que el demandado tiene desde entonces de la deuda que se le reclama; sin que incurra en incongruencia la sentencia que así lo declare e imponga, aunque en el suplico no se haya hecho puntualización alguna sobre la fecha de devengo del débito alimenticio y en cuanto obligación legal cuyo *dies a quo* ya viene establecido, de forma específica, por el examinado artículo 148 del CC.

Cabe, en todo caso, dilucidar si es posible la aplicación del artículo 148 del Código Civil, cuando la reclamación de alimentos se plantea en un juicio de separación, nulidad o divorcio que tienen normas específicas procesales y sustantivas y que son las aplicables por analogía al presente procedimiento sobre adopción de medidas en relación con los hijos habidos de una unión *more uxorio*.

Al respecto ya se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la reciente Sentencia de 3 de octubre de 2008 que establece que «Aunque los alimentos debidos a los hijos no pueden verse afectados por las limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes (en este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de marzo de 2005, señala “que mientras la obligación de alimentos entre parientes descansa en la situación de necesidad perentoria de los mismos o para subsistir y se le abona sólo desde la fecha en que se interponga la demanda, los alimentos de los hijos, en la medida que tienen su origen en la filiación, artículo 39.3 de la Constitución Española, ni precisan demanda

alguna para que se origine el derecho a su percepción, ni la Ley prevé excepciones al deber constitucional de satisfacerlos”), sin embargo, comparten en gran medida los caracteres de la regulación legal de los alimentos entre parientes regulados en los artículos 142 y siguientes del Código Civil. Tal criterio es seguido por esta Sala en Sentencia de 5 de octubre de 1993: “no es sostenible absolutamente que la totalidad de lo dispuesto en el Título VI del libro I del Código Civil, sobre alimentos entre parientes, no es aplicable a los debidos a los hijos menores como un deber comprendido en la patria potestad”. Por tanto, a la obligación de abonar alimentos a los hijos es aplicable el artículo 148 del Código Civil, que establece: “la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda”. Pero lo que realmente plantea dudas es la aplicación de tal precepto a las sucesivas resoluciones que pueden modificar los pronunciamientos anteriores una vez fijada la pensión de alimentos, bien por la estimación de un recurso o por una modificación posterior, como ocurre en este supuesto, que varía el progenitor obligado al pago. Sobre tal cuestión sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 106 del Código Civil que establece: “los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo”, y en el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la

eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en ésta”, por lo que cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será sólo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha desde la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicta, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente, criterio seguido por la sentencia recurrida en el fundamento de derecho segundo».

Siguiendo esta tesis no cabe duda que en el supuesto que se revisa no hay motivo alguno para excepcionar de la norma general retroactiva de la fecha de devengo de la obligación de alimentos y en los términos que la recoge el artículo 148 del Código Civil, la condena pecuniaria impuesta en la sentencia que es objeto del presente recurso y en tanto en cuanto es lo cierto que la obligación de alimentos ha sido establecida y determinada *ex novo* y por primera vez en dicha sentencia, con motivo de la actual demanda, siendo que la misma no ha ido precedida de pronunciamiento alguno, ni el presente procedimiento, ni en ninguno otro previo, por lo que la decisión del Juzgador *a quo* de retrotraer la obligación de pago de la demandada a la fecha de interposición de la demanda se ajusta plenamente al precitado artículo 148 y, según ha sido razonado, a la Jurisprudencia que lo interpreta.

Procede, en consecuencia, confirmar la resolución de primera instancia en el particular que ha motivado la presente apelación.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Al no tener las Sentencias constitutivas efectos retroactivos, en tanto no se diga en ellas expresamente lo contrario, es obvio que la pensión compensatoria que se fija en la sentencia de apelación no produce efectos retroactivos desde la fecha en que se dictó la sentencia en primera instancia.

AP ASTURIAS, SEC. 7.ª, AUTO DE 25 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente

Recorre en apelación la ejecutante, doña Guillerma, el Auto que le deniega el despacho de ejecución solicitado frente a don Franco, por estimar, en contra de lo que en dicho Auto se razona, que la pensión compensatoria reconocida a la apelante en la Sentencia dictada en grado de apelación por esta Sec. 7.ª de la Audiencia Provincial de Asturias, de 27 de julio de 2004, en el Rollo de Apelación

núm. 297/3003, debe comenzar a devengarse (y a actualizarse) desde la fecha de la Sentencia dictada en primera instancia (16 de enero de 2003) por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Gijón, en los Autos de Separación núm. 470/2002, y que, en consecuencia, le son debidas las mensualidades transcurridas entre las fechas de una y otra sentencias.

El recurso debe ser desestimado, toda vez que ya dijimos en Auto de fecha 2 de diciembre de 2008 (Rollo núm. 126/08) que «al no tener las Sentencias constitutivas efectos retroactivos, en tanto no se diga en ellas expresamente lo contrario, es obvio que la pensión de alimentos sólo se devenga a partir de la fecha de la Sentencia que la establece», a lo que podemos añadir que, como expresa el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sec. 4.ª, de 5 de enero de 2006, de lo dispuesto

en el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se extrae la conclusión de que, al no tener el recurso de apelación, en los procesos matrimoniales, efectos suspensivos, los pronunciamientos de la Sentencia de primera instancia conservan eficacia en tanto se resuelve la apelación, y esto debe entenderse así, tanto respecto de los pronunciamientos que establecen medidas, como de los que acuerdan no establecerlas.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Ineficacia de un documento privado suscrito por la esposa en el que se hace constar que ha recibido el importe de las pensiones alimenticias de la hija hasta el año 2012, al negarse por ella la percepción de la cantidad que allí consta y no aportar el esposo prueba del pago.

AP ASTURIAS, SEC. 4.ª, AUTO DE 20 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Tuero Aller

La cuestión que es objeto de controversia en este proceso de ejecución es de índole estrictamente probatoria: despachada la ejecución a instancia de la que fue la esposa por cantidades adeudadas por el ahora recurrente en concepto de pensión alimenticia desde abril de 2006 hasta julio de 2008, éste opuso exclusivamente que, según refleja el documento privado suscrito por ambas partes que lleva fecha 26 de enero de 2006, ya había satisfecho la cantidad de 11.500 euros, que se decía que correspondía a los alimentos de dicha hija hasta el mes de abril de 2012, reiniciándose sólo a partir de entonces el abono de esa pensión.

La ejecutante, aunque reconoció haber firmado ese documento, sostuvo que no había llegado a recibir cantidad alguna. Y en su apoyo aporta el convenio regulador de divorcio, que fue firmado por ambos unos días después, el 9 de febrero de 2006, donde constaba la obligación del padre de abonar la pensión alimenticia de 150 euros al mes, sin aludir a que se hubiera efectuado anticipo alguno.

La cuestión resulta ciertamente dudosa pues, por un lado, la ejecutante reconoció como recibida esa suma en su momento, suscribiendo el citado documento privado, cuya veracidad parece ratifi-

car su posterior conducta, dejando transcurrir un largo período sin reclamar el cumplimiento de esa prestación, frente a lo que sería lo lógico. Sin embargo, por otra parte, sorprende que, ante la negativa formulada en esta ejecución, quien afirma el pago no hubiera siquiera intentado prueba alguna que evidenciara que efectivamente se llevó a cabo (interrogatorio, documental bancaria, testifical de quien hubiera auxiliado a las partes en la elaboración de esos documentos, o cualquiera otra que pudiera arrojar luz sobre el particular), y, sobre todo, que nada se indicara en el convenio regulador que suscribieron días después, que ambas partes sabían que era el que sometían a la aprobación judicial y el que iba a regular su situación en el futuro. Precisamente esta circunstancia de tratarse de un documento posterior que, en cuanto tal y al referirse a la misma materia, y, además, ser de superior eficacia, debe considerarse que prevalece sobre el anterior, al expresar cuál es la concorde voluntad de las partes sobre ese punto, sustituyendo al precedente, unido a que es quien sostiene el pago quien debe acreditarlo cumplidamente según las normas sobre carga de la prueba que establece el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lleva a esta Sala a ratificar la conclusión expuesta en la resolución recurrida.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Cuando hay atribución temporal a un cónyuge de la vivienda familiar privativa o ganancial de uno de ellos, y hubiese transcurrido el tiempo por el que se confirió dicho uso, no cabe pedir el desalojo en procedimiento de ejecución, sino a través del juicio declarativo correspondiente, a menos que el título ejecutivo contuviese pronunciamiento de condena al desalojo.

AP GRANADA, SEC. 5.ª, AUTO DE 19 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José Maldonado Martínez

Esta Sala ya se pronunció en Resolución de 28 de mayo de 2008 –y precisamente sobre un asunto de la misma naturaleza que el presente y dimanante del mismo Juzgado– en el sentido de que, cuando hay atribución temporal a un cónyuge de la vivienda familiar privativa o ganancial de uno de ellos, y hubiese transcurrido el tiempo por el que se confirió dicho uso, no cabía pedir el desalojo en procedimiento de ejecución, sino a través del juicio declarativo correspondiente, a menos que el título ejecutivo contuviese pronunciamiento de condena al desalojo.

Efectivamente, el referido Auto pretendía ejecutar el siguiente pronunciamiento: «Se atribuye el uso y disfrute de la vivienda sita en la calle (...) de esta ciudad a la esposa, si bien limitado temporalmente por un plazo de tres años, a contar desde la fecha de la presente resolución». Y se decía por esta Sala que «si las sentencias deben ser ejecutadas en sus propios términos, conforme al artículo 18 de la LOPJ, la resolución que se ejecuta no contiene ningún pronunciamiento relativo al desalojo de la vivienda familiar, ni menos aun, a la entrega de llaves al ejecutante». Y, continuaba diciendo dicho auto que «la resolución que se ejecuta, como las sentencias que le precedieron, únicamente se limitaron a decidir sobre una de las medidas que prevé el artículo 91 del Código Civil, la atribución del «uso» de la vivienda familiar, otorgada con carácter exclusivo a la esposa y limitando dicho uso durante tres años a partir de la sentencia, uso que concluyó el 30 de octubre de 2006, pero no contenía pronunciamiento alguno sobre las actuaciones a practicar tras ese uso exclusivo, por lo que cualquier pretensión en tal sentido es contradictoria con el título judicial, a tenor de lo que prevé el artículo 563 de la LEC. Así la Sentencia de la AP de Barcelona (Sec. 12.ª) de 29 de noviembre de 2000 consideró que, a menos que el propio título contenga un pronunciamiento en tal sentido, la acción para recuperar la posesión de la vivienda que fue familiar es ajena al litigio matrimonial».

En el caso de autos el pronunciamiento que se pretende ejecutar –Sentencia de 14 de enero de 2008– dice literalmente «Primera.–2.º Se concede a la esposa el uso y disfrute de la vivienda sita en (...) y del ajuar doméstico existente en la misma con una duración máxima de un año a contar desde la resolución de medidas provisionales», significándose a tal efecto que tales medidas se acordaron por Auto de 11 de julio de 2007.

La identidad de ambos pronunciamientos es patente por lo que la resolución debe ser la misma, sin que a ello constituya obstáculo que en el caso anterior la vivienda tenía la consideración de ganancial, en tanto la presente, según se desprende de la sentencia que se ejecuta, tiene el carácter que le otorga el artículo 1354 en relación con el artículo 1357 del Código Civil, al haber sido adquirida antes del matrimonio por el esposo pero pagada con dinero ganancial, lo que le confiere, conforme al primer precepto transcrito, la naturaleza de bien en parte privativo y en parte ganancial, en proporción al valor de las aportaciones respectivas.

Por ello que también sea de aplicación lo que decía a continuación el Auto que antes aludíamos «... Tampoco existen razones materiales para desposeer a un cotitular de la cosa litigiosa del derecho que ostenta a poseerla, una vez que ha perdido el derecho al uso exclusivo previo que ostentaba. Cómo el título por el que los cónyuges posean la vivienda familiar puede ser diverso (puede ser vivienda ganancial, privativa de un cónyuge, propiedad de un tercero cedida en arrendamiento o en precario o por cualquier otro título que faculte para la posesión, incluso de mero hecho), han de distinguirse los supuestos en que la atribución del uso afecta a vivienda familiar de los cónyuges –bien privativa o ganancial– de aquellos otros que afecta a terceros. En este último caso, patente es que la atribución de la vivienda familiar en sede matrimonial no perjudica los derechos dominicales de sus titulares sobre dicha vivienda, de modo que pueden hacer efectivos sus derechos a través del procedimiento declarativo que corresponda (Sen-

tencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2005), circunstancia que no procede cuando la vivienda es privativa o ganancial y en tanto haya de respetarse el pronunciamiento judicial por haber recaído en procedimiento con todas las garantías. No obstante, también hay que distinguir en estos casos si se trata de vivienda privativa o ganancial, pues en tanto en el primer supuesto, la extinción del uso exclusivo implica la recuperación del *ius possidendi* en exclusiva por el cónyuge propietario, en el caso de vivienda ganancial, la extinción del uso exclusivo no hace perder al cónyuge que lo ostentaba sus derechos dominicales sobre la vivienda

ganancial y la posesión a ellos inherente (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 22.ª, de 11 de junio de 2002), por lo que cualquier pretensión que pretenda negarle su derecho implicaría una vulneración de los artículos 394 y 399 del código sustantivo».

Consecuencia de lo que se expone es la revocación del auto, con denegación del despacho de ejecución interesado y sin perjuicio del derecho del ejecutante, Sr. Cecilio, a ejercitar en el procedimiento declarativo que corresponda las acciones pertinentes para hacer valer sus derechos sobre la porción que ostenta en la vivienda litigiosa.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Se estima la demanda de ejecución y se condena a la esposa a reintegrar al esposo todas las cantidades que se le retuvieron desde la sentencia de divorcio en concepto de contribución a las cargas del matrimonio, ya que dicha sentencia no fijó pensión compensatoria en favor de la esposa.

AP ASTURIAS, SEC. 1.ª, AUTO DE 8 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Javier Antón Guijarro

Se alza la apelante doña Lucía contra el Auto de fecha 4 de noviembre de 2008 dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Mieres en el Procedimiento de Ejecución de Títulos Judiciales 433/2008, alegando en su recurso que no procede seguir adelante la ejecución despachada por el Juzgado para la devolución de las sumas reclamadas por el ejecutante don Primitivo por las cantidades que éste ha venido abonando por el concepto de contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio que el Auto de Medidas Provisionales fijaba en 300 euros mensuales a cargo del esposo, y ello por cuanto fue el esposo quien por exclusiva voluntad continuó abonando tales cantidades aun después de que se dictara la sentencia de divorcio, a lo que se une que se trata de un concepto destinado al sostenimiento que por participar de naturaleza alimenticia deben entenderse ya consumidas, insistiendo finalmente en la procedencia de aplicar la compensación de deudas también alegada en su escrito de oposición a la ejecución.

Para la solución del presente recurso partimos como datos obrantes en el procedimiento de la existencia del Auto de Medidas Provisionales de 23 junio 2005 que imponía al esposo don Primitivo el abono de la suma de 300 euros mensuales en concepto de contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio, a lo que se une la imposición del pago de la cuota mensual de amortización del préstamo hipotecario que grava la vivienda

familiar y de la mitad de la renta mensual para el alquiler del local sito en la calle Río Sella (Mieres) que el matrimonio disfruta en arrendamiento. Consta asimismo que la Sentencia de divorcio dictada el 2 de julio de 2007 vino a declarar no haber lugar a fijar el derecho de pensión compensatoria a favor de ninguno de los cónyuges, por lo que el Sr. Primitivo quedaba eximido de afrontar pago alguno por cualquier concepto frente a su esposa, pronunciamiento que fue confirmado por la Sentencia de 6 de febrero de 2008 dictada en apelación. Consta finalmente que el esposo Don Primitivo vino abonando la repetida cantidad de 300 euros mensuales por contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio hasta que en septiembre de 2008 el Juzgado, a instancia de aquél, acordó que dejara sin efecto la orden de retención que se le venía practicando por dicho concepto. Presentada posteriormente por el esposo la demanda ejecutiva que da lugar al presente recurso, en la que se viene a solicitar la devolución por parte de doña Lucía de las 33 mensualidades que le fueron abonadas desde diciembre 2005 en adelante, cabe señalar que, tratándose de una medida económica de carácter meramente provisional y no definitiva como lo es la contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio, tiene señalado esta Audiencia Provincial (SSAP Asturias, Sec. 4.ª, de 6 de junio de 2001 y 31 de julio de 2003) que dicha medida tiene un carácter interino y una eficacia limitada en el tiempo

pues surtirá sus efectos y será exigible hasta tanto no sea sustituida por las que se acuerden en la sentencia que con carácter firme ponga fin al procedimiento, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 106 del Código Civil, por lo que cualquier medida provisional continuará en vigor hasta que se resuelva el recurso de apelación que pueda presentarse contra la sentencia definitiva. En el caso presente la Sentencia de apelación ha recaído en fecha 6 de febrero de 2008, debiendo ser tomada esta referencia como *dies ad quem* para el devengo de la repetida contribución económica, lo cual supone que han resultado indebidamente abonadas las 7 mensualidades transcurridas desde entonces hasta septiembre 2008 y que conduce por tanto a reducir la cantidad que es objeto de ejecución a la de 2.100 euros en que procede estimar el recurso de apelación. Debe rechazarse además el argumento empleado por la apelante respecto al carácter alimenticio de esta contribución y de la imposibilidad de su devolución al haber sido ya consumida, y ello por cuanto en el matrimonio no existen hijos menores de edad merecedores de un derecho de alimentos, a lo que se añade que la resolución que fijó dicha medida lo hizo para afrontar los créditos frente a terceros y a cargo de la sociedad conyugal en tanto se ventilara el proceso matrimonial, siendo así que finalmente se rechazó que existiera siquiera una situación de desequilibrio económico a favor de la esposa que mereciera el reconocimiento de un derecho a la pensión compensatoria, por lo que esa naturaleza cuasialimenticia de la que efectiva-

mente participa el concepto que nos ocupa, cesó con la sentencia definitiva que puso fin al procedimiento. Finalmente y en cuanto a la también invocada procedencia de la compensación con las cantidades que, según dice la esposa, adeuda el Sr. Primitivo por la contribución correspondiente a los meses de julio a diciembre 2005 así como por los demás conceptos impuestos en el Auto de Medidas Provisionales y relativos al pago de la hipoteca y de la mitad de la renta por el alquiler del local, a lo que se unen los respectivos intereses, esta Sala comparte la acertada conclusión sentada por la juzgadora de primera instancia relativa a la imposibilidad de acceder a la compensación de créditos cuando nos encontremos en sede de ejecución de títulos judiciales desde el momento en que dicha causa de oposición únicamente se contempla en el ordinal 2.º del artículo 557.1 de la LEC frente a la ejecución de títulos no judiciales, sin que resulte tampoco de aplicación al caso el criterio recogido por el Auto AP Madrid, Sec. 10.ª, de 24 de mayo de 2005, citado en el recurso, dado que en aquel supuesto se trataba de la compensación de deudas documentadas en títulos judiciales que reunían además los requisitos previstos en el artículo 1196 del Código Civil, mientras que en el caso presente falta el presupuesto relativo a la liquidez dado que los créditos esgrimidos por la esposa no han sido todavía determinados en sede judicial, labor que precisaría en su caso del correspondiente trámite de audiencia contradictoria y que así podrá ser llevado a cabo cuando la esposa lo solicite.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

La negativa del hijo de once años a relacionarse con el padre no es causa para remitir a las partes al procedimiento de modificación de medidas, sino que con asistencia del equipo técnico debe indagarse en el motivo de tal negativa y paralelamente fijar un régimen de visitas restringido en el punto de encuentro.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 30 DE ABRIL DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Pascual Martín Villa

Por el Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de los de Granollers se dictó Auto en fecha el 28 de mayo de 2007 mediante el que se dispuso la estimación parcial de la oposición a la ejecución, por lo que si las partes no alcanzan ningún acuerdo o se someten a mediación, se remite a las mismas al procedimiento declarativo correspondiente a los efectos de modificar las medi-

da definitivas de la Sentencia de 24 de octubre de 2005. Frente a dicha resolución, se alzó el padre interesando se dicte en esta alzada resolución revocando el mencionado auto y se dé lugar a la ejecución, que deberá ser supervisada por el SATAF, en cuanto que órgano de seguimiento, y apoyo en el desarrollo del régimen de visitas. Asimismo cuanto fuere menester, la presente ejecución deberá venir

acompañada de las eventuales medidas tales como, aplicación progresiva de soporte psicológico y seguimiento periódico de sus resultados. La madre, se opuso a dicho recurso interesando la confirmación del Auto recurrido.

La presente controversia versa sobre la ejecución relativa a un régimen de visitas establecido por sentencia en favor del padre respecto de un hijo de 11 años quien rehúsa mantener cualquier contacto con este progenitor. La madre, en su escrito de oposición a la demanda, ha expresado que es el menor quien rehúye el contacto con el padre; evidenciando lo inapropiado de imponérselo de una manera coactiva o forzada no sólo por la naturaleza de estos contactos, que deben tener como norte el armónico desarrollo de la personalidad de los menores, sino también porque en la práctica, podrían estos medios coactivos resultar contraproducentes. Así las cosas, la cuestión requiere para ser solucionada una cierta sensibilidad y comprensión de la actual posición del hijo menor respectó de su padre, que puede tener en su origen múltiples causas, incluso, como posibilidad más grave la alienación parental.

Estas causas hubieron de haber sido examinadas en esta vía ejecutiva, contrariamente a lo razonado por el Sr. Juez del primer grado, quien frente a una reclamación de cumplimiento en sus estrictos términos de una decisión judicial incomprensiblemente deriva a las partes hacia un inapropiado procedimiento de modificación de efectos de una sentencia, cuando lo cierto es que esta sede ejecutiva resultaría perfectamente idónea para arbitrar cualquier medio, siempre respetuoso con la personalidad de los menores, tendente a dilucidar

y en su caso alcanzar la estricta observancia de la Sentencia de separación de 24 de octubre de 2005, en lo referido a un hijo menor.

Como quiera que a esta Sala sentenciadora le asisten las facultades establecidas por el artículo 134 del CF, y concordantes, que imponen a los tribunales el deber de adoptar cualquier medida tendente a la protección de los hijos menores, habrá de acordarse en la parte dispositiva de la presente resolución la siguiente decisión, que se considera idónea a los fines pretendidos de salvaguardar los intereses del hijo menor y, asimismo, también en este caso los del padre, como progenitor no custodio en reclamación del cumplimiento del régimen de visitas. A estos efectos, se impone la inmediata intervención del SATAF, que deberá realizar un informe que analice las causas del actual posicionamiento del menor dentro del núcleo familiar, sin perjuicio de lo cual, ya desde un inicio, y sin que sea preciso forzar la situación, de una manera paralela deberán iniciarse los pertinentes contactos entre el menor y el padre, los sábados alternos, durante dos horas en el punto de encuentro que se señale por el Juez, los cuales se realizarán bajo el control de personal especializado que emita informe sobre cualquier incidencia relevante que pudiera surgir en su desarrollo sobre la conveniencia actual para el menor de tales contactos. Por el Juzgado se adoptarán cuantas cautelas se consideren precisas para el cumplimiento de lo anterior. Así las cosas, deberá ser acogido parcialmente el presente recurso, en el sentido que se acaba de dejar expresado, lo que habrá de ser recogido en la parte dispositiva de la presente resolución.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

La menor se encuentra plenamente integrada en nuestro país y en el informe del equipo psicosocial se concluye afirmando que está debidamente atendida e integrada en su medio, y de su propia exploración pese a su corta edad se constata que no conoce a su progenitor (no sabe ni cómo se llama) y no quiere verlo ni vivir con él.

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, AUTO DE 3 DE ABRIL DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Rafael Márquez Romero

El Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores tiene como finalidad como se declara en su artículo 1.a) Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante y b) Velar por que los de-

rechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes, disponiendo en su artículo 3 que el traslado o retención de un menor se consideren ilícitos «cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido separada

o conjuntamente a una persona...» y en el presente caso queda acreditado que la madre Sra. Herminia tras haber obtenido autorización paterna para traer al menor de referencia a España desde el día 27 de diciembre hasta el día 15 de marzo de 2007 no devolvió al mismo una vez transcurrido el plazo de tres meses concedido, sin embargo ha de tenerse en consideración que en el artículo 13 del Convenio se establecen una serie de excepciones a la obligación de acordar la restitución del menor si: a) la persona que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. En consecuencia como declaraba el Auto de esta Sala de 12 de septiembre de 2008 para la resolución del presente procedimiento el principio rector no puede ser otro que la salvaguarda del interés preferente y superior del precitado menor a quien se ha de proteger y cuyo bienestar se trata de garantizar; principio consagrado tanto en la normativa supranacional (Convención de los Derechos del Niño de 1989), como en nuestra propia legislación en diversos preceptos del Código Civil (artículos 92, 93, 95, 103.1, 154, 158 y 170), Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y en cuantas normas y disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno, filiales o tutelares, constituyendo principio básico y orientador de la actuación judicial, que concuerda con el principio constitucional de protección integral de los hijos (artículo 39.2 de la CE). Por otro lado, si bien es cierto que el artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980, sobre aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores recoge los supuestos en los que deberán considerarse ilícitos

el traslado o la retención de un menor, también lo es, que el artículo 13 establece los supuestos en que la autoridad competente no estará obligada a ordenar la restitución del menor en atención a la situación de riesgo con peligro psico-físico para el mismo o que de cualquier otra manera lo pongan en una situación intolerable y ello valorando los informes sobre las circunstancias sociales en que se desenvuelve. En el presente caso, tras el examen y valoración de lo actuado en la primera instancia así como de lo alegado en los respectivos escritos de interposición y oposición al recurso no puede la Sala sino confirmar el Auto apelado estimando que lo realmente transcendente radica, no sólo que el precitado menor se encuentra plenamente integrado en nuestro país (está escolarizada en el Colegio concertado Al Andalus 2000 de la localidad de Tomares, donde asiste regularmente a clases, está muy bien integrada con sus compañeros y tiene un rendimiento escolar normal para su edad), y en el informe del equipo psicosocial de los Juzgados de Familia se concluyen afirmando que la menor se encuentra debidamente atendida e integrada en su medio, sino que de su propia exploración pese a su corta edad se constata, que no conoce a su progenitor del que no sabe cómo se llama y no quiere verlo ni vivir con él y que tanto en Chile como aquí vive con su madre, su abuela y su tía. De ahí, que en atención a todo lo anteriormente expuesto, la estabilidad personal y profesional de la Sra. Herminia en España y sobretodo, ante la posible situación de riesgo que podría derivarse en la restitución, el interés superior y preferente de la menor a quien se ha de proteger y cuyo bienestar se trata de garantizar conforme al principio del *favor filii*, así como su pleno desarrollo armónico y equilibrado en un entorno y seno familiar adecuado procede la íntegra confirmación del auto recurrido desestimando el recurso interpuesto.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Se condena a la esposa a reintegrar los bienes muebles que se llevó del domicilio familiar, estableciéndose una obligación sustitutoria de pago para el caso de que no lo verifique por importe de 36.000 euros con sus correspondientes intereses.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 2 DE ABRIL DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ángel Chamorro Valdés

La dirección letrada de Doña Tomasa se alzó contra la resolución de instancia reclamando su revocación y que se dicte resolución: 1.º Por la que revoque el mencionado Auto de 20 de septiembre de

2006 dictado en los autos de ejecución de títulos judiciales 575/2006 tramitados ante el juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 7 de Alcobendas. 2.º Por la que se declare no ha lugar a la

ejecución de la sentencia de separación, en el sentido requerido por el actor, por nulidad de dicha ejecución. 3.º Se imponga las costas a la actora-ejecutante por mala fe.

Mientras que la dirección letrada de don Rodrigo pidió la confirmación íntegra del Auto de fecha 20 de septiembre de 2006 con expresa condena en costas a la recurrente por su temeridad y mala fe al amparo del artículo 394 de la LEC.

La cuestión suscitada tiene su origen en la demanda ejecutiva interpuesta por la representación de don Rodrigo el día 17 de octubre de 2005 en la que se reclamaba: 1. Se requiera a doña Tomasa para que reintegre todo el mobiliario (a excepción de dos sofás) existente en el interior y exterior de la vivienda (propiedad privativa del apelado) sita en la calle dirección 000, núm. 000 (urbanización dirección 001), San Sebastián de los Reyes (Madrid); mobiliario que se encuentra recogido en el inventario que adjuntamos. 2. Si la Sra. Tomasa no procede a entregar al apelado todo el mobiliario retirado de la vivienda sita en la calle dirección 000, núm. 000, dirección 001 (San Sebastián de los Reyes-Madrid); se requiera a doña Tomasa para que entregue el valor efectivo del mobiliario que asciende a cincuenta mil euros (50.000 euros), más intereses por mora desde la obligación de entrega (1 de enero de 2005), gastos y costas procesales, que en principio, y sin perjuicio de posterior liquidación se fijan en quince mil euros (15.000 euros). 3. Se condene en costas a la contraparte si se opusiere a las pretensiones de esta parte. Dicha demanda tuvo una primera respuesta positiva del órgano jurisdiccional de primera instancia con el Auto de 21 de noviembre de 2005 y luego a pesar de la oposición formulada en el auto recurrido. Dicha demanda tiene como título ejecutivo la Sentencia de separación conyugal de 5 de octubre de 2004, confirmada por la Sentencia de esta sección de 21 de junio de 2005, la cual a los efectos que aquí nos interesan establece en el apartado a) del fallo lo siguiente: «Se atribuye el uso y disfrute de la vivienda sita en Dirección 001, calle dirección 000, núm. 000 a la Sra. Tomasa hasta el 31 de diciembre de 2004, debiendo recoger sus efectos y enseres personales, a partir del 1 de enero de 2005 el uso y disfrute de la mencionada vivienda se otorga al Sr. Rodrigo».

La parte apelante destaca en apoyo de su pretensión revocatoria que la sentencia no tiene un

pronunciamiento de condena en cuanto a los bienes muebles de uso ordinario, pero hay que tener en cuenta que la sentencia de separación conyugal atribuye el uso de la vivienda sita en dirección 001, calle dirección 000, núm. 000 a la Sra. Tomasa hasta el 31 de diciembre de 2004 y a partir de esta fecha al demandante y dicha atribución de uso lleva consigo de manera inherente, tal como se desprende de los artículos 96 y 103.2 del CC, la de los objetos de uso ordinario y del ajuar que están en la vivienda pues sin ellos la atribución de uso no puede cumplir su finalidad que es la de cubrir la necesidad de alojamiento. Que la atribución del uso acordada en el auto recurrido comprende también el mobiliario se desprende asimismo de que en la parte del fallo de la Sentencia de 5 de octubre de 2004 transcrita se acuerda que la demandada debe recoger de la vivienda citada sus efectos y enseres personales y ante las alegaciones de la parte apelante conviene señalar que el artículo 96 del CC también contempla la atribución de uso de la vivienda familiar a alguno de los progenitores exclusivamente. No se puede acoger la afirmación de la parte apelante consistente en que no está demostrada la existencia del mobiliario, dadas las fotografías acompañadas con la demanda que no han quedado desvirtuadas por la parte contraria, si bien hay que precisar que escapa del ámbito del proceso de ejecución determinar el carácter privativo o ganancial de los muebles. Por otra parte la valoración del mobiliario en 36.000 euros ha quedado plenamente justificada a través del contrato de seguro aportado con el escrito de impugnación que obra al folio 193.

Las Diligencias Previas 2032/03 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Alcobendas tampoco pueden servir para acoger la pretensión revocatoria de la parte apelante pues en el Suto de archivo de 26 de noviembre de 2004 confirmado por la Audiencia Provincial el 20 de octubre de 2005 no se especifica qué bienes muebles retiró el 23 de diciembre de 2003 el demandante y varios familiares del domicilio familiar y no se señala, ni siquiera por aproximación, su número y no consta que la demandada una vez que se inicia su período de uso de la vivienda acordado por la Sentencia de 5 de octubre de 2004 reclamase que los muebles que había en la vivienda no bastaban para cubrir la necesidad de alojamiento.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Habiéndose acreditado una reanudación de la convivencia durante un período continuado, estable y tan duradero, lo que no puede tenerse por circunstancial, ha de entenderse como una verdadera reconciliación de hecho y si bien no puede producir los mismos efectos que la reconciliación legal, por su falta de comunicación al Juzgado, sí debe tener sus efectos en cuanto a considerar inexigible la reclamación de la pensión compensatoria durante dicho período.

AP A CORUÑA, SEC. 4.^a, SENTENCIA DE 1 DE ABRIL DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Miguel Fernández-Montells

La representación de don Juan Manuel interpone recurso de apelación contra el auto de fecha 1 de septiembre de 2008 dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. Tres de A Coruña, que desestima su oposición formulada a la ejecución despachada por actualización y atrasos por impago de actualizaciones de anualidades anteriores en el pago de las mensualidades de pensión compensatoria establecida en sentencia de separación matrimonial de fecha 10 de enero de 2002, reproduciendo en su recurso los motivos alegados de oposición a la ejecución despachada.

En la sentencia de separación matrimonial se estableció a favor de la esposa la cantidad de 391 euros en concepto de pensión compensatoria, que debía abonar el marido por meses anticipados dentro de los cinco primeros días de cada mes, cantidad que se actualizaría anualmente de acuerdo con el índice de precios al consumo, con efectos de 1 de enero de 2003.

La parte apelante motiva su recurso contra la resolución que desestima la oposición, por estimar que por común acuerdo se produjo la reconciliación a finales del año 2003, si bien no fue comunicada al Juzgado que conoció de la separación, conviviendo juntos desde entonces en el domicilio conyugal que en la referida sentencia se atribuye su uso y disfrute a la esposa.

Tal situación de hecho es reconocida por las partes, y se deduce claramente de la denuncia presentada por doña Fidela el día 26 de septiembre de 2006 en la Policía, precisamente por no querer continuar conviviendo con su marido, cuando refiere «Que hace tres años aproximadamente su marido la convenció para que volviese a dejarle entrar en su domicilio y la dicente creyó en las promesas que le hacía su marido con respecto al domicilio». Y precisamente la demanda de ejecución se presenta en fecha 7 de diciembre de 2006, y se interesa en la misma el desalojo del marido de la vivienda. De

tal modo la convivencia en el domicilio conyugal se reanuda durante largo período de tiempo, al menos unos dos años.

Frente a ello la parte ejecutante, aquí parte apelada, opone que en ningún momento hubo realmente una reconciliación efectiva, por cuanto no fue comunicada al Juzgado, no pudiendo tener los efectos pretendidos en la oposición al despacho de la ejecución. Máxime cuando ninguna intención de reconciliación tuvieron en su día, cuando hacían vidas separadas, únicamente convivían juntos, de tal modo que no existiendo realmente reconciliación no puede producir efectos dado que no fue comunicada al Juzgado en todo caso.

Sobre la base de una convivencia reanudada durante un período continuado, estable y tan duradero, lo que no puede tenerse por circunstancial, ha de entenderse como una verdadera reconciliación de hecho por decisión libre de los intervinientes, y no sólo una especie de convivencia, de modo que no puede aceptarse las alegaciones de la parte apelada en este sentido. Y si bien no puede producir los mismos efectos que la reconciliación legal, por su falta de comunicación al Juzgado, el término de la separación matrimonial, al menos debe tenerse en consideración a los efectos de las consecuencias de las medidas económicas, máxime tratándose de la reclamación de atrasos de la actualización de la pensión compensatoria, por su misma finalidad, que no es otra que el desequilibrio económico que la separación causa o produce a uno de los cónyuges, que es lo aquí debatido. De tal modo estimamos en parte el recurso de apelación durante el tiempo en que se reanuda la convivencia, que a falta de datos y a los efectos de resolución del recurso estimamos acreditada desde enero de 2004, y de tal modo el recurso debe ser estimado en parte, eso sí, manteniendo la cantidad actualizada de la pensión compensatoria que se refiere en el auto que se despacha la ejecución.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Al entenderse que los préstamos hipotecarios fueron destinados a la mejora de un bien privativo de la esposa y al no constar elementos bastantes para afirmar que la contribución del esposo a su amortización se hizo con *animus donandi*, ha de concluirse que en las relaciones internas de los aquí litigantes era ella la única obligada al pago, por lo que ha de restituir la contribución del esposo so pena de enriquecerse injustamente a su costa.

AP ALICANTE, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Benigno Flórez Menéndez

Después de exponer con detalle la doctrina jurisprudencial sobre el principio general de Derecho que prohíbe el enriquecimiento obtenido injustamente a costa de otro, con cita entre otras de las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1996, 23 de junio de 1997 y 15 de junio de 1999, la sentencia la aplica con toda corrección al caso de autos. Tal como refiere el Juzgado, los litigantes, que se habían casado el 1 de junio de 1984, otorgaron escritura de capitulaciones matrimoniales el 14 de agosto de 1984 en apariencia con el propósito inmediato de poner sólo a nombre de la esposa una vivienda que habían comprado conjuntamente en documento privado de 30 de septiembre de 1982, vivienda que fue escriturada en la misma fecha del otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, y después la esposa ha realizado una serie de operaciones inmobiliarias en las que puede estimarse que ha ido obteniendo beneficios, sin que conste que haya podido hacerlas más que a partir de esta inicial adquisición y contando con los ingresos que aportaba al matrimonio el esposo, pues las resoluciones dictadas en los procesos matrimoniales (que culminaron con la Sentencia de divorcio de 22 de abril de 2003) han dejado claro que ella no percibía ingresos o rentas de ningún tipo y tampoco consta que haya tenido adquisiciones significativas a título gratuito. Dentro de este marco, el Juzgado incluso puede decirse que se ha pronunciado moderadamente, ya que ha rechazado otras pretensiones del demandante cuyos presupuestos de hecho no estaban completamente justificados para centrar el enriquecimiento injusto de la demandada en la contribución del esposo a la amortización de dos préstamos hi-

potecarios sobre finca privativa de la esposa, suscritos el 26 de febrero y el 14 de diciembre de 1998. Los argumentos del recurso no pueden prosperar puesto que lejos de constar en modo alguno que el esposo se hubiera apropiado en su día del importe de los préstamos, hay elementos bastantes para pensar que su importe se invirtió en la realización de obras en la finca hipotecada, obras que en la medida de lo posible están justificadas mediante la documentación aportada por el actor (folios 315 y siguientes). Resultan también muy expresivas en este sentido las manifestaciones de la esposa en el interrogatorio judicial, pues después de reconocer la realización de las obras y que el préstamo se les había concedido en función de los ingresos periódicos del esposo, alegó que su importe también había servido para otras atenciones de la familia, pero las que puso como ejemplo sin duda tuvieron un coste que en absoluto guarda proporción con el de las obras, por lo que no cabe considerar desvirtuado cuanto se deja expuesto. En suma, al entenderse que los préstamos hipotecarios fueron destinados a la mejora de un bien privativo de la esposa y al no constar elementos bastantes para afirmar que la contribución del esposo a su amortización se hizo con *animus donandi*, ha de concluirse que en las relaciones internas de los aquí litigantes era ella la única obligada al pago, por lo que ha de restituir la contribución del esposo so pena de enriquecerse injustamente a su costa. Por la misma razón carece de base su pretensión reconventional de que el esposo le reintegre la mitad de la cantidad pagada por ella para terminar de amortizar los préstamos después de la separación matrimonial.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Suspensión del procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales hasta que recaiga resolución firme en el procedimiento penal seguido por denuncia de la esposa contra el esposo por presuntos actos delictivos llevados a cabo por éste respecto a los bienes comunes.

AP GRANADA, SEC. 5.ª, AUTO DE 27 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Molina García

El auto apelado acordó la suspensión de proceso relativo a la formación de inventario de quienes como cónyuges obtuvieron el divorcio por Sentencia de 22 de noviembre de 2005, y esto por mediar cuestión prejudicial penal conforme a lo establecido en el artículo 40 de la LEC, a virtud de sendas denuncias de la que fue esposa, cuestión esta no controvertida, pues que el apelante lo que sostenía, en el recurso contra dicho auto, es que ya no existe sociedad de gananciales y las denuncias se pusieron después de la sentencia de divorcio y se refieren a actos posteriores a aquella fecha. Ciertamente con la sentencia de divorcio cesa también el régimen económico de la sociedad de gananciales, en cuanto a su regulación jurídica como tal sistema económico-matrimonial,

pero ello no supone la privacidad inmediata de los bienes, porque esa sociedad de gananciales pasa a ser una sociedad posganancial, pues como dice la Sentencia del TS de 25 de febrero de 1997 entre la disolución y la adjudicación de bienes concretos media un estado de indivisión o de comunidad de bienes posganancial, que la Sentencia de 7 de noviembre de 1997 califica como comunidad especial similar a la hereditaria antes de la partición, de modo que a los efectos de la suspensión, tanto da que los actos presuntamente delictivos se lleven contra bienes de la sociedad de gananciales, como de una sociedad posganancial, como de una comunidad hereditaria, y ello independientemente del resultado que deparen las actuaciones penales.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Aunque existe un único bien en el inventario debe seguirse el procedimiento establecido en los artículos 806 y siguientes de la Ley y no el procedimiento de división de cosa común.

AP ALICANTE, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña Paloma Sancho Mayo

Impugna la demandada el pronunciamiento de instancia, recaído en fase de ejecución de sentencia sobre liquidación del régimen económico ganancial, en los extremos relativos a la inadecuación del procedimiento al entender que debería haberse seguido el procedimiento correspondiente a la división de cosa común y en cuanto al fondo mantiene la condición de privativo del único bien que constituye el activo del inventario de la misma, una vivienda sita en Campello, subsidiariamente solicita si no se acepta este último pronunciamiento, se reconozca un derecho de crédito a su favor.

El primer motivo de la apelación no debe ser acogido. El presente procedimiento deriva de la aplicación del artículo 806 y concordante de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que el único bien que integra el activo es una vivienda, figurando registralmente como propietarios los que su día fueron esposos. Por tanto, estableciendo la propia ley un procedimiento especial, es ése y no otro el que debe seguirse para la liquidación de la sociedad de gananciales como en su día recogió la sentencia de divorcio (folio 5). En consecuencia se entiende correcto el procedimiento entablado inicialmente por el demandante.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Teniendo en cuenta que el dinero procedente de una herencia que recibió la esposa se invirtió en un fondo de inversión a nombre de ambos esposos, la vivienda que posteriormente se adquirió tiene carácter ganancial.

AP ALICANTE, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña Paloma Sancho Mayo

En cuanto al segundo motivo de recurso, también ha sido correcta la decisión del Juzgado sobre la inclusión en el inventario de la sociedad conyugal de los litigantes con el carácter ganancial de la vivienda al mantener dicha condición. La resolución del Juzgado es correcta ya que la prueba documental presentada, en concreto la escritura de compraventa de la vivienda (folio 76) otorgada con fecha 27 de junio de 2000, establece en su estipulación primera «... que la compran y adquieren para su sociedad de gananciales», sin que se haga referencia alguna, como establece el artículo 1355 del Código Civil, cuando dispone, que si la adquisición se hiciera de forma conjunta y sin atribución de cuotas se presumirá la voluntad favorable a la ganancialidad de los bienes. En el presente supuesto de la prueba practicada nada se ha acreditado relativo a que la voluntad de la esposa, en el momento de la compra de la vivienda, fuera el de otorgarla con tal carácter privativo. Es más, cuando la Sra. Felisa recibe el dinero procedente de la herencia familiar (folios

57 y siguientes) éste es invertido en un fondo de inversión (folio 73) de forma conjunta por ambos esposos.

Por último, tampoco procede acoger la solicitud de la apelante en el pronunciamiento subsidiario de que se le reconozca un derecho de crédito a su favor para ser resarcida de los importes económicos abonados hasta cubrir el de los derechos derivados de la herencia recibida. Ante dicha solicitud es de aplicación lo mantenido anteriormente, ya que la apelante no realizó acto alguno encaminado a destruir la presunción de ganancialidad, ya que nada ha probado, incumbiéndole la carga de la prueba, de su intención de mantener la privacidad de los mismos.

Por todo lo expuesto, esta Sala entiende y comparte los pronunciamientos de la sentencia dictada, entendiendo que sus razonamientos son ajustados a derecho y a la prueba practicada por lo que procede la desestimación del recurso planteado y la confirmación de la sentencia de instancia.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Admitido por ambas partes que la vivienda era y es privativa del marido, el pago de las sucesivas cuotas hipotecarias obedecía a una deuda de su exclusiva responsabilidad, de tal forma que si el otro cónyuge contribuyó a su pago tendrá el correspondiente derecho de crédito en el momento de la liquidación del régimen económico de separación de bienes. No existe razón en Derecho para entender que el cónyuge no propietario venía obligado a satisfacer cantidad alguna por su disfrute.

AP ASTURIAS, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Tuero Aller

Solicita, en primer término, la apelante que, con relación a la vivienda sita en la calle Rafael Fernández, ..., que constituyó el domicilio familiar, se le abone bien el 10,05% del valor del inmueble, bien el importe de las amortizaciones de la hipoteca realizadas por ella desde mayo de 2002 hasta febrero de 2006, que fija en 8.429,41 euros. Dicha vivienda había sido adquirida por el demandado don Camilo, antes de contraer matrimonio, si bien, mientras

éste perduró, las cuotas del préstamo hipotecario eran cargadas y abonadas en la cuenta bancaria titularidad de ambos esposos, donde los dos ingresaban sus respectivos salarios. Debe advertirse ya desde ahora que en la demanda se sostiene reiteradamente que ese piso es propiedad privativa del demandado, de tal modo que la actora sólo ostenta por este motivo un derecho de crédito frente al mismo o no una cuota en copropiedad, lo que

impide acceder a la petición que se formula como primera alternativa, que sería incongruente con ese planteamiento por más que pudiera adecuarse en mayor medida al contenido del documento privado que ambos habían suscrito con fecha 14 de marzo de 2001 (folio 26), en el que afirmaban que como el pago de la hipoteca iba a realizarse al 50%, dicho inmueble, aunque apareciera como de titularidad de don Camilo, era en realidad un bien que pertenecía a éste y a doña Tamara en los porcentajes que resultaren.

La juzgadora de instancia, aun admitiendo que efectivamente las cuotas hipotecarias, seguro e IBI de la vivienda familiar, fueron cargadas en la cuenta común y que su importe hasta diciembre de 2005 ascendió a un total de 15.983,34 euros (no computa los primeros meses de 2006 por cuanto la actora había aportado menores ingresos en la cuenta), desestimó sustancialmente esta pretensión argumentando que la necesidad de vivienda es una carga familiar a la que deben contribuir ambos cónyuges (artículo 1438 del Código Civil). No comparte esta Sala este planteamiento. Admitido por ambas partes que la vivienda era y es privativa del marido, el pago de las sucesivas cuotas hipotecarias obedecía a una deuda de su exclusiva responsabilidad (artículo 1440 del Código Civil), de tal forma que si el otro cónyuge contribuyó a su pago tendrá el correspondiente derecho de crédito en el momento de la liquidación. Es cierto que ambos deben contribuir al sostenimiento de las cargas familiares y que entre éstas cabe incluir la necesidad de vivienda cuando no disponen de una propia, como sucedería si se hubieran visto obligados a arrendar un piso para establecer su domicilio familiar. Pero habiéndolo hecho en la vivienda propiedad de uno de ellos no existe razón en Derecho para entender que el otro venía obligado a satisfacer cantidad alguna por su disfrute. En el marco del estrecho vínculo matrimonial lo presumible es que la resi-

dencia por uno de los cónyuges en la vivienda del otro lo sea a título gratuito y no oneroso, pues es incardinable dentro de los deberes de convivencia y auxilio mutuo que establece el artículo 68 del Código Civil. Nada consta en contra de esta presunción, antes al contrario, lo acordado por los litigantes en el documento privado antes citado revela que el pago de la cuota hipotecaria por parte de la esposa no respondía a una contraprestación por el uso de la vivienda sino que habría de revertir en su propio beneficio, haciéndola copartícipe en igual medida del valor del inmueble.

De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta que lo satisfecho en dicho período por tales conceptos ascendió a un total de 16.739,39 euros según resulta de la documentación aportada (de lo reclamado por la actora debe deducirse el IBI de otra vivienda que fue objeto de otro pronunciamiento ya consentido), ha de acogerse la pretensión de la demandante pero no en cuanto al 50% de dicha suma sino, como bien razona la juzgadora de instancia respecto a otras partidas, en proporción a lo ingresado por ella en la cuenta común en relación a lo que ingresó su marido, que da la medida real en la que ella contribuyó al pago de las cuotas. Fijada esa proporción en la sentencia de instancia de acuerdo con la documental incorporada a los autos en el 40,74% para la actora y el 59,26% restante para el marido, aquélla sólo podrá reclamar aquel porcentaje de lo satisfecho, lo que supone un total de 6.819,63 euros. No cabe, por el contrario, acoger la postura del demandado en el sentido de que esta suma debe compensarse con la mayor cantidad en la que él contribuyó al abono de las cargas familiares pues esa superior contribución venía obligada en razón a sus mayores ingresos de acuerdo con lo previsto en el artículo 1438 del Código Civil en relación con lo estipulado en este mismo sentido en la escritura de capitulaciones matrimoniales.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Para la cuantificación del crédito a favor de la sociedad de gananciales por la rehabilitación de la vivienda propiedad del esposo, no hay en las actuaciones dato alguno fiable sobre las cantidades invertidas en su momento para la rehabilitación del inmueble y, por tanto, es ajustado a Derecho partir para computar el crédito de la cantidad presuntamente invertida que justifica la hipoteca.

AP ASTURIAS, SEC. 7.ª, SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Rafael Martín del Peso

En el recurso de apelación que se interpone contra la sentencia de instancia se discute una única cuestión, atinente a la cuantificación del crédito

a favor de la sociedad por la rehabilitación de la vivienda propiedad del esposo sita en el pueblo de Millaras, que la sentencia fija en 90.000 euros y ac-

tualiza a 100.000 euros, de acuerdo con el criterio del contador partidario dirimente, y en contra, según se arguye en el recurso, de la pericial practicada, que valora dicha construcción en 132.250 euros, excluyendo el suelo, utilizando la sentencia una base que la apelante se considera sin fundamento alguno, cual es el de partir de la cuantía de la hipoteca concedida para la rehabilitación. Por otra parte y subsidiariamente, de entender incluida en el suelo tal valoración, estima el apelante que con arreglo a los criterios del perito, el valor de éste ha de ascender únicamente a 3.221 euros por lo que el importe del crédito es de 129.029 euros.

El recurso se desestima y para llegar a tal conclusión, hemos de señalar en primer lugar que la obra de construcción no consistió en la edificación *ex novo* de un inmueble, sino en la rehabilitación de uno anteriormente existente, sin que conste su estado anterior. Por otra parte, no hay en las actuaciones dato alguno fiable sobre las cantidades invertidas en su momento para la rehabilitación del inmueble, a salvo del crédito hipotecario concedido, del que en definitiva se parte para actualizarlo, considerando su importe cierto y la valoración que contiene el informe pericial. Sobre la interpretación que ha de darse a la pericia gravita el recurso, en el que la parte apelante, que no pidió la comparecencia de su autor a la vista, efectúa unas conclusiones que topan contra la literalidad del informe, al sostener que el técnico valoró el edificio excluyendo el suelo, cuando del propio informe resulta con claridad meridiana lo contrario, ya que la valoración es del conjunto de la finca y así se infiere de la descripción pericial en la que se valora «la casa con su terreno anejo», sin deducción alguna del suelo, lo que sirve para

rechazar el motivo principal del recurso. Es pues claro, que del total de la valoración han de excluirse los 90 metros cuadrados del suelo sobre los que se sitúa la apelante y los 25 metros cuadrados de terreno anejo, de modo que situándonos en el análisis del motivo subsidiario, hemos de indicar que ninguna conclusión se deduce de la pericia que puede llegar a establecer el valor del suelo de la finca en tan escasa cuantía como la que sostiene el apelante, que parte de la valoración de otros predios sitos en Millaras de escaso valor según el propio informe, en cuanto bienes no edificados de calificación rústica y descritos como abruptos y pendientes, de nulo aprovechamiento y exiguo valor, como el perito indica, mientras que el inmueble que nos ocupa se trata de suelo urbano o urbanizado (según la actual Ley del Suelo 8/2007 y Real Decreto-Ley 2/2008 y también conforme a la Ley anterior de 1998) construido e integrante de una edificación, y por tanto con una cuantificación económica bien distinta a la que tiene aquel suelo rústico, por lo que la valoración de estas fincas que contiene la pericial no puede extrapolarse para tasar el solar sobre el que se asienta la casa rehabilitada. En consecuencia, de los datos existentes, es ajustado a derecho partir para computar el crédito de la cantidad presuntamente invertida que justifica la hipoteca, hasta actualizarla debidamente en la cantidad de 100.000 euros, lo que permite establecer una diferencia del valor del suelo en relación con lo construido razonable, atendiendo al valor total del suelo y suelo que tasa el informe pericial y al destino urbanístico del primero, lo que obliga a desestimar en su integridad el recurso y confirmar la apelada.

REGÍMENES ECONÓMICOS

La adjudicación realizada en la instancia no puede impugnarse sin formular pretensiones alternativas, limitándose el recurrente a esgrimir su hipotético derecho a la adjudicación de la vivienda familiar pero sin justificar ninguna razón para arrogarse tal preferencia.

AP ALICANTE, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Benigno Flórez Menéndez

Por lo que respecta a la adjudicación de la vivienda familiar a la esposa, hay que convenir también con el impugnante en que las razones aducidas por la contadora partidaria no justifican plenamente dicha adjudicación, máxime cuando descansan en una atribución del uso de la vivienda que es necesariamente provisional y que en vista de los documentos acompañados por las partes en sus alegaciones ante la Sala al presente ya es de mantenimiento cuando menos incierto. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta

que al esposo también le han sido adjudicados determinados bienes inmuebles, por lo que no puede decirse que se haya incurrido en una infracción directa de lo previsto en los artículos 1061 y siguientes del Código Civil, y, sobre todo, que la adjudicación realizada en la instancia no puede impugnarse sin formular pretensiones alternativas, limitándose el recurrente a esgrimir su hipotético derecho a la adjudicación de la vivienda familiar pero sin justificar ninguna razón para arrogarse tal preferencia.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Para asegurar la debida igualdad en la partición debe procurarse que todas las valoraciones se hagan en la misma fecha y que ésta sea lo más próxima posible a la confección del cuaderno particional. Ahora bien, en el presente momento procesal el recurrente carece de legitimación para oponerse a tales valoraciones pues no formuló alegación alguna cuando se le dio traslado del informe que ahora impugna y ni siquiera pidió la comparecencia del perito al acto de la vista para interesar las aclaraciones.

AP ALICANTE, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Benigno Flórez Menéndez

La representación del esposo impugna el cuaderno particional de la liquidación de su sociedad de gananciales, aprobado por el Juzgado, alegando en primer lugar que los bienes muebles no han sido correctamente tasados, toda vez que los que fueron objeto de la tasación de 17 de abril de 2004 fueron valorados con referencia a junio de 1993 (o al menos así parece desprenderse de lo que dice el informe en relación con determinado vehículo) mientras que los comprendidos en el informe de 10 de abril de 2007 lo fueron a dicha fecha. Aunque estas afirmaciones no son del todo exactas (es presumible que el segundo informe se remita a la misma fecha de valoración que el primero, pues de lo contrario no se explica que se incluyan en él bienes que se dicen inexisten-

tes), el recurso tiene razón en que para asegurar la debida igualdad en la partición debe procurarse que todas las valoraciones se hagan a la misma fecha y que ésta sea lo más próxima posible a la confección del cuaderno particional. Ahora bien, en el presente momento procesal el recurrente carece de legitimación para oponerse a tales valoraciones pues no formuló alegación alguna cuando se le dio traslado del informe que ahora impugna (folio 462) y ni siquiera pidió la comparecencia del perito al acto de la vista para interesar las aclaraciones o rectificaciones que estimase necesarias, con cuya continuada inactividad hay que entender que precluyó su oportunidad de formular alegaciones al respecto.

REGÍMENES ECONÓMICOS

No puede aceptarse la tesis de que el auto de medidas provisionales extinguió el régimen de gananciales.

AP GRANADA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 15 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Mascaro Lazcano

Como fundamenta el Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de febrero de 2007: «La fecha de la liquidación del régimen en casos de procedimientos de separación y divorcio, es la establecida en la sentencia, según lo establecido en el artículo 95 del CC (LEC 1889.27) y por tanto esta Sala debe estar de acuerdo con la Sala sentenciadora que así lo determinó. Sin embargo, el recurrente opone dos argumentos a esta sentencia:

1.º El primer argumento se funda en que el auto de medidas provisionales extinguió el régimen, en virtud de lo establecido en los artículos 103 y 104 del CC y estas afirmaciones no pueden ser admitidas por esta Sala. Deben distinguirse dos tipos de medidas durante la tramitación de los procesos de separación: 1. Las que se producen automáticamente una vez admitida a trámite la demanda de separación,

que están contenidas en el artículo 102 del CC y que consisten en la separación personal de los cónyuges y el cese de la presunción de convivencia, así como la extinción de los poderes que se hubieren otorgado mutuamente. 2. Las medidas que pueden acordarse previa petición de los cónyuges y, en su defecto, por el Juez, que son las contenidas en el artículo 103 del CC, estableciendo el artículo 104 del CC que «el cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los dos artículos anteriores». Entre éstas, el artículo 103.4 del CC permite al Juez «señalar atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que se han de observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes

o parte de ellos que se reciban y los que adquieran en lo sucesivo». Por tanto, esta regla no determina la extinción del régimen de gananciales, sino que lo que en realidad señala es su continuación, a pesar de la interposición de una demanda de separación y está destinada a proteger los intereses del cónyuge que no tenga la administración de estos bienes, pero no más.

2.º La jurisprudencia contenida en las sentencias que el recurrente considera infringidas, es decir, las de 17 de junio de 1988 (RJ 1988, 5113), 23 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10717) y 27 de enero de 1998 (RJ 1998, 110), a las que debe añadirse la de 11 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7324), está admitiendo que la separación de hecho consentida por ambos cónyuges, produce la extinción del régimen económico-matrimonial de los gananciales. Pero también en este caso, la extinción debe ser declarada por el Juez (artículo 1393.3.º del CC/LEC 1889, 27) que determinará que sus efectos se produjeron en el momento en que se inició la separación libremente consentida.

En el presente litigio no ha ocurrido ninguno de los supuestos previstos por la Ley para que deba tenerse como fecha de la extinción del régimen un momento distinto del establecido en el artículo 95.1 del CC, es decir, no ha existido una separación libremente consentida por los cónyuges». Por consiguiente, cuando la esposa adquirió el inmueble junto con su hermano, no se había disuelto la Sociedad Legal de Gananciales.

Cosa distinta son las situaciones en que se presenta la cuestión relativa a la Liquidación de la Sociedad de Gananciales, tras larga separación de hecho libremente consentida por las partes, en las que esta Sala se ha pronunciado, entre otras, en Senten-

cia de 23 de enero de 2009 en el sentido siguiente: «tal y como tiene declarado el TS en reiteradísima jurisprudencia, de la que es muestra Sentencia de 11 de octubre de 1999 “Es doctrina jurisprudencial que la separación de hecho libremente consentida destruye el fundamento de la sociedad conyugal, doctrina aplicable al supuesto de autos, en el que no existe desde el momento del abandono ninguna convivencia entre los cónyuges que pudiese dar lugar a adquisiciones gananciales. El abandono de familia no conlleva, aparte de las sanciones legales, la ilógica de que siga existiendo la sociedad de gananciales, ni puede apoyarse esta conclusión en los artículos 1393.3 y 1394 del CC, porque respecto del primer precepto, que equipara separación de hecho y abandono de hogar, la jurisprudencia, atenta a la realidad social, ha dado la doctrina antes consignada, que en sí misma pugna con la letra del precepto, no exigiendo por tanto ninguna declaración judicial para declarar extinguida la sociedad de gananciales (cfr. TS 1.ª Sentencia de 23 de diciembre de 1992)”. Dicha Sentencia de 23 de diciembre de 1992, en supuesto similar al que nos ocupa, en el que la separación de hecho duró al menos cuarenta años considera que, “Sobre esta base fáctica ha de recordarse la doctrina jurisprudencial (Sentencias de 13 de junio de 1986, 26 de noviembre de 1987 y 17 de junio de 1988) expresiva de que la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida hasta el momento de la muerte de uno de los cónyuges, pues entenderlo de otro modo significaría un acto contrario a la buena fe, con manifiesto abuso de derecho que no puede ser acogido por los Tribunales en una interpretación acorde con la realidad social (artículo 3.1 del CC)”».

REGÍMENES ECONÓMICOS

Es preciso acreditar fehacientemente dónde se ingresó el dinero obtenido por la venta de un bien privativo, así como que fue ese mismo el empleado para la compra. Por tanto, aunque pudiera presumirse que se pagó el precio con dinero privativo y ganancial mezclados, ello no supondría la ruptura de la presunción de ganancialidad de la totalidad del bien, debiendo invocarse el artículo 1355 del Código Civil que consagra el principio de autonomía de la voluntad, al afirmar el comprador en la escritura pública «que compra para su sociedad de gananciales, las fincas descritas, por el precio de su valor consignado», lo cual, cualquiera que pudiera ser la procedencia del dinero, no es contrario a las leyes, a la moral, ni al orden público.

AP GRANADA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 15 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Mascaro Lazcano

Nos encontramos en el proceso de formación de inventario regulado en el artículo 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El Tribunal Supremo,

tiene declarado, entre otras, en Sentencia de 18 de julio de 1994, que para destruir la presunción *iuris tantum* de ganancialidad de los bienes que es-

tablecía el artículo 1407 y mantiene el actual 1361 del CC, debe cumplirse la exigencia de la doctrina jurisprudencial de la Sala 1.^a, de la necesidad de darse prueba en contrario, suficiente, satisfactoria y convincente respecto al desplazamiento a la situación de privatividad, no siendo bastante el mero reconocimiento por uno de los cónyuges del carácter privativo, aunque sea al que puede perjudicar la conceptualización del bien, así como tampoco las supuestas adquisiciones con dinero exclusivo de uno de ellos (SSTS de 20 de noviembre de 1991, 22 de diciembre de 1992 y 8 de febrero de 1993). Considera asimismo el Alto Tribunal en Sentencia de 8 de febrero de 1993 que el carácter de ganancial o privativo de un bien adquirido constante matrimonio ha de determinarse de acuerdo con la legislación vigente al tiempo en que sus bienes se integran en el respectivo patrimonio; desde el momento de su adquisición ese bien ha de considerarse como ganancial o como privativo (criterio que, en la legislación reformada, preside la atribución de uno u otro carácter a los bienes comprados en los artículos 1354 y 1356). El antiguo artículo 1407 del CC, equivalente al actual 1361, establecía la presunción de gananciales de los bienes del matrimonio mientras que no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer, y el artículo 1401.1 disponía que eran gananciales «los adquiridos por título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos». La interpretación de la Sala de la presunción de ganancialidad ha sido reiterada en numerosas Sentencias, así la de 28 de octubre de 1965 dice que «el artículo 1407 del CC, al presumir la existencia de bienes gananciales, regula una presunción de las llamadas *iuris tantum*, que puede ser destruida por prueba en contrario, si bien ésta ha de ser cumplida y satisfactoria, exigiéndose con reiteración, tanto a efectos civiles como registrales, que la justificación se haga mediante la aportación de documentos fehacientes que acrediten la propiedad exclusiva de los bienes por parte de uno de los cónyuges, sin que baste, por regla general el reconocimiento del marido del carácter dotal o parafernial de determinados bienes» y más recientemente la de 10 de noviembre de 1986 afirma que «es evidente que la sentencia ha hecho una aplicación correcta del ordenamiento jurídico (artículo 1407 del CC en su precedente redacción, coincidente con el artículo 1361 de la redacción dada por Ley de 7 de julio de 1981 (debe querer decir 13 de mayo de 1981) siguiendo las pautas doctrinales marcadas por la Jurisprudencia de forma unánime (11 de septiembre de 1915, 16 de julio de 1935, 11 de mayo de 1957, 10 de junio de 1975, 23 de julio de 1979 y 15 de junio de 1982), como lo

fuera por el Registro de la Propiedad al hacerse eco del mandato del artículo 95, regla primera, del Reglamento Hipotecario –redacción del Decreto de 19 de marzo de 1959 entonces vigente– pues, como entendía la doctrina, la *vis atractiva* favorable a la ganancialidad de los bienes, se había manifestado en la fuerte presunción establecida en el antiguo artículo 1407 del CC, que motivó una rigurosa interpretación jurisprudencial acerca de la justificación necesaria para destruirla, que había de manifestarse de manera cumplida y satisfactoria para poder apreciar así el carácter privativo de la adquisición. Tal y como declara posteriormente la Sentencia de 24 de septiembre de 1998: La presunción de ganancialidad de los bienes hay que destruirla, no bastando la posesión de determinados bienes, ni la confesión o manifestación de uno de los cónyuges, siendo necesario, por lo general, la prueba documental y pública, ya que no en vano se trata de contrarrestar una presunción legal, contra la cual son ineficaces la presunciones de signo adverso.

La Documental Pública acredita que la madre del esposo donó a éste y a su hermano mediante la oportuna escritura pública de fecha 18 de agosto de 1986 el inmueble urbano que en la misma consta, el cual enajenaron a un tercero por escritura pública de 15 de febrero de 1993 por precio confesado de dos millones de pesetas. Por escritura de 22 de marzo de 1993, el marido compra para su sociedad de gananciales un solar y una casa colindante por importe de 1.500.000 pesetas. No se justificó entonces la procedencia del dinero como proveniente de la venta realizada por escritura pública de 15 de febrero de 1993, en todo caso, suficiente sólo para pagar casi las 2/3 partes del precio (al descontar los gastos), ni tampoco se ha probado ahora como materialmente se hizo parte del pago con el dinero que se pretende, al no existir documental alguna al respecto, sin que la práctica de las testificales evidencie tal extremo. En estos casos, es preciso acreditar fehacientemente dónde se ingresó el dinero obtenido por la venta, así como que fue ese mismo el empleado para la compra. Por tanto, aunque pudiera presumirse que se pagó el precio con dinero privativo y ganancial mezclados, ello no supondría la ruptura de la presunción de ganancialidad de la totalidad del bien, debiendo invocarse el artículo 1255 del Código Civil que consagra el principio de autonomía de la voluntad, al afirmar el comprador en la escritura pública «que compra para su sociedad de gananciales, las fincas descritas, por el precio de su valor consignado», lo cual, cualquiera que pudiera ser la procedencia del dinero, no es contrario a las leyes, a la moral, ni al orden público.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Carácter privativo de la vivienda adquirida constante matrimonio al acreditar que los derechos sobre ella los adquirió el padre del esposo del Patronato Provincial de la Vivienda liquidándose por éste el precio de aquélla.

AP ALICANTE, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Benigno Flórez Menéndez

La sentencia de instancia, que determinó a efectos de liquidación el inventario de la sociedad de gananciales de los litigantes, es impugnada por la esposa en cuanto consideró bien privativo del marido una vivienda adquirida por éste del Patronato Provincial de la Vivienda, en escritura pública otorgada el 23 de noviembre de 2000, a título de compraventa, en estado de casado y con dinero presuntivamente ganancial. La sentencia se ha basado, para considerar que se trataba de un bien privativo del marido, en que consta que mucho antes de la referida escritura, el 11 de junio de 1977, el padre de éste había adquirido los derechos sobre la finca, sometida al régimen de viviendas sociales entonces vigente, por cesión regular del anterior beneficiario ante el Patronato Provincial de la Vivienda, abonando al cedente la cantidad de 35.294,73 pesetas y subrogándose en sus derechos, y que del mismo modo consta que fue el padre quien el 8 de

junio de 2000 abonó al Patronato la cantidad de 40.260 pesetas en concepto de «liquidación amortización vivienda» (folios 148 y 162). El recurso no puede prosperar porque reconoce estos hechos, sin desvirtuarlos, y viene a reconocer también que fue el padre del esposo quien en virtud de ellos terminó por adquirir la propiedad de la vivienda. Con ello viene a reconocerse de igual manera la simulación en que incurrió la referida escritura pública, en cuanto que en ella apareció como adquirente quien en realidad no lo era en la forma allí descrita, y en estas circunstancias de nada sirve especular con cuál pudiera ser el título de la transmisión del padre a favor del hijo, cuando no consta que haya mediado precio y a falta de otras pruebas ha de entenderse que simplemente se trataba de anticipar la transmisión hereditaria, por razones que se hacen evidentes al constatar que el padre falleció en diciembre de 2002 (folio 162).

REGÍMENES ECONÓMICOS

Nulidad de las capitulaciones matrimoniales por las que se modificaba el régimen económico del matrimonio, al entender que existió un fraude total a los derechos de la esposa al introducir en la escritura de capitulaciones como manifestación segunda la cláusula: «la sociedad conyugal formada por los comparecientes no tiene en el día de hoy bienes de carácter ganancial», cuando la realidad de hecho era distinta, por la existencia de éstos.

AP ALICANTE, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña Paloma Sancho Mayo

Se recurre la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Alicante de fecha 5 de diciembre de 2007, por la representación procesal de don Juan Antonio y don Basilio, allí demandados, al considerar la existencia de un error en la valoración de la prueba en sí misma considerada y en su incidencia con relación a los principios asociados a la carga de la misma, interesando la revocación de la misma y el otorgamiento de nueva resolución por la que se absuelva a los demandados de los pronunciamientos ejercitados contra ellos en la demanda rectora.

Por la parte apelada doña Candelaria, se verificó oposición al recurso deducido de contrario, interesando la confirmación de la sentencia de instancia, con expresa imposición de costas a la recurrente.

La sentencia impugnada a través del presente recurso, rechazó la excepción de caducidad de la acción y, estimando la demanda, declaró la nulidad de las capitulaciones matrimoniales por las que se modificaba el régimen económico del matrimonio, otorgadas por doña Candelaria y su esposo don Sebastián, hoy fallecido, en escritura pública de 11

de julio de 2000, otorgadas ante el Notario de esta capital don Javier Teijeiro Vidal con número de su protocolo 1.570, al entender que existió un fraude total a los derechos de la esposa al introducir en la misma como manifestación segunda, la cláusula: «la sociedad conyugal formada por los comparecientes no tiene en el día de hoy bienes de carácter ganancial», cuando la realidad de hecho era distinta, por la existencia de los mismos. Los hechos determinantes son, para la sentencia de instancia, que la modificación del régimen económico-matrimonial llevada a cabo en dichas capitulaciones, del de sociedad de gananciales al de absoluta separación de bienes, lo fue para que la esposa no dispusiera de bienes algunos derivados de su relación conyugal.

En cuanto a la fundamentación jurídica de la nulidad de las capitulaciones declarada por la sentencia recurrida, esta Sala la comparte, ya que la ausencia total de la causa de tales capitulaciones, es determinante de una nulidad de pleno derecho, conforme a los artículos 1275 y 6.3 del CC, que no puede sanarse por el transcurso del tiempo, de suerte que la acción de nulidad no estaría sujeta a plazo de caducidad alguno.

Se plantea igualmente por los apelantes, que en la sentencia de instancia no existe pronunciamiento alguno sobre la excepción planteada en su escrito de contestación a la demanda y que consistía en la falta de legitimación activa de la demandante para solicitar la nulidad de las capitulaciones matrimoniales, sobre la base del artículo 1324 del Código Civil. Dicha pretensión debe ser totalmente desestimada, ya que la legitimación activa de la parte actora le viene concedida por su propia participación en el negocio causal sobre el que pretende ahora la nulidad, esto es, la escritura pública de capitulaciones matrimoniales. El citado precepto legal articulado como base de la excepción, en nada priva de la posibilidad de impugnación a la actora. Por tanto, dicha pretensión de los apelantes debe de ser desestimada en su totalidad, entendiéndose que la actora se encuentra legitimada para el ejercicio de la acción de nulidad aquí planteada.

En cuanto a la excepción de caducidad solicitada por los apelantes, y tal como fue recogida en la sentencia de instancia la acción de nulidad absoluta no está sujeta a plazo de caducidad alguno, tal y como es razonado en la misma y es deducible del relato de los hechos como plantea y solicita la actora y en los que basa su pretensión. Ya que lo que la esposa alega, no es sólo la omisión de su aquiescencia a un negocio que teniendo causa verdadera y lícita precisarse de su intervención por razón de su objeto, sino la realización por el esposo de un acto jurídico carente de causa y dirigido a crear una apariencia de carencia de bienes de naturaleza gananciales, los cuales, al estar realizados durante

la vigencia del matrimonio, adquieren el carácter de ganancialidad, siendo la finalidad de las capitulaciones otorgadas, la de ponerlos fuera del patrimonio ganancial y así sustraerlos a la liquidación del régimen económico-matrimonial, con fraude de los derechos de ella y en beneficio de él, de manera que lo que se ejercita es una típica acción de nulidad radical por simulación absoluta e inexistencia e ilicitud de la causa, acción de nulidad que es imprescriptible según reiterada jurisprudencia (SSTS de 22 de diciembre de 1987, 29 de noviembre de 1989, 23 de octubre de 1992, 15 de junio de 1994 y 1 de abril de 2000, entre otras). Por tanto, debe ser desestimada la pretensión de los apelantes manteniendo que la acción aquí ejercitada no puede caducar, como bien fue recogido en la sentencia de instancia.

Se plantea en esta alzada la incorrecta valoración de las pruebas que se efectúa por parte del juzgador de instancia y por la cual se concluye que la escritura pública de capitulaciones matrimoniales es nula por simulación en aplicación del artículo 1328 del Código Civil. Esta Sala comparte los criterios de dicha resolución, ya que de la propia cláusula introducida en la misma en el punto segundo recoge «que la sociedad conyugal formada por los comparecientes no tiene en el día de hoy bienes de carácter ganancial». Dicha cláusula es radicalmente nula ya que no obedecía a la verdad y se presume puesta en perjuicio de los derechos de la esposa. La pretendida nulidad se fundamenta en la simulación absoluta del negocio por total ausencia de causa, o subsidiariamente en una simulación relativa.

Es importante destacar que las capitulaciones matrimoniales impugnadas se otorgaron con mucha posterioridad al matrimonio ya que éste tuvo lugar en el año 1993 y las capitulaciones se realizan durante el año 2000, siendo posible afirmar que las capitulaciones matrimoniales así otorgadas, presentan unas importantes consecuencias económicas, con el consiguiente perjuicio patrimonial para la esposa. No hay más que analizar diversos actos de disposición patrimonial que son realizados por el esposo, y en concreto el mismo día de otorgarse las capitulaciones y ante el mismo notario (folio 83) se realiza una escritura de constitución de la «Sociedad Alicantina Rural, SL» figurando como socios los propios consortes. Es de especial relevancia la certificación bancaria que obra al folio 103, unida a la anterior escritura, en la que el «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria», y a fecha 27 de junio de 2000, vigente todavía la sociedad de gananciales, refleja un ingreso bancario realizado por ambos cónyuges en la cuenta que va a ser de la sociedad citada, incluyendo determinadas cantidades de dinero, las cuales tenían el carácter de ganancialidad, al transferirse con anterioridad a la escritura

de constitución de la sociedad y con efectos posteriores a ella. En igual sentido hay que destacar, que con anterioridad a la modificación del régimen económico del matrimonio, obra unida a las actuaciones (folio 124) una sentencia dictada en fecha 22 de diciembre de 1999 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Valencia, reconoce el derecho del Sr. Sebastián de escriturar a su favor una fincas que había adquirido con anterioridad. Todos estos hechos son suficientes para considerar la plena aplicación del artículo 1328 del Código Civil que considera nula cualquier estipulación contenida en las capitulaciones limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge. Por lo tanto, la estipulación denunciada y que reconoce que la sociedad de gananciales no disponía de bienes algunos, cuando la realizada fáctica era otra muy distinta, supone un desequilibrio para la esposa digno de tutela, lo que lleva a la consideración de la nulidad absoluta solicitada por la demandante y recogida en la sentencia de la instancia, por carencia de causa del negocio jurídica como bien recoge la misma. En consecuencia, la alegación del artículo 1324 del Código Civil como fundamento del recurso, debe ser igualmente desestimada, ya que como manifiesta dicho precepto, la confesión de los cónyuges para determinar la propiedad de

los bienes que le son propios, admite prueba en contrario, como se ha producido en el presente procedimiento a través de la extensa prueba documental aportada por la parte actora y que acredita la existencia de bienes adquiridos durante el matrimonio y que por tanto debieron ser reseñados en la oportuna escritura.

Se alega igualmente por los apelantes como motivo de impugnación de la resolución, que entre el matrimonio existía un pacto de privacidad del que era plenamente conocedora la esposa, y que dio lugar a la introducción de la cláusula en la escritura de capitulaciones. Dicha manifestación debe ser desestimada ya que en virtud de las reglas rectoras de la carga de la prueba, en virtud de la cual la parte que lo alega queda en todo caso obligada a demostrar, al amparo del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se ha practicado prueba alguna al respecto que lleve a pensar que la esposa permitió y era plenamente conocedora de la situación real de los bienes que pertenecían al matrimonio, ni del alcance de la citada cláusula y su repercusión posterior.

Por todos los anteriores motivos, procede la desestimación íntegra del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de la instancia.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Nulidad de la compraventa de un bien ganancial al faltar el consentimiento de la esposa, quien al enterarse de la venta notificó al comprador la devolución de la cantidad entregada a cuenta del precio.

AP SEVILLA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José Carlos Ruiz de Velasco Linares

La sentencia estima la demanda de acción de nulidad de contrato de compraventa, interponiendo recurso de apelación la parte demandada que lo fundamentó en una vulneración de derechos fundamentales, que no era necesario el consentimiento de la mujer para la adquisición de un bien inmueble para la sociedad de gananciales y que la enfermedad mental debe tener calidad y contundencia necesaria para presumir la presunción de capacidad.

No existe vulneración de derechos fundamentales como alega la parte apelante, pues ante la manifestación de dicha parte demandada de que el bien era privativo del marido, la parte demandante aporta escritura de compraventa y de novación hipotecaria acreditando que el bien era ganancial.

La parte apelante sostiene que no era necesario el consentimiento de la mujer del demandante,

pues el artículo 1375 del Código Civil se refiere a actos de disposición, es decir, de venta.

Es doctrina del Tribunal Supremo entre otras, Sentencias de 14 de noviembre de 2000 y de 23 de julio de 2008, que no caben que se contraigan obligaciones contra la sociedad de gananciales si no actúan los dos cónyuges, conjuntamente o con representación o consentimiento del otro y que son anulables los actos de gestión como los de disposición, sean obligacionales o sean dispositivos, que hayan de tener cumplimiento directo sobre un bien ganancial específico.

La mujer, doña Débora, al enterarse de la compraventa efectuada por su marido, a los dos meses de producirse le pidió al demandado la devolución de los 60.000 euros que se entregaron como aval confirmatorio y como parte del precio. Doña Dé-

bora ha ejercitado la acción de nulidad del contrato dentro del plazo de 4 años que establece el artículo 1301 del Código Civil, pues se formalizó sin su consentimiento, entregándose dinero perteneciente a la sociedad de gananciales.

Pero también el contrato es nulo porque ha quedado acreditado que don José Francisco no

prestó consentimiento, que en el momento de la formalización del contrato de compraventa, 10 de abril de 2006, ha quedado acreditado que padecía enfermedad mental, teniendo episodios maniacos con síntomas psicóticos. Por todo ello, se desestima el recurso de apelación, confirmándose la sentencia recurrida.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Al efecto de incluir en el activo los beneficios de la empresa familiar administrada por el esposo, no puede incluirse un salario a favor de aquél de 3.000 euros mensuales, dado que con cargo a los beneficios se abonaron todos los gastos que aquél decidió unilateralmente.

AP ASTURIAS, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Guillermo Sacristán Represa

El primero de los pronunciamientos que se discute es la fecha desde la que pueden fijarse los beneficios de la empresa familiar, de siempre administrada por el apelante.

La pretensión de su recurso es que dichos beneficios han debido incorporarse a las cuentas gananciales desde hace un largo tiempo. Ciertamente así debería haber sido si el recurrente hubiera dado cumplimiento a su obligación, contenida en Auto dictado en las medidas provisionales, de fecha 9 de junio de 2004, relativa al rendimiento de cuentas trimestral de los mencionados negocios. Ninguna prueba sobre tal cumplimiento realizó el impugnante, como consecuencia de lo cual es que los mencionados beneficios no han podido incorporarse a las cuentas gananciales.

Decae así este primer motivo de su recurso.

El segundo motivo se refiere a su petición de cobrar un salario como consecuencia de su actividad como administrador de la empresa familiar. Lo fija unilateralmente, sin prueba de ninguna clase y sin haber propuesto cualquiera que hubiera podido acreditarlo, en 3.000 euros mensuales. La sentencia lo resuelve correctamente apoyándose en el hecho de que la sentencia de separación nada dijo sobre este extremo, habiendo alcanzado firmeza en dichos términos. Pero es que además, no puede olvidarse que con fondos comunes, es decir pertenecientes a la misma sociedad, se están cubriendo todo tipo de gastos que están también decidiéndose unilateralmente por quien lleva la gestión y administración de tales negocios, quien, nuevamente ha de señalarse, ningún rendimiento de cuentas ha realizado hasta el momento presente.

REGÍMENES ECONÓMICOS

No se concede la indemnización del artículo 1438 del CC ya que, cuando se inicia el referido régimen de separación de bienes, el hijo mayor tenía 12 años de edad y el menor 6 años; de manera que estando escolarizados, y aunque la madre dedicara parte de su tiempo a ellos, al contar con la ayuda de servicio doméstico en las labores del hogar, nunca se vio privada de seguir ejerciendo su profesión de Magisterio, sino que continuó desarrollándola a lo largo de todo el tiempo de la convivencia matrimonial.

AP ALICANTE, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Federico Rodríguez Mira

Entrando, pues, a examinar el motivo de fondo de la impugnación articulada por la apelada, mediante el cual postula la revocación del fallo de instancia, en lo que ha supuesto el rechazo a su pretensión de

obtener el reconocimiento de una compensación económica por su trabajo para la casa durante el régimen de separación de bienes, conforme establece el artículo 1348 del Código Civil, por entender la

impugnante que ha sido ella la que sola, sin la intervención del esposo, se ha ocupado de las cargas familiares, de la casa, los hijos y el marido, sacrificando grandemente su carrera profesional, aunque compartiéndola con su trabajo, lo que ha permitido al demandado disponer del todo el tiempo necesario para sus negocios, ganar mucho dinero y hacerse con un gran patrimonio, la Sala tampoco encuentra razones fundadas en derecho para corregir la decisión judicial de instancia.

En efecto, la Juez *a quo* ha expuesto correctamente, con cita de doctrina de las Audiencias sobre el particular, el fundamento de la indemnización prevista por el artículo ya citado, que no es otro que el de resarcir al cónyuge que, en el régimen de separación de bienes, se dedica a los trabajos propios de la casa, y no participa de las ganancias que el otro va generando con su actividad profesional, al quedar éste liberado en gran medida de aquéllos, permitiéndole de esta forma proyectar su tiempo y esfuerzo en dicha actividad.

En el caso de autos, cuando se inicia el referido régimen de separación de bienes el 31 de julio de 1987, el hijo mayor contaba con 12 años de edad, y el menor con 6 años; de manera que estando escolarizados, y aunque la madre dedicara parte de su tiempo a ellos, al contar con la ayuda de servicio doméstico en las labores del hogar, nunca se vio

privada de seguir ejerciendo su profesión de Magisterio, sino que continuó desarrollándola a lo largo de todo el tiempo de la convivencia matrimonial, la cual, por otro lado, sí le propició el haber aprobado las oposiciones y obtener plaza en propiedad. No parece, por tanto, lógico considerar que el trabajo para la casa se hubiera convertido, como invoca la impugnante, en un serio impedimento en su contra para ascender en su vida profesional, sacrificándose en beneficio del marido y permitiendo a éste lograr unos rendimientos económicos que no habría conseguido de otra forma. En este sentido lleva razón la Juez *a quo* al señalar que las divergencias económicas que han podido existir entre los cónyuges no tienen su causa en la dedicación especial de la actora a las faenas del hogar, sino que derivan de la diferente actividad profesional ejercida por cada uno de aquéllos; resultando también obvio que la del esposo, como empresario, ha permitido al matrimonio alcanzar un buen nivel de vida y disponer de servicio doméstico para que tanto aquél como la demandante pudieran seguir trabajando fuera del hogar; y, en consecuencia, sin dar lugar a que la dedicación de ésta a la casa pudiera convertirse en factor determinante de un supuesto enriquecimiento del esposo, sometido a la exigencia de una compensación a favor del otro cónyuge por vía de la indemnización que contempla el artículo 1438 del Código Civil.

REGÍMENES ECONÓMICOS

No comparte esta Sala la alegación planteada por el apelante relativa a que la proindivisión, acordada por la juzgadora de instancia en la liquidación de la sociedad de gananciales, infringe lo dispuesto en el artículo 786 de la LEC, pues si bien es cierto que debe procurarse evitar la indivisión, a tenor del artículo 786.I, último párrafo, el citado precepto no impide que se acuerde la atribución pro indiviso como se ha realizado.

AP ALICANTE, SEC. 9.ª, SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña Encarnación Caturla Juan

Alega en primer término el apelante que la resolución de instancia infringe lo dispuesto en el artículo 786 de la LEC, por cuanto que la juzgadora de instancia no tuvo en cuenta la propuesta del contador, dejando todos los bienes gananciales en proindiviso, lo que a su entender resulta contrario a lo dispuesto en el citado precepto; considerando que la juzgadora incurre en error en la apreciación de la prueba al obviar la situación precaria en que se encuentra el demandado apelante, al tener que hacer frente a la pensión de alimentos de las hijas a los gastos extraordinarios de las mismas al 50%, así como a la mitad del préstamo constituido para

adquirir el automóvil y los gastos de las restantes propiedades, cuando a la esposa se le atribuyó el uso de la vivienda familiar, así como del ajuar existente en el mismo y del automóvil.

Para resolver la cuestión planteada debemos partir del hecho de que en el presente caso ambas partes resultan estar conformes con el inventario efectuado, los bienes que integran el activo y el pasivo de la sociedad de gananciales, así como la valoración de los referidos bienes; limitándose la discrepancia a la formación y adjudicación de los bienes que integran dicha sociedad de gananciales.

Así el demandante ahora apelante en su demanda interesaba que la vivienda familiar se adjudicase por mitad y proindiviso respetando el derecho de uso, que el coche y el ajuar doméstico se adjudicase a la esposa y que la plaza de garaje y la moto se adjudicasen al esposo, haciéndose cargo la esposa del préstamo del vehículo ante la diferencia de mayor valor entre el lote adjudicado a la esposa y el adjudicado al esposo. Por su parte la esposa manifestó nueva propuesta adjuntando escrito aportado al acto celebrado el día 16 de septiembre de 2008, en el que consideraba que la propuesta del esposo no guardaba la igualdad de lotes del artículo 1061 del CC e interesaba la adjudicación por mitad y proindiviso de todos los bienes que formaban parte del activo y pasivo de la sociedad de gananciales. Ante la falta de acuerdo y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 784 de la LEC al que se remite el artículo 810 del mismo cuerpo legal se designó contador partidor, quien procedió a la práctica de las operaciones divisorias, presentando informe con fecha 26 de septiembre de 2008, en el que respecto del activo, adjudica a la esposa el 50% de la mitad indivisa de la vivienda familiar, la totalidad del ajuar doméstico y el pleno dominio del automóvil, y al esposo el 50% de la mitad indivisa de la vivienda familiar, el pleno dominio de la plaza de aparcamiento y el ciclomotor; y respecto del pasivo adjudica a la esposa el 76% del total préstamo del vehículo y al esposo el 23,91%. Respecto del referido informe el esposo mostró su conformidad, oponiéndose al mismo la esposa demandada y siguiéndose por tanto los trámites previstos en los artículos 787 y siguientes de la LEC.

Por otra parte queda constatado y no es un hecho discutido el que ninguna de las partes se encuentra en disposición económica suficiente para adjudicarse todos o alguno de los bienes que conforman el activo, satisfaciendo a la otra la diferencia económica en efectivo, dada la precaria situación económica que ambos manifiestan tener; además que ninguna de las partes ha interesado la venta en pública subasta de los bienes que conforman dicho activo.

No comparte esta Sala la alegación planteada por el apelante relativa a que la proindivisión acordada por la juzgadora de instancia en la liquidación de la sociedad de gananciales, infringe lo dispuesto en el artículo 786 de la LEC, pues si bien es cierto que debe procurarse evitar la indivisión, a tenor del artículo 786.1, último párrafo, el citado precepto no impide que se acuerde la atribución proindiviso como se ha realizado, pudiendo en cualquier tiempo pedir la división de la cosa común (artículo 400 del Código Civil), además, como ha señalado el Tribunal Supremo en Sentencia de 8 de febrero de 2007 «La sociedad de gananciales no constituye

propia comunidad regulada en el artículo 392 del Código Civil, al faltar por completo el concepto de parte o cuota característica de la comunidad de tipo romano y que el Código Civil refiere en el artículo 393 (Sentencias de 26 de septiembre de 1986 y 26 de agosto de 1988), presentándose más bien la sociedad ganancial de tipo germánico, en la que corresponde a los esposos una participación sobre la globalidad de los bienes, por lo que no cabe decir que cada uno es titular por mitad concreta de todos y cada uno de los bienes del haber conyugal, cuando se trata más bien de participación que se determinará y precisará con las necesarias operaciones de disolución y liquidación», por lo que la proindivisión acordada por la juzgadora de instancia constituye una comunidad romana, que como se ha dicho nada tiene que ver con la sociedad de gananciales y las normas que la regulan; siendo posible proceder a la división del activo y del pasivo, transformando la cuota ideal de cada una de las partes en otra real y efectiva, bien mediante la atribución de la propiedad en exclusiva, como en proindiviso. Ni el hecho de que la juzgadora de instancia no haya atendido a la propuesta formulada por el contador partidor infringe el referido precepto, como resulta del artículo 787.5 y artículo 789 de la LEC.

La STS de 16 de diciembre de 1995 señalaba que «tratándose de una liquidación de sociedad de gananciales, no sólo razones de equidad deben presidir el criterio decisorio de los Tribunales, sino que el mismo habrá de atenerse a la normativa que rige al respecto, contemplada en especial en los artículos 1344, 1404, 1406 y 1410, en relación con los artículos 1061 y 1062 del Código Civil, así señalaba que «así y según lo dispuesto en el 1344 del Código Civil, se deberán atribuir los bienes gananciales por mitad al disolverse la misma; el 1404 prescribe que el remanente constituirá el haber de la sociedad de gananciales que se dividirá por mitad entre marido y mujer, o entre los respectivos herederos; en el 1406, se establece el elenco de bienes que con preferencia habrán de adjudicarse en el haber de uno o de otro de los cónyuges; en el 1410, preceptor nuclear en esta materia, sanciona que en todo lo no previsto en esta normativa específica, y en singular para estas adjudicaciones, se estará a lo establecido para la partición y liquidación de la herencia, por lo cual, se remite a lo dispuesto en los artículos 1051 y siguientes en los que sobresale, por un lado, el artículo 1061, o sea, que en la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes a fin de adjudicar a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, realidad o especie, y por otro en el artículo 1062 se establece en su párrafo 1.º, que cuando una cosa sea indivisible, o desmerezca mucho por su indivisión, podrá adjudicarse

carce a uno a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero y que –2.º párrafo– cuando alguno de los herederos pida su venta en pública subasta y con admisión de licitadores extraños, bastará para que así se haga».

Debe por tanto procurarse la posible igualdad de lotes (cosas de la misma naturaleza, calidad o especie) y si ello no es posible la adjudicación a uno de ellos, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero o su venta en pública subasta. Posibilidad esta última que en nada afecta el derecho de uso que tiene atribuido la esposa en virtud de sentencia de separación, como así ha venido retirando la jurisprudencia, siendo de destacar la STS ya citada de 16 de diciembre de 1995 al señalar que «Y por último, acorde con la decisión que se emite de adjudicación en *proindiviso* de la vivienda y la eventual disposición de la misma, habida cuenta su no cuestionado derecho de estar atribuido su uso familiar judicialmente a la recurrente, se reproduce cuanto se expuso, en cuestión análoga, en la Sentencia de esta Sala de 14 de julio de 1994, aplicable *mutatis mutandi*, que decía: “... no puede olvidarse, que ese derecho divisorio que se ejercita por la actora, subsigue a la existencia de una situación jurídica perfectamente tutelada por una normativa específica, que ha acontecido a resultas del proceso de separación personal de los cónyuges, y que, como efecto común, recogido en el Capítulo IX, Título IV, Libro I, artículos 90 y siguientes del Código Civil, establece que la sentencia en que se decreta la separación personal de los cónyuges, en defecto de acuerdo de los mismos, aprobada por el Juez asignará el uso de la vivienda familiar, y los objetos de uso ordinario que a ella corresponde, a los hijos y al cónyuge, en cuya compañía quedan, prescripción que, que cualquiera que sea la ulterior vicisitud que padezca esa vivienda, habrá de quedar debidamente garantizada so pena de vaciar de imperatividad ejecutoria lo así fijado judicialmente (...) cuanto se argumenta, no basta, a que quepa coordinar o compaginar las repetidas situaciones jurídicas, esto es, la del mantenimiento del derecho, ya preexistente, que otorga a la recurrente el uso de dicha vivienda familiar, en las condiciones en que está recogida en la citada sentencia de la Audiencia de Valladolid (y por supuesto, en tanto se mantengan o persistan los supuestos de hecho tenidos en cuenta por esta decisión en relación con lo requerido en la norma aplicada, el artículo 96.1 del Código Civil) y la derivada de que con posterioridad se habilite ese derecho divisorio accionado con base a los artículos 400 y siguientes del Código Civil, en el sentido pragmático de que, aun cuando se reconozca este derecho, y se proceda, incluso, a la ejecución divisoria de lo así acordado, en caso alguno, ello puede afectar ni erosionar el manteni-

miento del derecho así reconocido en la tutela de la situación familiar, devenida tras la separación de los cónyuges (...) todo lo cual produce, que deba, por un lado, acogerse en parte el contenido de los motivos, en cuanto a la indemnidad, mientras dura la temporalidad del disfrute de esos derechos de uso, lo que tampoco puede provocar la desestimación total de la demanda, por cuanto que el derecho a la división reconocida ha de mantenerse, si bien, se reitera, bajo la limitación de que se hará sin perjuicio del contenido satisfactivo del susodicho derecho al uso de la vivienda familiar...”, y sigue diciendo la referida sentencia de diciembre de 1995 «debe estimarse en parte la demanda, exclusivamente, en lo referente a las otras peticiones no cuestionadas, y en cuanto a la concerniente a la pretendida adjudicación del inmueble desestimarla, por cuanto es aplicable en parte lo resuelto por el Juzgador de instancia respecto a la adjudicación en comunidad de la vivienda en cuestión a ambos esposos y, en consecuencia, en punto a su valoración pueden cualquiera de las partes actuar a tenor de lo dispuesto en el artículo 1062, párrafo 2.º, en cuyo caso, el valor que se obtenga en esta pública subasta será justamente sobre el que tenga derecho el 50% cada uno de los litigantes, y sin perjuicio de, en su caso, la indemnidad sobre el derecho de uso familiar de la misma en los términos previstos en los artículos 90 y siguientes del Código Civil» o la más reciente STS de 27 de noviembre de 2007 al señalar que «La jurisprudencia ha venido proclamando la compatibilidad entre la división y cesación de la comunidad y el derecho de uso, consecuencia de la existencia de una situación jurídica tutelada legalmente y así ya la Sentencia de 14 de julio de 1994 decía que subsistiendo la situación producida por el divorcio que determinó la atribución del derecho de uso de la vivienda conyugal a la esposa, debía mantenerse la “indemnidad de la ocupación de la vivienda en tanto dure la temporalidad del disfrute” (ver asimismo SSTs de 22 de abril de 2004 y 6 de junio de 2007, entre otras)».

Como recoge la SAP de Asturias de 13 de julio de 2007, en un supuesto similar al que nos ocupa «es conveniente mantener la proindivisión acordada, que no impide al accionante cesar en ella y ejercitar el derecho del artículo 400 del Código Civil por la vía pertinente».

Por su parte la STS de 16 de enero de 2008 dispone que «La reciente Sentencia de esta Sala de 7 de noviembre de 2006, que cita la de 25 noviembre 2004, se pronuncia en los siguientes términos: “La jurisprudencia ha declarado, en la interpretación de este precepto, que la partición ha de estar presidida por un criterio de equitativa ponderación (SSTs de 30 de enero de 1951; 14 de diciembre de 1957 y 25 de marzo de 1995) y debe hacerse respe-

tando la posible igualdad determinada por las circunstancias de cada caso (SSTS de 8 de febrero de 1974, 17 de junio de 1980, 21 de junio de 1986, 28 de mayo de 1992, 15 de marzo de 1995 y 16 de febrero de 1998). Sin embargo, también se ha precisado que no se trata de una igualdad matemática o absoluta (SSTS de 25 de junio de 1977, 17 de junio de 1980 y 14 de julio de 1990), sino de una igualdad cualitativa (STS de 13 de junio de 1992); que la norma tiene un carácter orientativo (SSTS de 30 de noviembre de 1974 y 7 de enero de 1991); está dotada de un grado de imperatividad sólo relativo (SSTS de 30 de noviembre de 1974, 25 de junio de 1977, 17 de junio de 1980, 21 de junio de 1986, 14 de julio de 1990, 28 de mayo de 1992, 15 de marzo de 1995 y 2 de noviembre de 2005); y no puede aplicarse cuando la infravaloración de los bienes se aplica en proporción semejante a todos los que integran el caudal relicto (SSTS de 21 de abril de 1966 y 7 de enero de 1991) "...».

En el presente caso, no se discute que la vivienda familiar sea indivisible, conformándose ambas partes con su adjudicación en proindiviso, lo que se discute es la adjudicación de los restantes lotes, en

los que concurre un solo inmueble (plaza de garaje) respecto del que ambas partes pretenden su adjudicación; por lo que su atribución a una u a otra infringiría el artículo 1061 del CC, en cuanto que sólo existe un bien de tal naturaleza; sin que su importe sea equiparable al resto de los bienes que conforman el activo, pues como tal inmueble tiende a revalorizarse a diferencia de lo que ocurre con los bienes muebles que se deprecian con el uso y el tiempo. En consecuencia entiende esta Sala acertada, dadas las circunstancias, la decisión de la juzgadora de instancia de atribuir igualmente el citado inmueble en proindiviso a ambos esposos. No obstante y con el fin de compensar la diferencia de valor que tienen los restantes bienes, ajuar de uso familiar (15.000 euros), automóvil (20.000 euros) y ciclomotor (1.000 euros), y adecuarlos al uso atribuido en sentencia de separación, dado que el esposo carece de permiso de conducción de coches, procede adjudicar a la esposa el 25% del proindiviso de la plaza de garaje y al esposo el 75% del mismo; adjudicando a la esposa el ajuar y el coche, y al esposo el ciclomotor; siendo adjudicado el pasivo o deuda ganancial derivada del préstamo para la adquisición del vehículo (19.163,97 euros) a la esposa.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Se desestima la tercería de dominio interpuesta por la esposa en base a que ella es propietaria de la totalidad del inmueble embargado dado que aunque, en efecto, en la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada en el año 1980 se adjudica el inmueble, dichas capitulaciones matrimoniales no llegaron a inscribirse en el Registro de la Propiedad.

AP SEVILLA, SEC. 6.ª, AUTO DE 21 DE ABRIL DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Ruperto Molina Vázquez

La juez de instancia estima la tercería de dominio que ejercita doña Montserrat al aceptar la liquidación de gananciales que hace con su esposo en 4 de junio de 1980, adjudicándose la vivienda que compraron en 6 de septiembre de 1979 por mitad e iguales partes, y frente a ello recurre «CAJASUR» porque no existe título válido de dominio en el tercerista, entendiéndose que a la dicha fecha estaban prohibidas las donaciones contra cónyuges: anterior 1334 del Código Civil a la reforma Ley 11/1981, y que no existe el título válido que pretende el tercerista.

Al momento de embargarse el inmueble consta su titularidad al 50% en don Jerónimo y al otro 50% en doña Montserrat y ésta pretende, en la tercería que es la única dueña porque así lo acordaron en las capitulaciones matrimoniales que otorgaron en 4 de junio de 1980, tras su matrimonio en ante-

rior 24 de mayo de dicho año, y que, previo a todo ello, lo compraron por mitad el 6 de septiembre de 1979.

El Tribunal encuentra que conforme al artículo 1333 del Código Civil la capitulación matrimonial en cuanto afecta a inmuebles debe tomarse razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y efectos previstos en la Ley Hipotecaria, y aun habiéndose cumplido lo dispuesto en el artículo 1280.3.ª del Código Civil de constar aquélla en documento público, no se ha realizado lo prevenido en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, que expresamente dispone que los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén debidamente insertos o anotados en el Registro de la Propiedad –artículos 17, 24 y 25 de la Ley Hipotecaria– no perjudican a tercero, cuya buena fe se presume –artículo 34 de la Ley Hipotecaria–

en cuanto la fe pública registral actúa asegurando la existencia y contenido jurídicos de los derechos inscritos (SSTS de 28 de marzo de 1979, 24 de julio de 1987, 3 de junio de 1989 y 15 de noviembre de 1990) con la presunción *iuris et de iure* de exactitud del Registro (artículo 38 de la Ley Hipotecaria).

Por ello, debe revocarse la resolución apelada y mantener el embargo sobre la mitad de la finca núm. 002, porque la disposición que se hizo de la mitad correspondiente a don Jerónimo no se hizo constar en el Registro de la Propiedad y debe permanecer lo que figura a nombre del mismo y de doña Montserrat.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Si se trata de una liquidación del Régimen económico que no va precedida de un proceso judicial para su disolución, entre los que pueden incluirse los supuestos de convenios formalizados por los cónyuges, la determinación de la competencia se atribuirá conforme a los cauces y normas ordinarias de reparto entre los Juzgados de Primera Instancia y no de Familia.

AP GRANADA, SEC. 3.ª, AUTO DE 3 DE ABRIL DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Enrique Pablo Pinazo Tobes

Como ya estableció esta Sala en Auto de 10 de octubre de 2008: «conforme al criterio adoptado por esta Audiencia en plenillo de Magistrados de sus Secciones Civiles en sesión de 6 de octubre de 2008 por el que vino a asumir y refrendar con voluntad unificadora el que ya venía declarando la Sec. 5.ª, especializada y con atribución exclusiva en derecho de familia de entender, tal como la misma viene reiterando desde su Auto de 23 de febrero de 2007 que en atención a los fueros específicos que contempla el artículo 807 de la LEC, la competencia para conocer de las demandas y acciones en incidentes relativos a la liquidación del régimen económico-matrimonial, cuando éstas traigan causa o venga precedida de un proceso matrimonial que determina la disolución del mismo, corresponde en exclusiva al órgano jurisdiccional que conoció en la primera instancia de ese proceso matrimonial previo, tanto sea el Juzgado de familia como el de violencia sobre la mujer, mientras que si se trata de una liquidación del Régimen económico que no va precedida de un proceso judicial para la disolución del mismo, entre los que pueden incluirse los supuestos de convenios formalizados por los cónyuges, la determinación de la competencia se atribuirá conforme a los cauces y normas ordinarias de reparto entre los Juzgados de Primera Instancia».

Tal criterio determinó que en aquella resolución se acordase la competencia del Juzgado de familia para conocer de la reclamación por incumplimiento del acuerdo transaccional alcanzado en su día, basado en un criterio de competencia por conexión, por cuya virtud las cuestiones propias de la liquidación de la sociedad de gananciales, disuelta por sentencia de separación o divorcio, incluso cuando se trate

de cuestión contenciosa acerca de determinar qué bienes han de formar parte de la sociedad para su posterior liquidación, corresponden al Juzgado de Familia que dictó la correspondiente resolución de separación o divorcio, siendo la liquidación de la sociedad un efecto propio de dicha sentencia que ha de llevarse a cabo en ejecución de la misma. Por tanto, sentada tal doctrina, que parte del contenido del artículo 807 de la LEC, rechazando que el mandato legal pueda eludirse, a tenor del cauce procesal elegido por el demandante, encontrándonos aquí con que la sociedad de gananciales quedó extinguida al dictarse sentencia de divorcio, artículo 1392.1.º del CC, el 30 de octubre de 2006, mencionada al inicio de la demanda, tanto si se pretende hacer valer aquí una transacción para llevar a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales, haciendo eficaz el contenido de la propuesta de convenio regulador para la liquidación de gananciales, como si se trata de imponer una determinada liquidación de los bienes gananciales, en donde incluso se prescinde, por la invocación de un error de cuenta, del contenido del acuerdo, manteniendo su eficacia parcialmente, es indudable que la pretensión que nos ocupa se enmarca dentro del ámbito del proceso de liquidación de gananciales, posterior a la sentencia de divorcio y de la competencia por conexión atribuida al Juzgado de familia, al tratarse, en definitiva, de establecer una liquidación de los bienes gananciales con carácter principal, de la que se considera inseparable la adjudicación concreta de otros bienes en indiviso de los cónyuges, precedida en todo caso, la pretensión principal, de un proceso judicial que determina la disolución del régimen de gananciales. Por tanto, con desestimación del recurso interpues-

to, debe confirmarse la resolución recurrida, no sin antes significar que la acción deducida en la litis es de efectiva liquidación de la sociedad de gananciales, atribuyendo a uno de los cónyuges determinado activo y pasivo, sin que sea motivo suficiente para desvirtuar las propias reglas de competencia judicial, que son de derecho necesario y orden público, la invocación del ejercicio de una acción meramente contractual, como tuvo ocasión de pronunciarse esta Sala en la resolución arriba mencionada, con cita a su vez del Auto de 31 de julio de 2008 también de esta Sec. 3.ª, máxime cuando además tampoco en la liquidación pretendida, se pretende estar al contenido estricto de lo acordado, invocando un error de cuenta para modificar la compensación pactada

a entregar al momento de ratificación del acuerdo «en el Juzgado», que, por otra parte, no podía ser otro que aquel donde se había dictado la sentencia de divorcio, único mencionado en la propuesta de convenio alcanzada; sin que por último, tampoco pueda obstaculizar este pronunciamiento la inclusión en la propuesta de liquidación de gananciales principal, como elemento consustancial de ella de otros bienes, para compensar los lotes, del mismo modo que las compensaciones que pudieran acordarse al finalizar la liquidación con cargo al patrimonio de cualquiera de los cónyuges no desvirtúa la naturaleza del proceso liquidatorio, dirigido con carácter principal, en este caso, a la liquidación del régimen económico-matrimonial.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Se confirma la declaración de desamparo ante la creciente obesidad del menor.

AP ASTURIAS, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José María Álvarez Seijo

Sostienen los recurrentes, como punto fundamental de su apelación, que no se han cumplido los requisitos señalados en el artículo 172 del CC, toda vez que no nos encontramos ante un supuesto de situación de desamparo, que además ha de merecer una interpretación de carácter restrictivo, y que no puede en su opinión predicarse de la existencia en el menor Daniel de un simple problema de obesidad.

Se señala, en síntesis, que dicho menor en todo momento se encontraba atendido dentro del entorno familiar, estando plenamente sano físicamente, no constituyendo su obesidad obstáculo alguno de relación en el ámbito escolar, existiendo una estrecha vinculación con sus ascendientes ahora recurrentes y hermano. Por tanto, no existía una situación de peligro real, no pudiendo considerarse como abandono o desamparo la simple conveniencia de someter a Daniel a una cura de adelgazamiento.

Parece olvidar dicha parte recurrente todos los avatares sucedidos una vez transcurrido el primer año desde que por Auto de 25 de mayo de 2004 se hubiese concedido a don Ángel y doña Sonia el acogimiento de su nieto Daniel.

Así, ya en el mes de agosto de 2005 por los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Oviedo se alertó del problema importante de sobrepeso de Daniel, quien presentaba habitualmente cansancio y dificultad de movilidad con afectación de su autonomía, observándose asimismo deficientes condiciones higiénicas, y sin perjuicio de la fuerte vinculación afectiva del menor con sus abuelos

se constataba su falta de colaboración en el seguimiento pediátrico y pautas de cuidado y atención. Asimismo se significa que Daniel ni acude a las revisiones médicas previstas por el Área de Salud ni cumple los tratamientos y orientaciones.

En el mes de febrero de 2006 se emite y consta en autos nuevo informe en el que se sigue constatando la negativa de los abuelos a colaborar, señalándose que Daniel no acude al pediatra desde el 20 de diciembre de 2004, ni a la revisión de los 10 años.

El 24 de marzo de 2006 por el Centro de Salud Vallobin-Concinos se emitió dictamen en el que se recogen los efectos que puede acarrear la obesidad en niños, básicamente de carácter ortopédico, dermatológico, pulmonar y cardiovascular, riesgo que aumenta con la edad, duración y severidad de la obesidad; y el 23 de abril de 2006 por la Sección de Acogimiento Familiar de la Consejería de Bienestar Social se reitera la falta de colaboración de los acogedores, señalándose que su situación en el Centro Escolar preocupa, ya que el niño llega a precisar ayuda para levantarse del suelo si se cae, y sube las escaleras con dificultad.

Así las cosas, a mediados de julio de 2006 Daniel pesaba más de 100 kilos con una altura de 1,53 y su diagnóstico era de obesidad mórbida.

Esta situación, unida a la absoluta falta de colaboración de los abuelos y la total carencia del seguimiento por éstos de las pautas necesarias, todo ello determinante del progresivo aumento de peso por

Daniel, fue lo que obligó a la adopción por la Administración de la justificada medida concretada en la Resolución de 12 de junio de 2006, frente a la que don Ángel y doña Sonia mostraron desacuerdo.

Como sabemos, el menor ingresó en primera instancia en el Hospital Central para estudio de su obesidad y luego fue trasladado al Centro del Humedal en Gijón, donde permanece. Tras su ingreso, y nos remitimos con esto a lo consignado en la resolución ahora recurrida, la situación de peligro físico del menor ha desaparecido al haber mejorado ostensiblemente, pues no sólo con el tratamiento y pautas impuestas en dicho Centro ha adelgazado más de 40 kilos, sino que ha adquirido hábitos alimenticios adecuados, una mayor autonomía, practica algún deporte, como la natación, y se encuentra perfectamente integrado, e incluso con mejor aprovechamiento en el ámbito escolar.

Ahora bien, a los recurrentes se les ha ido cediendo progresivamente comunicaciones con Daniel, lógico habida cuenta del afecto existente entre ellos, siendo así que actualmente pasa con ellos y su hermano los fines de semana (sábado y domingo), mas ocurre que en ese lapso temporal vuelve a coger peso, y ello fundamentalmente porque sus abuelos siguen de manera reiterada en no aceptar las pautas del Plan de Intervención Familiar que se les indica, negándose a toda colaboración. Así, como se explica en el informe obrante a los folios 216 y siguientes, en todo el trabajo realizado con ellos no han sido capaces de reconocer ningún comportamiento inadecuado, sin admitir en ninguna ocasión que Daniel está mejor con el peso actual, negando que en los fines de semana se salten la dieta encomendada, culpabilizando del problema a los profesionales de la Consejería, habiendo sido imposible poner en práctica orientaciones educativas o cambios de actitudes, siendo incapaces por el momento de asumir el problema de salud del menor y, por tanto, cambiar sus hábitos.

Por su parte, el informe del equipo psicosocial adscrito a los Juzgados, y tras realizar las pertinentes exploraciones de los recurrentes y del menor con las consiguientes entrevistas, y habiendo mantenido contactos con otras personas allegadas, no ha podido ser más claro, recalando lo ya señalado anteriormente. Así, se afirma que los distintos servicios implicados (Centro Escolar, pediatría, Servicios Sociales, EITAF) no han conseguido el objetivo de concienciar a los abuelos de la problemática y la necesidad de introducir cambios en los hábitos alimenticios de su nieto, no reconociendo el problema que hubo de generar la asunción de las medidas de protección, apuntándose su falta de colaboración, llegando a tratar de chantajear emocionalmente a su nieto a fin de que reconozca que no está bien en el Centro, intentando generarle un sentimiento de culpa.

Éste, señalan los componentes del equipo, se encuentra perfectamente integrado, y además en su entrevista reconoce que se encuentra ahora mejor, y que ha participado en muchas actividades, y que no se sentiría culpable si sus abuelos, a quienes profesa un enorme cariño, le animasen a quedarse en el Centro.

Sentado lo anterior, y siendo ajustada a derecho la decisión adoptada por la Consejería de Bienestar Social, la siguiente cuestión que cabe abordar es la relativa al Centro donde el menor debe permanecer, así como la determinación del régimen de visitas a favor de los recurrentes.

Siendo evidentes los lazos afectivos entre abuelos y nieto, quienes desde muy temprana edad han venido desempeñando el rol de padres, la positiva evolución de Daniel ha de determinar que poco a poco se vaya incorporando a su ambiente familiar. Por esto, y siendo sensible a ello, la Sra. Juez de instancia acordó el traslado del menor a un Centro de Oviedo una vez finalizado el curso escolar a fin de dar a don Ángel y doña Sonia mayores posibilidades de tener consigo a su nieto, acordando además un régimen de visitas en el próximo verano en el que aquéllos podrán tener consigo a Daniel en principio quince días en el mes de julio y, en su caso, otra quincena en el mes de agosto. Ahora bien, siendo también consciente la Sra. Juez de la actitud de don Ángel y doña Sonia, ya explicada a lo largo de la presente resolución, condiciona la adopción de tales medidas favorecedoras de un progresivo acercamiento al hecho de que los hoy apelantes cumplan con las pautas que les han sido marcadas, y a las que también se hizo referencia.

El Sr. Fiscal ha formulado impugnación precisamente en este extremo, considerando que no procede imponer cortapisa alguna. La Sala, sin embargo, estima que dada la positiva y continua evolución favorable del niño, y que por el momento no parece que los recurrentes hayan asumido la situación ni se les ve muy dispuestos a seguir el protocolo de comportamiento que resulte adecuado, básicamente la dieta alimenticia de Daniel, sí resulta conveniente la prevención recogida en la resolución recurrida.

Ahora bien, considera este Tribunal, llegados a este punto, que dado que el menor se encuentra integrado, como se dijo, en el Centro en el que actualmente se encuentra, que se trata de un Centro con pocos internos y un ambiente muy familiar, parece más prudente posponer un futuro traslado a otro Centro en la localidad de Oviedo, que deberá ser de similares características dentro de lo posible, a la constatación del necesario cambio de comportamiento de los abuelos. Por tanto, en este extremo se altera el fallo de la recurrida, sin que ello implique que la Sala incurra en incongruencia ni vulnera el

principio de la *reformatio in peius*, habida cuenta que se trata de una cuestión de orden público, prevaleciendo en cualquier caso el interés del menor.

Deben, pues, don Ángel y doña Sonia aparcarse esa actitud de presión hacia su nieto y esforzarse

en comprender que un cambio positivo en su postura tendría como premio el acercamiento del menor, y posteriormente la vuelta al hogar familiar. Buena oportunidad de demostrarlo se les ofrecerá durante el período estival en el que tengan consigo a Daniel.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

De los autos no se deduce la existencia de un plan de intervención familiar a fin de lograr la convivencia de la menor con sus progenitores, por ello aunque pueda existir una situación de riesgo, no debe ésta ser confundida con la situación de desamparo, por lo que procede estimar la demanda interpuesta, revocar la sentencia dictada y dejar sin efecto la resolución administrativa por la que se declaraba a la menor en situación de desamparo.

AP ALICANTE, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña María Dolores López Garre

Se somete al examen de esta Sala en el presente procedimiento judicial la oposición del padre biológico de la menor Raquel a la declaración administrativa de «desamparo», siguiéndose a tal efecto las pautas de los artículos 780 y 753 de la LEC (RCL 2000\34, 962 y RCL 2001, 1892). La sentencia recurrida, desestima la oposición del padre a la declaración de desamparo de la menor acordada por resolución de la Conselleria de Bienestar Social de fecha 27 de noviembre de 2007, al considerar que se produce esta situación por la enfermedad de la madre que padece un trastorno delirante con brotes psicóticos, y la falta de conciencia del padre ante la enfermedad de su esposa, delegando el cuidado de la menor en la madre, lo que puede suponer un riesgo para la menor, al no seguir la madre los tratamientos médicos prescritos para su enfermedad.

La razón última de la decisión judicial apelada nos da pie para resolver el recurso que nos ocupa y que comenzaremos por una exposición sucinta de la legislación aplicable. La Declaración de los Derechos del Niño de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959 (principio 6), la Convención de los Derechos del Niño de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 (RCL 1990\2712), la Carta Europea del Parlamento Europeo sobre los derechos del niño. Esta normativa internacional plasma e institucionaliza dos principios concurrentes y no enervantes entre sí: el del interés preferente del menor y el del derecho de la familia natural o padres biológicos a la educación de sus hijos. Ambas máximas obviamente indiscutibles han venido a recogerse en la legislación española. Desde la Constitución (RCL 1978\2836) (artículo 39) hasta

la normativa especializada: Ley Orgánica 1/1996, de 16 de enero (RCL 1996\145), de protección jurídica del menor, la Ley aragonesa 12/2001, de 2 de julio (RCL 2001\2019 y LARG 2001\220), del menor y el propio Código Civil (LEG 1889\27) en sus artículos 172, 173 y 173 bis.

Toda esta normativa que repite conceptos y definiciones, viene a calificar a un menor en situación de «desamparo» cuando se produzca el incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección, de tal manera que ese menor quede «privado de la necesaria asistencia moral y material».

Obviamente, esto requiere la intervención de la sociedad para suplir las carencias de los individuos (padres o tutores) en una materia que jurídicamente ha de calificarse como de «orden público».

Ahora bien, esa intervención no puede desconocer los principios internacionales, constitucionales y legales que la amparan y fuera de los cuales corre el riesgo de pecar de un grado de intervencionismo estatal impropio de una sociedad democrática, desarrollada y de corte occidental. Es decir, salvo los supuestos de violación de los derechos del menor las opciones educativas, culturales y económicas de los progenitores no pueden ser objeto de corrección por el Estado. De lo contrario, se correría el riesgo en aras del principio de igualdad de tener que amparar y tutelar a un importantísimo número de menores con ejemplos paternos alejados de las tesis oficiales (Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sec. 1.ª, de 25 de abril de 2002).

Por lo tanto, la legislación mencionada marca las pautas interpretativas de la realidad y que podemos sintetizar de la siguiente manera.

1) Necesaria coordinación de la defensa de los intereses del menor con la integración en su propia familia.

2) Interpretación restrictiva del concepto de «Desamparo».

3) No confundir las situaciones de «riesgo» [artículo 17 de la Ley Orgánica 1/1996 (RCL 1996\145)] con los de «desamparo».

4) En los supuestos de «riesgo» elaboración de un plan técnico de apoyo a la familia a cargo de los servicios sociales correspondientes, a fin de lograr la reinserción del menor en ella.

La jurisprudencia ha optado como regla general por esta línea exegética, aunque es bien cierto que los supuestos fácticos son extremadamente variopintos. A título de ejemplo, Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sec. 18.^a) de 19 de noviembre de 2003 (JUR 2004\5232), Toledo (Sec. 1.^a) de 25 de abril de 2002 (JUR 2002\156457); Jaén (Sec. 1.^a) de 10 de enero de 2002 (AC 2002\166), Vizcaya (Sec. 4.^a) de 3 de enero de 2002, Almería (Sec. 2.^a) de 4 de octubre de 2001; Ávila de 28 de septiembre de 1999; Granada (Sec. 3.^a) de 28 de enero de 2003; Cantabria (Sec. 4.^a) de 5 de diciembre de 2002 (JUR 2003\66876); Madrid (Sec. 22.^a) de 18 de noviembre de 2002 (JUR 2003\31421); Burgos (Sec. 3.^a) de 22 de junio de 2002 y La Coruña (Sec. 3.^a) de 5 de junio de 2002 (JUR 2003\4881).

En el supuesto que nos ocupa se dan una serie de requisitos contradictorios. Así, por una parte, no cabe duda de que la madre de la menor, doña Ana Belén padece un trastorno de ideas delirantes persistentes y trastorno paranoide de la personalidad, y si bien el padre en un principio pudo permanecer ausente ante la problemática de su pareja, en relación a la otra hija, no parece que haya seguido

esta actitud en relación a la otra hija Raquel cuyo acogimiento se dilucida en esta litis, pues la menor nació en fecha 25 de noviembre de 2007, siendo declarada en situación de desamparo a los dos días de nacer, iniciando el padre la oposición al desamparo en fecha 4 de diciembre de 2007.

Un menor se encuentra desamparado cuando no se cumple o es imposible o inadecuado el ejercicio de los deberes de protección respecto del menor, en el caso de autos, la rápida actuación de los servicios sociales, que declararon a la menor en esta situación a los dos días de nacer, impide al padre ejercer cualquier tipo de protección respecto de su hija, pues no se le da la oportunidad para ello, considera este Tribunal que la situación descrita refleja una realidad de «riesgo», más no exactamente de «desamparo». Existe un notorio deseo de los padres de convivir con sus hijas, si bien la intervención de los abuelos maternos ha impedido esta posibilidad, pues como se refleja en el informe del perito señor Severiano, perteneciente al Colegio de Psicólogos de la Comunidad Valenciana los abuelos maternos han mantenido un exceso de celo respecto de su hija, solicitando el internamiento de su hija, sin contar con su esposo, teniendo respecto del esposo y hoy apelante una actitud de animadversión hacia él. Por otro lado, de los autos no se deduce la existencia de un plan de intervención familiar, a fin de lograr la convivencia de la menor con sus progenitores, por ello aunque pueda existir una situación de riesgo, no debe ésta ser confundida con la situación de desamparo, por lo que procede estimar la demanda interpuesta, revocar la sentencia dictada y dejar sin efecto la resolución administrativa de fecha 27 de noviembre de 2007, por la que se declaraba a la menor Raquel en situación de desamparo.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Ninguna evolución se ha acreditado en la conducta de los padres y, tanto en el momento en que fue adoptada la resolución de desamparo y posteriormente con el acogimiento como en el momento presente, los demandantes no colaboraron en ningún momento con los servicios sociales para poder recuperar a la menor, no se interesaron por seguir un plan de intervención, ni se preocuparon por la menor durante su estancia en el Hogar Provincial, por lo que procede declararles incurso en causa de privación de la patria potestad.

AP ALICANTE, SEC. 6.^a, SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña María Dolores López Garre

Por la representación procesal de doña Rebeca y don Raúl se interpuso en su día demanda con arreglo a lo dispuesto en el artículo 781 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil por considerar necesario su consentimiento para la adopción de su hija menor Trinidad, nacida el 10 de marzo de 2007, que la Di-

rección Territorial en Alicante de la Consellería de Bienestar Social pretendía entregar en adopción, prosiguiéndose los trámites judiciales ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Diez de la citada Ciudad de Alicante y que terminó con la Sentencia de 20 de octubre de 2008, la ahora recurrida, en la que se establecía que no era necesario su asentimiento a la adopción.

El artículo 177 del Código Civil determina, en cuanto al trámite de la adopción, que será necesario siempre el consentimiento de los adoptantes y de los adoptandos mayores de doce años (apartado 1); el asentimiento de los padres del adoptado (apartado 2, núm. 2) a menos que estén privados de la patria potestad por sentencia firme, o incurso en causa legal para la privación; o simplemente ser oídos los padres que no hayan sido privados de la patria potestad pero cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción (apartado 3, núm. 1).

Desde este enunciado legal uno de los aspectos fundamentales de la adopción es el consentimiento, necesariamente previo a la decisión de la autoridad judicial, ya que en él se basará el Juez para aprobar o no la adopción. Sin embargo el Código Civil distingue entre el consentimiento, el asentimiento y la mera audiencia. El consentimiento es constitutivo del negocio familiar adoptacional, hasta tal punto que por aplicación del artículo 1261 del Código Civil, su ausencia motivará la inexistencia del negocio, y este consentimiento deben prestarlo a presencia del Juez tanto el adoptante o adoptantes como el adoptando mayor de doce años. El asentimiento no es más que el admitir como cierto o conveniente algo que otro ha afirmado o propuesto antes, esto es, el asentimiento es prestado por persona ajena a la relación obligacional complementando o dando fuerza operativa a aquella, pero en ningún caso constituyéndola. El asentimiento habrá de formalizarse bien antes de la propuesta, ante la correspondiente entidad, bien en documento público, bien por comparecencia ante el Juez. La audiencia es simplemente la ocasión para aducir razones o pruebas que se ofrecen a un interesado en juicio o expediente. Se trata de ilustrar el conocimiento del Juez y fundar su decisión, pero sin que la opinión de tales personas sea una declaración negocial básica ni constituya una *conditio iuris* de eficacia del negocio adoptacional. El trámite es obligatorio pero el resultado no es en modo alguno vinculante para el Juez.

En el caso presente nos hallamos ante el supuesto de la prestación del asentimiento por parte de los padres biológicos de la menor que se pretende adoptar, no privado de la patria potestad porque no existe sentencia judicial que así lo determine, pero que tras la sentencia de este pleito se concluye que el mismo puede estar incurso en dicha situación de privación de la patria potestad, y por tanto ya no

es necesario su asentimiento sino la simple audiencia. Lo que se trata de dilucidar entonces en estos momentos del recurso es si existe o no causa legal de la privación de la patria potestad, resuelta ya en sentido afirmativo por la sentencia de instancia.

Las Sentencias de esta misma Sala de 2 de febrero de 1998, 29 de abril de 1999, 10 de enero y 3 de diciembre de 2003, 19 de mayo de 2005, entre otras, expresaron que el interés del menor es efectivamente el que debe primar a la hora de ser aprobada o de denegar su adopción, pero no cabe duda que en la vigente regulación de dicha institución es requisito indispensable que la misma sea «asentida» o en definitiva «consentida» por los padres biológicos o naturales del adoptando, decisión que es de extrema trascendencia puesto que la adopción lleva consigo la extinción de los vínculos jurídicos entre el menor y su familia anterior, cual señala el artículo 178, núm. 1, del Código Civil y que además es irrevocable, cual dispone a su vez el artículo 180 del mismo Cuerpo Legal. Además, ha de partirse del hecho o de la base de que los padres del adoptando, y en tanto no se demuestre lo contrario, serán los primeros que tratarán de velar por sus intereses y en el marco de las previsiones contenidas en el artículo 154 del Código Civil y que pueden ser por ello quienes más capacitados estarán para emitir a través del asentimiento a la adopción que se les requiere en el transcurso del expediente, un juicio de valor acerca de la oportunidad, conveniencia y procedencia de la adopción que haya sido instada a iniciativa de un tercero. Por ello, debe bastar el no consentimiento de los padres naturales para que la adopción no pueda ser judicialmente aprobada; pero es lo cierto que tal asentimiento dejará de ser requisito *sine qua non* para la adopción y no será en ningún caso preciso cuando los padres naturales hayan sido privados de la patria potestad o estén incurso en causa legal para tal privación.

Debe acreditarse en consecuencia por las partes en este juicio verbal especial que regula actualmente la Ley de Enjuiciamiento Civil, con total precisión y sometidos al principio de contradicción, los hechos en que se ha de basar el juzgador para llegar a un determinado pronunciamiento, según lo alegado y probado, y resuelto de forma fundada en consonancia con la trascendencia de la decisión que se le interesa.

Cuarto.—Y precisamente de lo que se ha actuado en el procedimiento no puede decirse que los padres naturales del adoptando e instante de su «consentimiento» para la adopción hayan velado oportunamente por los intereses de su hija y en el marco de las previsiones contenidas en el ya citado artículo 154 del Código Civil, en el ejercicio de su patria potestad. Basta remontarse a la lectura de los

hechos de la propia demanda para observar cómo los actores la sustentan en el simple deseo de no perder sus derechos que como padres les corresponden sobre la hija menor, sin embargo ninguna actividad probatoria despliega posteriormente para que el Tribunal de instancia en primer lugar, y luego esta misma Sala, pueda considerar que aquellos derechos que pretenden se traducen también en el oportuno cumplimiento de los deberes inherentes al ejercicio de la función materna. Así, desde los primeros días del nacimiento del menor en 10 de marzo de 2007 se actúa la intervención de los servicios sociales lo que se traduce posteriormente en la declaración del desamparo por Resolución de 16 de marzo de 2007, adoptándose todas esas resoluciones por el evidente peligro para la integridad física de la niña que nació con síndrome de dependencia a la cocaína ya que la madre mantuvo un embarazo no controlado con consumo de tóxicos. Ninguna evolución se ha acreditado en la conducta de los padres y por ello, tanto en el momento en que fue adoptada la resolución de desamparo y posteriormente con el acogimiento, como en el momento presente, la demandantes no colaboraron en ningún momento con los servicios sociales para poder recuperar a la menor, no se interesaron por seguir un plan de intervención, ni se preocuparon por la

menor durante su estancia en el Hogar Provincial se hallaban incurso en causa de privación de la patria potestad.

Por todo lo dicho debe llegarse a la misma conclusión que lo hizo el juzgador de instancia en su sentencia, teniendo en cuenta que no se trata en la presente resolución de dilucidar si debe ser privado o no de la patria potestad el oponente, aunque exista constancia de una verdadera dejación de las obligaciones inherentes a aquélla como son las de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, sino simplemente si los padres están incurso en causa legal suficiente para aquella privación, lo que así se determina y debe ser confirmado. Solamente con el añadido, para reforzar esta tesis, de lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1987 en cuanto que la adopción se rige por el principio del *favor filii*, y el prudente arbitrio judicial, inmediato y próximo al supuesto planteado, es el que mejor puede y debe valorar lo más conveniente para el adoptado. Lo que podrá valorar el de instancia en el trámite de la audiencia. Todo ello conduce a la desestimación del recurso de apelación y la íntegra confirmación de la sentencia de instancia.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Procede declarar la nulidad de lo actuado dado que no debió citarse por edictos a la madre biológica cuando se encontraba interna en un centro penitenciario.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 3 DE ABRIL DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres

La parte apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de instancia, y también en el acto de la vista celebrada en esta Sala, ha solicitado la nulidad de las actuaciones, con retroacción de las mismas al momento procesal oportuno a fin de propiciar a la interesada, a la sazón, la madre biológica de la menor, doña Amalia, el trámite prevenido en el artículo 177.2 del Código Civil, así como la facultad concedida en el artículo 781 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a fin de comparecer en el procedimiento y solicitar expresamente el asentimiento para la adopción de dicha menor, Constanza.

Advierte que no ha recibido notificación alguna, dado que se encontraba interna en el centro penitenciario de Brieva (Ávila), estimando vulne-

rado el artículo 156 y concordantes de la ley procesal antes citada, y por cuanto que para determinar si aquélla está incurso o no en causa de privación de patria potestad es necesario declararlo así en el trámite prevenido en el proceso judicial contradictorio del artículo 1827 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, afirmando que adolece de nulidad el trámite del procedimiento que acordó la citación por edictos.

La parte apelada, a través del escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario, ha solicitado la confirmación del auto dictado por el Juzgado.

El proceso civil se asienta sobre el principio, entre otros, de efectiva contradicción, lo que implica que el llamamiento a juicio de las partes interesadas ha de ir acompañado de las máximas

garantías posibles para que las pretensiones en su contra deducidas lleguen a su conocimiento, dándole, en consecuencia, la posibilidad de intervenir en la litis para defender, si le conviene, su interés. En tal sentido, el Tribunal Constitucional viene declarando, de modo reiterado, que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva el cumplimiento por los Órganos Judiciales de las normas reguladoras de los actos de comunicación con las partes, y muy especial los de citación y emplazamiento, de modo que su omisión por su defectuosa realización, cuando se impida a la parte afectada el conocimiento preciso para ejercer su derecho de defensa, coloca a la misma en una situación de indefensión que es lesiva del derecho fundamental. Añade dicho Tribunal que, dada su trascendencia, la citación personal, o en su caso el emplazamiento personal, no puede reducirse a una mera formalidad prescrita por la ley, o a un simple requisito de forma para proceder a la realización de los subsiguientes actos procesales, y para dar pleno cumplimiento al derecho de defensa y no indefensión del artículo 24.1 de la Constitución, no basta con el mero cumplimiento formal del requisito de la citación o el emplazamiento, sino que es preciso que el Órgano Judicial asegure, en la medida de lo posible, su efectividad real (entre otras, Sentencias 48/1983, 102/1983, 118/1984, 153/1987, 140/1988 y 275/1993).

Por lo cual, cuando tal diligencia no se ejecuta conforme a los requisitos y garantías que exige la ley procesal, y se constata la existencia de los defectos denunciados, ha de procederse, de conformidad con lo prevenido en el artículo 238.3.º de la Ley Orgánica de Poder Judicial, a declarar la nulidad de todo lo actuado desde el momento en que se practicó la actuación defectuosa, pues se han omitido garantías esenciales en orden al efectivo conocimiento de la litis por la hoy recurrente, generándose una clara indefensión, al haberse perdido las oportunidades que la ley concedía a la misma, en orden a las facultades previstas en el artículo 781 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación a lo dispuesto en el artículo 177 del Código Civil.

Dicho lo que antecede, cabe afirmar que, del resultado de la prueba documental practicada en esta Alzada, y una vez que ha quedado acreditado que doña Amalia se hallaba ingresada en el centro penitenciario de Brieva (Ávila), se colige rotundamente la infracción de lo dispuesto en los artículos 156, 164, 166 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto que son nulos los actos de comunicación que no se practicaron con

arreglo a lo dispuesto en dichas normas, y causen indefensión.

Así las cosas, y aun poniendo de manifiesto el intento efectuado por parte del Juzgado, en orden a la efectiva citación y comunicación a la interesada de todas las actuaciones procesales, y en orden a posibilitar el ejercicio de los derechos y facultades que la ley otorga a la misma en dicho procedimiento de adopción, y puesto que se practicó la diligencia de citación, sin resultado, en distintos domicilios, es lo cierto que no se hicieron uso de los mecanismos prevenidos en los números 1 y 2 del artículo 156, en cuanto que en ningún caso se considerará imponible la designación de domicilio a efectos de actos de comunicación, si dicho domicilio constara en archivos o registros públicos, cual es el caso puesto que precisamente a la fecha en la que se dicta la providencia de 21 de septiembre de 2007, que acordó la citación por edictos de doña Amalia, para ser oída, y expuesto el edicto hasta el 2 de octubre de dicho año, es lo cierto que en este período temporal aquélla se hallaba internada en el centro penitenciario antes indicado.

Por otra parte, conviene advertir el defecto en el que incurre dicha providencia, cuando acuerda la citación de doña Amalia, para ser oída, cuando lo que corresponde es conceder la facultad prevenida en el artículo 781 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en orden al procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción, como así se resolvió correctamente, en su momento, mediante el Auto de 23 de abril de 2007, dictado por el juzgado, cuando se acordó la citación de la recurrente para su comparecencia a fin de prestar el asentimiento en la adopción.

Por todo cuanto antecede, se está en el caso de decretar la nulidad de las actuaciones, con retroacción de las mismas al momento de la citación en legal forma, y en el domicilio que actualmente haya designado doña Amalia, a fin de que comparezca en el procedimiento para que manifieste lo que tenga por conveniente en orden al asentimiento y, en su caso, proceder en consecuencia según lo prevenido en dicho precepto.

Por lo demás, no es procedente ahora entrar a valorar y analizar la problemática sustantiva, personal y familiar que concurre en el grupo familiar a favor del cual se ha acordado la adopción, ni tampoco en aquella otra problemática que pueda afectar a la menor, en cualquier sentido, o a la recurrente, todo lo cual deberá ser enjuiciado y valorado en su momento, en orden a la viabilidad o no de la decisión judicial final que corresponda adoptar en beneficio e interés a proteger, conforme al artículo 39 de la Constitución.

FILIACIÓN

La negativa a practicar la prueba biológica carece de justificación razonable, pues el principal de los argumentos invocados que es el mantener la paz en la familia que ha constituido con su nueva pareja, parece no tener en cuenta el interés del hijo en conocer su completa filiación amén del interés social y público que tiene la determinación de la verdadera filiación de la persona.

AP GRANADA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José Maldonado Martínez

En el fondo del asunto, los argumentos del recurrente van dirigidos a combatir la valoración probatoria efectuada por el Juzgador de instancia, debiendo significarse como tiene dicho esta Sala en Sentencias de 10 de marzo y 21 de abril de 2006, 21 de septiembre de 2007 y 1 de febrero de 2008, que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 14 de mayo de 1981, 23 de septiembre de 1996, 29 de julio de 1998, 24 de julio de 2001 y 20 de noviembre de 2002 y 7 de julio de 2004) reiteradamente viene diciendo que la valoración probatoria es facultad privativa del Juzgado o Tribunal, y que debe ser respetado su resultado en tanto no se demuestre que el Juzgador incurrió en error de hecho, o que su valoración resulte ilógica, opuesta a las máximas de la experiencia o a las reglas de la sana crítica, siendo por lo demás, criterio autorizado por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo el de la valoración conjunta de la prueba, como se declara en las Sentencias de 25 de septiembre de 2001, 8 de febrero y 25 de junio de 2002, 17 de noviembre de 2006, 20 de diciembre de 2007 y 9 de junio de 2008.

La prueba pericial biológica interesada por el progenitor no se ha practicado por la negativa de la demandada, hecho que la misma admite dado que lo que ahora combate es la justificación de la misma. A tal efecto hay que decir, con la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2007, que «la doctrina constitucional y la jurisprudencia civil no avalan la posibilidad de que se haga la declaración de paternidad con base única y exclusivamente en la negativa del afectado a someterse a la prueba biológica de paternidad. El Tribunal Constitucional (STC de 14 de febrero de 2005) acepta la doctrina de esta Sala con arreglo a la cual la negativa a la práctica de la prueba biológica de paternidad no puede interpretarse como una *ficta confessio* (confesión presunta) del afectado, sino que tiene la condición de un indicio probatorio que ha de ser ponderado por el órgano judicial en relación con la base probatoria indiciaria existente en el procedimiento. Según esta doctrina, en efecto, dicha negativa no es base

para integrar una *ficta confessio*, aunque representa o puede representar un indicio “valioso” o “muy cualificado” que, puesto en relación o conjugado con las demás pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad pretendida, pese a que éstas en sí mismas y por sí solas no fueran suficientes para estimar probada una paternidad que por sí es de imposible prueba absoluta».

Y continúa diciendo dicha sentencia que «la vinculación del afectado a la práctica de la prueba biológica no constituye propiamente un deber, sino, como varias veces hemos dicho (entre las más recientes, SSTS de 7 de diciembre de 2005 y 2 de febrero de 2006), una carga procesal, puesto que su incumplimiento no puede dar lugar a imponer su realización mediante medios coactivos, sino que únicamente determina que, en caso de ser injustificada la negativa, recaigan sobre la persona reuente las consecuencias de la falta de prueba, siempre que concurren los requisitos determinados por la doctrina constitucional y la jurisprudencia civil (la existencia de indicios suficientes para, conjuntamente con la consideración de dicha negativa como indicio muy cualificado, considerar determinada presuntivamente la paternidad reclamada)».

Expuesto lo que antecede, ha de seguirse que la negativa a practicar la prueba biológica carece de justificación razonable, pues el principal de los argumentos invocados que es el mantener la paz en la familia que ha constituido con su nueva pareja, parece no tener en cuenta el interés del hijo en conocer su completa filiación amén del interés social y público que tiene la determinación de la verdadera filiación de la persona, siendo irrelevantes sus afirmaciones sobre alegadas relaciones sexuales con su actual pareja al tiempo de la concepción o la consideración añadida de que éste tiene al menor como su hijo, en la medida en que, siendo afirmaciones sin elemento alguno de prueba que las sostenga, la pericial a que se ha negado la hoy recurrente precisamente podría arrojar mucha luz sobre tal indicio contrario y, en suma, sobre la filiación en litigio. Por tanto, no justificada la

negativa a la práctica de la prueba, ha de valorarse dicha oposición como un valioso indicio de la paternidad reclamada, en conjunción con los demás que puedan resultar de la prueba, cuestión que pasamos a examinar.

La Sentencia del Tribunal Supremo antes citada de 27 de febrero de 2007, refiriéndose a los indicios de la paternidad, afirma que «no es exigible que generen una virtualidad probatoria plena por sí mismos, ni siquiera que sean aptos para jugar un papel preponderante en la construcción de la presunción, sino que basta que tengan una eficacia coadyuvante en términos de normalidad o razonabilidad desde el punto de vista del orden acostumbrado de las cosas, acreditado por la experiencia, para corroborar el indicio especialmente significativo derivado de la negativa a la práctica de la prueba pericial biológica». Y es que si los indicios, entendidos como datos de los que indirectamente cabe razonar una probabilidad, tuvieran la intensidad de las pruebas ciertas no harían necesaria esta construcción procesal, siendo precisamente esa razón de probabilidad la que, unida al valioso dato de la negativa injustificada a la práctica de la prueba pericial biológica, la que ofrece fuerza legal

suficiente para la conclusión judicial, en línea de lo cual, el artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha introducido los principios de disponibilidad y facilidad probatoria para contemplar la exigencia de la carga de la prueba a que se refieren los núms. 2 y 3 de dicho precepto, de modo que cabe que una negativa a aportar los hechos de los que se tiene el dominio, perjudique a dicha parte.

El Juzgador ha considerado que existen estos indicios con fuerza suficiente para coadyuvar, con la negativa a la prueba de paternidad, su conclusión favorable a la paternidad interesada, y esta Sala constata que hubo una relación sentimental entre los litigantes, que la misma permaneció unos tres o cuatro años, que en dicha relación se mantuvieron relaciones íntimas, que dieron noticia a sus padres del embarazo y también a sus amigos y familiares, que continuaron saliendo juntos hasta después del nacimiento del menor, que el progenitor estuvo en el Hospital al tiempo del parto, y posteriormente ha estado con la demandada y el niño paseando, elementos indiciarios más que suficientes para llegar a la conclusión fáctica combatida, lo que comporta rechazar el recurso y confirmar la sentencia.

FILIACIÓN

La prueba del acceso carnal con otros hombres en modo alguno invalida el indicio relevante que supone que el demandado se niegue a someterse a las pruebas biológicas.

AP ASTURIAS, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Javier Antón Guijarro

Se alza el apelante don Borja contra la Sentencia de fecha 21 octubre 2008 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Mieres en el Juicio Verbal 452/2007, alegando en su recurso que en el presente procedimiento no existe indicio alguno de paternidad por el demandado, pues no lo son los referidos por la actora doña Mariana, razones que excluyen el que aquél deba verse sometido a las pruebas biológicas. Se añade además que la demanda ha venido manteniendo relaciones sexuales con muchos hombres debido a su trabajo, de manera tal que la presente demanda se configura únicamente como un ardid para buscar un beneficio económico.

Versa el primero de los motivos del recurso acerca de la ausencia en el proceso de indicio alguno que permita, si quiera por la vía de presunción, afirmar la paternidad que se reclama en relación con el demandado don Borja, pues la actora doña Mariana no ha dado cumplimiento a la exigencia

contenida en el artículo 767.1 de la LEC de aportar junto con su escrito rector el principio de prueba de los hechos en que funde su pretensión, indicios que podrían venir dados por la posesión de estado, la convivencia con la madre en la época de la concepción u otros de los que se infiera la filiación de modo análogo, tal y como ejemplifica el artículo 767.3 de la LEC, razones por las que no puede llegarse a declarar la filiación extramatrimonial que aquí se reclama por la sola circunstancia de haberse negado el demandado a someterse a las pruebas biológicas solicitadas. Para resolver el motivo del recurso planteado en tales términos habremos de comenzar señalando que efectivamente, como ha recordado la STC 29/2005, de 14 de febrero, no resulta acorde con la jurisprudencia reiteradamente mantenida por nuestro Tribunal Supremo el atribuir la paternidad reclamada con base única y exclusivamente en la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica, prescindiendo del resto

de la prueba practicada en el proceso y de la valoración conjunta de aquella y ésta. Lo cierto no obstante es que la sentencia de primera instancia lejos de basarse únicamente en dicha negativa, toma en consideración el conjunto del material probatorio practicado en el juicio. Así encontramos primeramente que el escrito de demanda relata que don Borja y doña Mariana se conocieron en el otoño de 2001 habiendo mantenido posteriormente una relación sentimental que se alargó durante el periodo comprendido entre enero de 2002 y agosto de ese mismo año. Se continúa relatando que la niña cuya filiación extramatrimonial aquí se reclama, Alicia, nació el 16 de enero de 2003 y que don Borja ha venido actuando incluso como padre en alguna ocasión, como lo demuestra el haber acudido a la celebración del matrimonio de la abuela de la niña contraído el día 5 agosto 2007, en prueba de lo cual se aportan varias fotografías así como una grabación videográfica de tal ocasión. Por su parte el demandado don Borja reconoce en su escrito de contestación que conoció a la actora en el año 2001 cuando ésta trabajaba en un club de alterne en la localidad de Mansilla de las Mulas (León), habiendo tenido a partir de ese momento varios encuentros íntimos. La sola admisión expresa de haber mantenido con la demandante relaciones sexuales en varias ocasiones constituiría por sí misma causa suficiente para hacer decaer el primero de los motivos del recurso, pero es que además don Borja reconoce en su escrito de contestación que acudió a la celebración de la boda de la madre de doña Mariana porque fue ella quien le pidió que fuera a buscarla a lo que él accedió, circunstancia que viene a corroborar que estamos en presencia de una relación que va más allá de meros encuentros esporádicos en el ámbito de la actividad profesional de la actora y que, por el contrario, se ha venido prolongando durante varios años desde el momento en que ambos se conocieron. A partir de aquí resulta del todo injustificada la negativa del demandado don Borja a someterse a las pruebas biológicas para determinar la paternidad que se pretende en la demanda, y ello a la vista de la existencia de indicios significativos y relevantes que hacen exigible su colaboración para destruir la presunción existente en este sentido tal y como se deriva de los datos expuestos así como de la circunstancia de que la fecha de nacimiento de la niña, 16 de enero de 2003, se corresponda con el período de tiempo en el que, según admite el propio demandado, vino manteniendo relaciones con la actora. Debemos recordar en este sentido la evolución jurisprudencial en una tendencia a aumentar cada vez más el valor probatorio de la negativa injustificada del demandado a la práctica de estas pruebas (así STS de 24 de mayo de 2001 y las que en ella se citan), recordando la doctrina constitucional en el sentido de que cuando las pruebas biológicas

de investigación de la paternidad sean consideradas indispensables por la autoridad judicial, no entrañan un grave riesgo o quebranto para la salud de quien deba soportarlas, y su práctica resulte proporcionada, atendida la finalidad perseguida con su realización, no pueden considerarse contrarias a los derechos a la integridad física y a la intimidad del afectado, a la vez que se insiste en que al hallarse la fuente de la prueba en poder de una de las partes del litigio conlleva, conforme a la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (artículo 118 de la Constitución), que dicha parte deba contribuir con su actividad probatoria a la aportación de los hechos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, ya que en otro caso, bastaría con que el litigante renuente a la prueba biológica se negase a su realización para colocar al otro litigante en una situación de indefensión, consideraciones todas ellas que conducen al rechazo del motivo de apelación examinado.

Alega en segundo lugar el recurrente que la actora doña Mariana es una mujer que ha mantenido relaciones con muchos hombres debido a su trabajo, precisando en su escrito de contestación que desde hace algún tiempo lo único que sabe de ella es que sigue ejerciendo la prostitución y que mantiene relación con un capitán de yate, sin que hayan vuelto a tener relaciones juntos. La eficacia enervadora de semejante alegación, la llamada *exceptio plurium concubentium*, ha venido siendo rechazada sistemáticamente por nuestro Alto Tribunal y así se ha señalado (SSTS de 27 de junio de 1987, 14 de junio de 1996, etcétera) que no está siquiera contemplada expresamente por nuestro Código Civil (a diferencia del francés), por lo que, al carecer tal excepción de carácter de prueba tasada, debe ser libre y ponderadamente apreciada por el Tribunal de instancia. Se añade en este sentido que la prueba del acceso carnal con otros hombres en modo alguno invalida el indicio relevante que supone que el demandado se niegue a someterse a las pruebas biológicas, de tal manera que aun admitiendo como posible tal acceso con persona distinta al demandado, puede declararse la paternidad cuando, como ocurre en el caso que aquí nos ocupa, concurre la conducta procesal del demandado de negarse a contribuir al esclarecimiento del hecho, sometándose a las pruebas biológicas, cuando tan fácil le hubiera resultado por medio de ellas descartar su negada paternidad, lo que integra un indicio más en favor del acogimiento de la declaración de la filiación solicitada. Procede en consecuencia y en atención a todo lo expuesto desestimar el recurso de apelación y confirmar la Sentencia de primera instancia con imposición al apelante de las costas causadas en esta alzada (artículo 398 de la LEC).

FILIACIÓN

Se considera que los nietos de la persona frente a quien se reclama la filiación tienen legitimación pasiva al haber fallecido su madre que era la hija de aquél.

AP ALICANTE, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 14 DE ABRIL DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier Prieto Lozano

Por los demandados Sres. y Sra. Sebastián, María Rosario y Jesús Ángel se ha cuestionado, negándola, su legitimación pasiva, *ad procesum* según literalmente se expresaba en el escrito de contestación la demanda, *ad causam* según se vino a precisar con más acierto en el trámite de alegaciones complementarias de la audiencia previa, para soportar la acción de reclamación de paternidad deducida por la actora en este proceso, falta de legitimación que sustentaban y sustentan en la alegación de no concurrir en ellos, sino en su madre ya fallecida, la condición de herederos legitimarios de don Teodoro cuyo óbito acaeció el día 24 de noviembre de 1978, quien según la actora aseveraba en su demanda había sido su progenitor.

Al respecto es cierto que vistas las previsiones contenidas en los artículos y entre otros 133, 136, 140 y 141 del Código Civil y del inciso final del artículo 766 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cabe entender que en supuestos como el presente en los que cuando se formula una demanda de reclamación de filiación, ha fallecido en fecha anterior a la de presentación de la demanda la persona quien se imputa la relación paterno-filial que en la demanda se interesa y postula sea declarada por el Tribunal que conoce del proceso, se hallan pasivamente legitimados para soportar tal acción sus herederos cual han precisado, y entre otras, las SSTS de fechas 19 de enero de 1990 o 3 de febrero de 2006, pero no como continuadores de la personalidad de su causante, ya que ésta se extinguió con su muerte (artículo 32 del Código Civil) pues como declaró la STC 231/1988 «muerta la persona y extinguida su personalidad desaparece el mismo objeto de la protección constitucional, sino cual se desprende de lo que previenen los artículos 657 y 659 del Código Civil, como sucesores de sus bienes, derechos, titularidades y obligaciones de índole o naturaleza estrictamente patrimonial; y ello por cuanto la resolución que se pudiera dictar declarando la filiación, en cada caso postulada en la demanda, abriría automáticamente y como señala la STS ya citada de fecha 19 de enero de 1990, un «cuadro de parentesco» que podría servir de base a un nuevo sistema sucesorio, esto es, afectaría a los derechos sucesorios de los legitimarios del causante, a sus expectativas patrimoniales.

En este caso sin embargo tal teórica modificación de los derechos sucesorios no puede ya producirse, no afectaría a los derechos sucesorios, a los bienes derechos y obligaciones, a los intereses patrimoniales que la demandada Sra. Leocadia, hija del Sr. Teodoro, forma directa y el Sr. y las Sras. Jesús Ángel, María Rosario, Sebastián, sus nietos, y a través de su fallecida madre hubieran podido adquirir de dicho común causante en su día, a la muerte del mismo acaecida en fecha 28 de noviembre de 1978, fecha en que se según previene el artículo 661 del Código Civil adquieren los herederos del difunto sus bienes y derechos, puesto que devienen sin duda aplicables al presente caso las directrices jurisprudenciales contenidas en SSTS de fechas 17 de marzo de 2005 y las que ella se citan, y STS de fecha 31 de junio de 2007 que resume tal doctrina enseñando que:

«la diferenciación de filiaciones desapareció desde la vigencia de la Constitución de 1978, al proclamar en su artículo 14 que los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal. Por otra parte, su Disposición Derogatoria Tercera preceptúa la derogación de cuantas disposiciones se opusiesen a lo establecido en la Constitución.

A la vista de tales normas, es indudable que el Código Civil sufrió una modificación en cuanto a los efectos de la filiación. Ya no se podía seguir manteniendo tras la vigencia de la Constitución un régimen sucesorio basado en la distinción de la filiación legítima o ilegítima, sino que todos los hijos son iguales ante la Ley, independientemente del origen de su filiación.

Tal modificación tenía efectos retroactivos, pero para las sucesiones abiertas con posterioridad a la vigencia de la Constitución.

La doctrina de esta Sala sobre el efecto derogatorio de la Constitución con carácter retroactivo y sobre la Disposición Transitoria Octava es la siguiente:

Si la apertura de la sucesión se ha producido después de la vigencia de la Constitución y antes de la de la Ley 11/1981, no puede establecerse nin-

guna discriminación en los derechos sucesorios de los hijos, por imperativo del artículo 14, teniendo el mismo efecto retroactivo derogatorio de las disposiciones del Código Civil que establecía aquella discriminación (SSTS de 10 de febrero de 1986, 10 de noviembre de 1987 y 17 de marzo de 1995. La Disposición Transitoria Octava de la Ley 11/1981, para las sucesiones abiertas con anterioridad a la vigencia de dicha Ley, se remitía a la “legislación anterior”, expresión que comprende el Código Civil modificado por los preceptos constitucionales prohibitivos de toda diferenciación entre filiaciones [STC 155/1987 (Pleno) de 14 de octubre, al tratar de la cuestión de inconstitucionalidad de la Disposición Transitoria Octava de la Ley 11/1981, de 13 de mayo].

En cambio, para las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, esta Sala ha declarado aplicable la legislación existente en el momento de la apertura de la sucesión (SSTS de 13 de febrero de 1990, 28 de julio de 1995 y 6 de noviembre de 1998). Por todo ello, y dado que el causante de actores y demandados falleció en 1976, momento en que se abre su sucesión, ha de aplicarse la doctrina que se ha expuesto con anterioridad. No es posible entender que al fenómeno sucesorio, que comienza con la muerte de la persona, se le apliquen distintas Leyes según se vaya realizando (declaración de herederos en su caso, aceptación o repudiación de la herencia, partición y adjudicación, etcétera) pues aquel fenómeno ha de guiarse por una Ley única. Se ha dicho autorizadamente que la fecha del fallecimiento será la que determina qué personas y en qué cuantía tienen derechos a su herencia como herederos o legatarios. Por último, ha de volverse a reiterar la doctrina jurisprudencial según la cual no cabe dejar de aplicar una norma jurídica bajo el pretexto de que no se adecua a la realidad social, ha declarado esta Sala reiteradamente (SSTS de 28 de febrero de 1989, 10 de diciembre de 1984 y 7 de enero de 1991), y las que en ellas se citan».

Por ello debe concluirse en el presente caso a) que la declaración de filiación paterna, y si procediere, que la actora postula en esta litis, con relación a don Teodoro fallecido como se indicó el 28 de noviembre de 1978, antes de la promulgación de la Constitución Española, nunca afectará a los derechos hereditarios del Sr. y las Sras. Sebastián, María Rosario y Jesús Ángel, sus nietos, ni tampoco a los que su hija la codemandada Sra. Leocadia pudiera haber adquirido en la fecha de fallecimiento de su padre y causante b) que como tales herederos y teniendo en cuenta tan sólo dicha condición, los intereses patrimoniales inherentes a la misma, no cabe apreciar en aquéllos y en ésta la concurrencia de la necesaria legitimación, en este caso pasiva, esto es que ostenten interés legítimo bastante, interés legítimo que determinaría su legitimación (SSTS de 17 de julio de 1992, 20 de octubre de 1993, 1 de febrero

de 1994, 22 de febrero de 1996 y 6 de mayo de 1997) para haber sido demandados en esta litis.

No obstante debe recordarse que la misma doctrina jurisprudencial (STS de fechas 23 de septiembre de 1996 y 2 de julio de 2004), ha establecido la concurrencia de la necesaria legitimación pasiva en concreto en el cónyuge viudo, en cuanto titular del que denomina derecho a la intimidad familiar, legitimación con base en tal presupuesto, interés legítimo en el mantenimiento de la intimidad familiar, la cual quedaría sin duda afectada por la declaración de una filiación extramatrimonial de un fallecido, que puede hacerse extensiva sin duda a otros parientes, hijos y nietos del mismo.

Y en el presente supuesto, con base a tales consideraciones, en definitiva al valor de la intimidad familiar, es por lo que cabe apreciar en los demandados en esta litis la concurrencia en todos ellos de la necesaria legitimación pasiva para que los pedimentos de la demanda hayan podido ser dirigidos frente a ellos, y que por ello mismo y como tales demandados hayan podido oponerse, como efectivamente lo han hecho, interesando su desestimación, a la acción de declaración de filiación paterna que la actora dedujo en su demanda y por afectar al indicado valor.

Sin embargo en atención a tal valor o bien inmaterial, la intimidad familiar, y no por ello, a simples intereses patrimoniales no afectados ya en este caso por una declaración de filiación extramatrimonial, valor que han pretendido proteger sin duda los demandados en esta litis, hija y nietos del pretendido padre –si bien ha podido pesar sobre ellos y como precisó la STS de fecha 2 de julio de 2004– «el deber de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por el órgano judicial competente, para no colocar a la otra en una situación de indefensión contraria al artículo 24 de la Constitución Española, ya que no podrá justificar su pretensión mediante la utilización de los medios probatorios pertinentes (STC 95/1999) puesto que al producirse en casos como el presente una colisión entre derechos fundamentales de las partes implicadas (STC 7/1994) «(...) el derecho a la intimidad familiar (...) y el derecho de la parte demandante a no sufrir indefensión en el ejercicio de la acción de reclamación de filiación y tal conflicto debe resolverse tomando en consideración que el derecho a la intimidad no puede convertirse en una suerte de consagración de la impunidad, con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene una íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares (STC 7/1994)».

En tal negativa no cabría advertir la concurrencia, y para justificarla, de intereses materiales, de índole patrimonial, sino la preservación de un bien superior, ya referido, el de la intimidad familiar.

FILIACIÓN

La declaración de los testigos no cabe reputarla sólida ni bastante, dada su escasa edad en las fechas en las que acaecieron los hechos sobre los que depusieron y las fuentes de sus teóricos conocimientos, su madre, vecina de la actora y la propia demandante respecto a la segunda.

AP ALICANTE, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 14 DE ABRIL DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier Prieto Lozano

Debe pasarse al examen de las alegaciones que los recurrentes exponen en el motivo tercero apartado «I.A.» en su escrito de recurso mediante las cuales vienen a mantener que su negativa a colaborar en la práctica de la prueba biológica que la parte actora propuso y que el Tribunal de instancia declaró pertinente no en el acto del juicio y en su caso tras la ratificación por las partes de sus respectivos escritos de demanda y contestación, antes de tal trámite por providencia dictada en fecha 15 de junio de 2006 y por lo tanto teniendo en cuenta tan sólo los hechos alegados en la demanda.

Esta Sala en este caso, vistos los términos, las concretas alegaciones fácticas que la actora expuso en su demanda, y los principios de prueba, documentales núms. 3 a 8 que con la misma aportó estima que en principio, podría efectivamente estimarse que tal negativa se hallaba justificada por no reputar los demandados, juicio de valor estima era razonable, ciertos tales datos habida cuenta a) que las alegaciones que se exponían en el hecho primero de la demanda al aludir, además de forma muy somera y escuetas, a las circunstancias fácticas concurrente que habrían podido propiciar o favorecer en su caso, la procreación de la actora en 1960, la condición de soltera de su madre, codemandada en esta causa y allanada a la demanda, y la existencia en aquellas fechas de una relación extramatrimonial entre dicha codemandada y el padre y abuelo de los demandados en esta causa, no se ajustaban, y en primer término, en forma alguna, a la realidad ya que por el contrario en la demanda se ocultaba que el estado de la madre de la actora era el de casada, que por ello la demandante nació constante, en el transcurso de tal matrimonio, lo que implicaba que con independencia del tenor de la inscripción que de tal nacimiento se practicó en el Registro Civil, no de Calpe, sino de Valencia, el día 18 de marzo de 1961, la filiación paterna vendría determinada por la presunción de filiación matrimonial establecida en el artículo 116 del Código Civil, y antes se enuncia el artículo 108 del mismo cuerpo legal vigente en 1961; b) no se aportaban como se ha indicado, datos concretos relativos a configurar, a hacer creíble, tal alegada relación extramatrimonial duradera, habida

cuenta además del dato relativo a la apreciable diferencia de edades; c) con la demanda no se aportaban, además, principios de prueba tendentes a acreditar la realidad de tal alegada relación extramatrimonial, ya que las estereotipadas manifestaciones recogidas en los documentos 3 al 8 de la demanda, iban dirigidas más bien a la teórica acreditación de una situación de posesión de estado a la que se aludía también muy someramente en el hecho segundo de la demanda; d) la notoria diferencia de edad existente entre la madre y el alegado padre no propiciaban ciertamente, no hacían objetivamente verosímil la alegada relación afectiva; e) la avanzada edad del presunto padre causante de los demandados en el tiempo en que habría tenido lugar la concepción de la actora se presentaba como una circunstancia fáctica más que restaba credibilidad objetiva a las alegaciones vertidas por la actora en el escrito de demanda y como base de la acción de reclamación de filiación que en ella dedujo; f) finalmente el notorio retraso, y además no explicado ni de forma directa ni aun indirecta en la demanda, en el ejercicio de tal acción por la actora, este supuesto más de 20 años después de que pudo haberlo hecho, tras la entrada en vigor de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, y al amparo de su Disposición Transitoria Séptima modificativa del Código Civil en materia de filiación, y según la aplicación, interpretándola, que de tal transitoria ha venido realizando la doctrina jurisprudencial resumida entre otras por la STS de fecha 7 de julio de 2004 que cita la de fecha 17 de marzo de 1995, y que sigue la pauta de la STC 1982/1980, que declaró inconstitucional el artículo 137 del Código Civil en su redacción anterior por cuanto establecía discriminaciones por razón de nacimiento contrarias a la igualdad en relación con las acciones de filiación, doctrina que obliga a que deba entenderse derogada por anticonstitucional cualesquiera discriminación contraria, análoga a la señalada por aplicación del artículo 14 y la Disposición Derogatoria Tercera de la Constitución Española, de modo que «ejercitadas las acciones de reclamación de la paternidad no matrimonial e impugnación de la matrimonial, vigente la Constitución española y ya promulgada la Ley 11/1981, no se pueden aplicar al caso normas

o prohibiciones normativas que como las referentes a plazos de caducidad de las acciones o denegar las acciones para la determinación de la filiación o imponer restricciones a la legitimación que impliquen un trato diferencial no justificado en perjuicio de los hijos no matrimoniales».

Los precedentes consideraciones y en su conjunto, permiten entender con sólido fundamento que la negativa de los demandados, manifestada en el acto del juicio, y antes por ello de la práctica del resto de las pruebas (testificales e interrogatorio de las partes) a colaborar en la práctica de la prueba biológica, no puede ser reputada como arbitraria, injustificada o carente de fundamento dada la escasa consistencia, y credibilidad, con arreglo a la racional crítica, de las alegaciones vertidas en la demanda a los fines de sustentar la acción de reclamación de filiación deducida por la actora, lo supone que no cabría otorgar a tal conducta negativa, no ya los efectos de una teórica *ficta confessio* negados en todo caso por doctrina y jurisprudencia, (entre otras STC 71/1994, de 3 de noviembre y SSTS de fechas 30 de mayo de 2000 y 22 de noviembre de 2006), sino incluso el valor de indicio razonable, valioso, e incluso muy calificado o significativo para permitir declarar la paternidad, que ha de conjugarse con el resultado de otros elementos de prueba, o indicios (SSTS de 16 de enero, 2 de febrero, 11 y 28 de mayo y 11 de diciembre de 1999) a los fines de que el Tribunal pueda formar convicción junto con el resultado que puedan haber arrojado otros medios de prueba, acerca de la realidad de las aseveraciones de la parte actora que deduce una acción de reclamación de filiación, puesto que como precisa la misma doctrina jurisprudencial (SSTS de fechas 14 de marzo de 1994 y 26 de marzo de 2001) «si bien la Ley permite la investigación biológica de la paternidad no ha llegado a introducir en nuestro sistema una investigación indiscriminada que sería perturbadora del orden interno familiar y contraria al estado civil y posesión de hecho de que gozan las personas».

Pasando en todo caso al estudio del fondo de la litis y del presente recurso y visto el resultado que ha arrojado la prueba articulada por la parte actora y a su instancia practicada, testifical y de interrogatorio de las partes demandadas contenida en el soporte en el que fue grabado el acto del juicio, prueba encaminada como es lógico a justificar la realidad de la filiación que en la demanda se postula sea declarada frente a los causahabientes de la persona de quien mantiene es hija don Teodoro y por supuesto, y sin perjuicio de las consideraciones antes expuestas el hecho en definitiva acaecido a lo largo de esta litis, la conducta procesal y personal de las partes demandadas negándose expresamente, según reiteraron personalmente en el acto del juicio, a prestar su colaboración indispensable para

la práctica de la pericia biológica propuesta por la contraparte, estima esta Sala que no es posible y procedente asumir las conclusiones que en orden a reputar acreditada tal filiación se establecen en la sentencia apelada.

A tal fin es claro que el Juzgado de instancia ha concedido una especial relevancia y trascendencia al hecho ya aludido, concretado a que los demandados no han accedido, a prestar su indispensable colaboración para la práctica de la indicada pericia biológica, negativa que aunque se estimase injustificada a la que sólo y como se ha indicado no cabe otorgarle la naturaleza y efectos de una *ficta confessio* o con palabras de la sentencia de fecha 26 de junio de 1999, de *ficta pericia*, sino que sólo tiene la condición de indicio ciertamente muy calificado «que en unión del conjunto de otras pruebas pueda llevar al ánimo del Tribunal la convicción de la paternidad postulada (SSTS de fechas y entre otras 20 de julio de 1990, 21 de octubre de 1994, 24 de junio de 1996, 24 de junio 1996 y 26 de junio de 1999), pero que por ello mismo tal acreditación no puede venir dada exclusivamente por la negativa injustificada de las partes demandadas a someterse a la prueba biológica, sino que es preciso que para que tal negativa pueda ser reputada trascendental y relevante indicio que concurre con otras pruebas directas que conduzcan razonablemente a estimar probada la realidad de una relación sentimental y/o de convivencia entre las partes, en este caso lo habría sido entre la madre de la actora y el padre y abuelo respectivamente de los demandados, al tiempo de la concepción, año 1960, y como posible determinante de la paternidad, al poder deducir de tal relación de convivencia la probabilidad de una relación sexual (SSTS y entre otras de fechas 17 de marzo de 1992, 28 de abril de 1993, 18 de mayo de 1994, 16 de enero, 3 de marzo, 22 de junio, 4 diciembre de 1998, 4 de febrero de 1999, 6 y 26 de julio y 1 de octubre de 1999, 3 de noviembre de 2001, 17 de julio de 2002 y 11 de marzo de 2003).

En supuesto enjuiciado, es lo cierto que únicas pruebas ofrecidas a tal fin por la demandante y practicadas a su instancia no han acreditado extremos de hecho concretos y bastantes a los fines de poder tener por razonablemente acreditada tal relación no ya de convivencia extramatrimonial duradera a la que expresamente se aludía, ciertamente sin la más mínima concreción acerca de los hechos determinantes de su posible inicio y desarrollo, en el hecho primero de la demanda, sino en otro caso de una simple, y aun esporádica relación sentimental que hubiera podido propiciar la concepción de la actora, la relación sexual del causante de los demandados con la madre de la actora quien ya se hallaba casada y era madre de otros dos hijos en su matrimonio, ya que:

– A tal fin y dejando a un lado las manifestaciones en definitiva de parte interesada a pesar de su condición de demandada, que la codemandada doña Rebeca expuso en el acto del juicio a lo largo de su interrogatorio, y a través de las cuales y al respecto tampoco aportó concretos hechos en base a los cuales pudiera presentarse como creíble, el inicio y desarrollo de una relación sentimental dada la notoria diferencia de edad de ambos, el estado de casada de la codemandada, la amistad del Sr. Teodoro con su familia (padrino de su boda) a la que vino a aludir en su interrogatorio como parte.

– Los testigos que en el acto del juicio depusieron, y al ser interrogados por tales concretos hechos, a) sólo pudieron aludir a rumores que existían o corrían por la localidad, la villa de Calpe y al respecto (testigos Sres. Raúl y Juan Carlos) y que en aquellas fechas, 1960, don Teodoro acudía en ocasiones al establecimiento de venta de comestibles que la madre de la codemandada doña Rebeca regentaba en aquellas fechas en la indicada localidad y en la que adquiriría en su caso géneros (testigo Sra. Eugenio).

Y en lo que afecta a la segunda de las alegaciones que se expusieron en el escrito de demanda en la que se vino a mantener que la actora había venido disfrutando desde su nacimiento en 1961 y hasta que el mes de noviembre de 1978 falleció el Sr. Teodoro de una verdadera situación de posesión de estado o próxima al mismo y por ello en alguna medida equivalente a un reconocimiento tácito, como lo denomina la STS de fecha 23 de marzo de 2000, por venido prodigando a la actora el trato correspondiente a una verdadera hija, trasladándose el Sr. Teodoro con cierta frecuencia desde Calpe a Alicante donde ha venido residiendo la actora para visitarla, y atendiendo y sufragando en alguna medida sus necesidades, hechos estos a los que de una u otra forma se alude en el hecho segundo de la demanda y a los que se refieren los documentos 3

al 8 de la demanda de los que sólo se han ratificado los señalados bajo núms. 5 y 6, sólo se sustentaría en las manifestaciones de las testigos Sras. Delfina y Montserrat, testigos cuya razón de ciencia acerca de los hechos sobre los que depusieron, no cabe reputarla sólida ni bastante, dada la escasa edad de tales testigos en las fechas en las que acaecieron los hechos sobre los que depusieron y las fuentes de sus teóricos conocimientos, su madre vecina de la actora en cuanto a la primera de tales testigos, y la propia demandante respecto a la segunda y dada su amistad, razones que deben entenderse y con arreglo a la sana crítica que devalúan la eficacia de tales testimonios a los fines de poder formar convicción segura acerca de la realidad de los hechos sobre los que tales testigos depusieron. Y en lo que afecta al documento, fotografía, núm. 9 de los presentados con la demanda, no cabe reputarlo prueba definitiva a modo de acto concluyente, de la alegada posesión de estado y en última instancia de la pretendida filiación, ya que sólo viene a reflejar una puntual situación, que además podría ser explicable en atención a las ya aludidas relaciones de amistad existentes entre la familia del causante de los demandados y la de la actora, padrino de boda de su madre y padrino de uno de sus hermanos.

En definitiva esta Sala estima y por todo lo razonado que en el supuesto enjuiciado, no se ha ofrecido ni por ello practicado pruebas bastantes que de forma directa y precisa hubiera acreditado la filiación cuya declaración se postulaba en la demanda, y por otra las probanzas practicadas no acreditan la concurrencia de los presupuestos fácticos precisos para que la negativa de los demandados a colaborar en la práctica de la pericial biológica que acordó el Juzgado de instancia pueda ser considerada como un indicio razonable, definitivo y concluyente para ratificar la declaración de paternidad contenida en el fallo de la sentencia apelada, la cual en consecuencia debe ser revocada dejando sin efecto tal declaración y desestimando la inicial demanda.

UNIONES DE HECHO

No se concede el uso de la vivienda familiar a la madre e hijos, ya que tratándose de una pareja de hecho no son de aplicación los artículos 91 y siguientes del CC, sino los que regulan la patria potestad, y en el caso de autos ya se ha fijado una pensión alimenticia a cargo del padre.

AP GRANADA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Mascaro Lazcano

Respecto a la petición de la madre de que se conceda a los hijos de 6 y 8 años de edad la vivienda familiar y a ella por quedar los mismos en su compañía.

Establece el artículo 96 del CC que la Sentencia en que se decreta la separación personal de los cónyuges, en efecto de acuerdo de los mismos, aprobada

por el Juez asignará el uso de la vivienda familiar, y los objetos de uso ordinario que en ella corresponden, a los hijos y al cónyuge, en cuya compañía quedan, prescripción pues, que, cualquiera que sea la ulterior vicisitud que padezca esa vivienda, habrá de quedar debidamente garantizada. Éste que es un derecho de uso, cuya naturaleza se discute si personal o real, constituido *ope sententiae* y cuya duración depende del mantenimiento de los requisitos que condicionan la sanción del artículo 96.1 del CC, resultará también aplicable a supuestos de uniones de hecho. Como expresa dicho Alto Tribunal en Sentencia de 16 de diciembre de 1996, «la vivienda familiar es el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, paseo, alimentación, vestido, etcétera) y protección de intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos. De aquí, que las normas que sobre el uso de la vivienda familiar, contiene el Código Civil en relación con el matrimonio y sus crisis, entre ellas, la ruptura del vínculo, se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja, ya que las razones que abonan y justifican aquéllas valen también en este último caso». Nuestro ordenamiento jurídico protege la vivienda familiar, tanto en situación normal del matrimonio como en los estados de crisis, separación o divorcio. La protección se manifiesta en primer lugar creando el concepto de vivienda familiar al que se refieren los artículos 87, 90.B), 91, 96 y 103.2 del Código Civil; bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o entes pluripersonal que en ella se asientan, quienquiera que sea el propietario. En las situaciones de crisis de la familia, el Código establece la protección del artículo 90 contenida en el convenio regulador, que ha de referirse entre otros extremos a la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, y la protección del artículo 96 en el que contienen normas para la atribución de la vivienda atendiendo al interés más digno de protección y se conceden facultades al Juez para los supuestos de falta de acuerdos (Sentencia de 31 de diciembre de 1994). Visto el contenido del citado precepto, es claro que será el de los hijos el interés prevalente que habrá de salvaguardarse y a falta de acuerdo aprobado por el Juez, será a éstos y por ello al cónyuge a cuya guarda quede a quien corresponderá su uso. El carácter circunstancial que tiene ésta como todas las medidas que adopten en estos casos sin duda que podrán ser modificadas por nuevo convenio o judicialmente siempre que produzca una alteración sustancial de las circunstancias que inicialmente las determinaron, pero también en estos casos no podrá obviarse el antes citado interés prevalente y en lo que se refiere a la atribución del

domicilio familiar lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil.

Si bien en sede de medidas provisionales previas a la demanda de nulidad de matrimonio, separación y divorcio, el artículo 103 del Código Civil prevé que se adopten medidas como la contribución de los cónyuges a las «cargas del matrimonio», y dicha previsión, por razón analógica, pudiera aplicarse a las parejas de hecho, no así como se trata de adoptar medidas a un proceso de separación, divorcio o nulidad de matrimonio, en el que sólo está previsto el acuerdo de los cónyuges sobre tal extremo, dado que el artículo 91 del Código Civil, que regula las medidas a adoptar por el Juez, «en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo» determina las medidas que hayan de sustituir a las adoptadas con anterioridad en relación a ... «las cargas del matrimonio», pero señala expresamente «conforme a lo establecido en los artículos siguientes», siendo así que en dichos preceptos (artículos 92 y siguientes) sólo prevén determinados aspectos de las cargas del matrimonio entre otras las referidas a los alimentos de los hijos o al uso de la vivienda familiar, lo que viene justificado en el hecho de que la sentencia produce la disolución del régimen económico-matrimonial, y, en tal caso, no existen «cargas del matrimonio», sino una posición jurídica personal propia de cada cónyuge en relación al ámbito matrimonial del régimen disuelto y extinguido aunque en situación de liquidación.

Consecuencia de lo que se expone es que si procede acordar tales medidas, de modo que las obligaciones económicas derivadas de relaciones matrimoniales comunes de la pareja, pero que son ajenas a los conceptos previstos en los artículos 92 y siguientes del Código Civil, seguirán el régimen propio de la situación existente tras la declaración de extinción de la pareja de hecho y el que las satisface podrá exigir al otro cotitular la parte que corresponda al momento de la división y liquidación de la relación jurídica matrimonial entre ambos.

Efectivamente, la atribución de la vivienda familiar en el caso de parejas de hecho, no se somete al régimen de los artículos 91 y siguientes, que están diseñados para quienes han contraído matrimonio (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2003). La falta de regulación estatal de las parejas de hecho acrecienta la dificultad de determinar el régimen aplicable al caso de autos, que no está resuelto por la Ley andaluza 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho, que, aunque en su artículo 13 hace referencia a la vivienda familiar para atribuirla al otro conviviente en el caso de fallecimiento y por plazo temporal de un año, es inaplicable dado que no nos encontramos en dicho supuesto y, en todo caso, porque el artículo 6.3 de la mencionada Ley

señala que «Los beneficios previstos en la presente Ley serán aplicables a las parejas de hecho a partir de su inscripción en el Registro instituido a tal fin», lo que no consta. La atribución de la vivienda familiar a la madre no es sino una consecuencia de que los intereses de los hijos menores que con ella conviven es el más necesitado de protección, de modo que ha de entenderse que dicha petición se efectúa en interés de los hijos.

En tal sentido, no son las normas que regulan los efectos del matrimonio las aplicables, sino las que regulan la patria potestad, habida cuenta que la protección de los hijos está reconocida en el ordenamiento jurídico, cualquiera que sea su filiación (artículo 39 de la CE) y que tomar las decisiones pertinentes en interés de los hijos es facultad que el Juez puede adoptar de oficio conforme a lo que

dispone el artículo 158 del Código Civil. Y es esta referencia legal la que permite afirmar que no se ha producido incongruencia omisiva en los supuestos en que al existir un pronunciamiento sobre los alimentos de dicho hijo, en él puede entenderse incluido el relativo a la vivienda, dado que éste es un concepto –bajo la denominación de habitación– integrado en el de alimentos al que se refiere el artículo 142 del Código sustantivo, y el artículo 158.i.º del Código Civil permite al Juez tomar las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos, de modo que cuando el Juzgador resuelve sobre los alimentos para los hijos que están bajo la custodia de la madre, está contemplando esa necesidad de vivienda del menor. Ello aquí no ha ocurrido, debiendo pronunciarse el Tribunal en concreto sobre la asignación del uso de la misma.

UNIONES DE HECHO

No resultaba procedente efectuar pronunciamiento alguno acerca del pago de las cuotas mensuales de amortización del préstamo hipotecario y, por ende, de las primas de los seguros de vida y vivienda vinculados a dicho préstamo, pues dichas cuotas deberán ser asumidas conforme a lo establecido en los títulos de constitución del préstamo. No podemos olvidar que nos hallamos en presencia de una unión de hecho y deben ser los pactos existentes entre ambos los que determinen sus relaciones patrimoniales, condominio, sociedad, etcétera.

AP ASTURIAS, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José María Álvarez Seijo

Discrepa la parte recurrente de la sentencia de primera instancia en cuanto estimó que no resultaba procedente efectuar pronunciamiento alguno acerca del pago de las cuotas mensuales de amortización del préstamo hipotecario y, por ende, las primas de los seguros de vida y vivienda vinculados a dicho préstamo, señalando que dichas cuotas deberán ser asumidas conforme a lo establecido en los títulos de constitución del préstamo.

La apelante centra su recurso, y por tanto su pretensión de que tales cuotas sean abonadas por mitad, tanto las de la hipoteca como de los seguros, en base a vincular tal cuestión a la salvaguarda del derecho del hijo menor al uso y disfrute de la vivienda.

Nuestro TS, en una reciente Sentencia de 5 de noviembre de 2008, ha señalado en orden a este extremo que el abono de la cuota hipotecaria que grava la vivienda conyugal en ningún caso puede entenderse comprendido dentro del concepto «contribución a cargas», sino que se enmarca como una deuda de la sociedad conyugal.

Ahora bien, con independencia de ello no podemos olvidar que en el caso de autos nos hallamos en presencia de una unión de hecho, y por ello no le es aplicable la regulación del régimen económico-matrimonial como ha declarado nuestro TS de forma reiterada (así en las Sentencias de 27 de mayo de 1994, 30 de diciembre de 1994, 4 de marzo de 1997 y 27 de marzo de 2001, entre otras), de ahí que en cada caso deban ser los pactos existentes entre ambos los que determinen sus relaciones patrimoniales, condominio, sociedad, etc.

En el caso de autos, no parece existir disidencia en el carácter común de la vivienda, señalando don Abilio que ha venido abonando la mitad del préstamo hipotecario, mas es evidente que en sede de la presente litis y por lo expuesto no procede pronunciamiento alguno sobre la cuestión que se interesa, debiendo dirimirse en relación a los pactos existentes entre la pareja y lo estipulado en el título constitutivo de la hipoteca, no correspondiendo por ello adopción de medida como la interesada.

Por lo tanto, ha de estarse a lo resuelto en la recurrida.

UNIONES DE HECHO

Se declara que los fondos existentes en una cuenta bancaria son de la exclusiva propiedad de la conviviente de hecho aunque ambos fuesen cotitulares de la cuenta al no acreditarse voluntad de constituir una comunidad entre los integrantes de la pareja.

AP ALICANTE, SEC. 9.ª, SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Julio Calvet Botella

De las actuaciones practicadas, tan sólo resulta acreditada una situación de convivencia *more uxorio* sin que resulte acuerdo o actuación de constituir una comunidad de bienes o una confusión de capitales como se dice. Y resulta que los interesados que pudieron contraer matrimonio no lo hicieron, lo que patentiza es que lo que quisieron es la independencia, como antes se dijo. Y llegados a este punto, y centrado el objeto del proceso en la declaración de la exclusiva propiedad de la imposición bancaria y del seguro de vida, debe recordarse que el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 19 de octubre de 1988, 28 de mayo de 1990, 8 de febrero de 1991, 14 de junio de 1991, 23 de mayo de 1992, 21 de julio de 1993, 21 de noviembre de 1994, 19 de diciembre de 1997, 5 de julio de 1999, 29 de mayo y 7 de noviembre de 2000, ha mantenido que las cuentas corrientes bancarias expresan una disponibilidad de fondos a favor de los titulares de las mismas contra la entidad depositaria de las mismas, no pudiendo adoptarse el criterio que el dinero depositado en tales cuentas indistintas pasen a ser propiedad de uno de aquéllos por el solo hecho de figurar como titular indistinto, porque en el contrato de depósito la relación jurídica que se establece lo es entre el depositante dueño de la cosa disponible y el depositario que lo recibe. Así, las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1988 y de 15 de diciembre de 1993, establecen que los depósitos indistintos no presuponen comunidad de dominio sobre los objetos depositados, debiendo estarse a lo que resuelvan los Tribunales sobre la propiedad de ellos, y pueda demostrarse que los valores depositados pertenecen a uno solo de los depositantes. En definitiva, y como dicen las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1965, 19 de octubre de 1988 y 7 de junio de 1996 la titularidad indistinta de cuentas bancarias, no impide probar quién es su verdadero titular.

Pues bien, de las pruebas practicadas, en particular de la documental y hechos no controvertidos, resulta acreditado que la actora recibió a través del Juzgado de Xátiva el día 9 de enero de 1999, en concepto de indemnización por el fallecimiento

de su esposo don Luciano la cantidad de 4.000.000 de pesetas como perjudicada, y de otros 13.000.000 de pesetas en su calidad de legal representante de su hija menor perjudicada Marí Juana; que doña María Inés es titular de la cuenta núm. 002, siendo sólo autorizado don Alexander, no constando desde cuándo; que de dicha cuenta salieron en 11 de febrero de 2000 la suma de 3.000.000 de pesetas para la imposición a plazo fijo, y en 25 de enero de 2000 la cantidad de 2.000.000 de pesetas para el Seguro de Vida, «Eurovalor Multifondo», y que del extracto de la cuenta corriente resulta que desde el 15 de noviembre de 1999 en la cuenta corriente sólo hay reintegros y gastos y un solo abono de nómina del Ayuntamiento de Los Montesinos –para el que trabajó la actora–, por lo que debe concluirse que hasta las imposición y seguro, todo el dinero de la cuenta corriente procedía de la actora, por lo que no cabe duda de que la titularidad de los dos productos bancarios no eran propiedad del demandado. Y como la oposición del demandado se ha centrado en la existencia de una confusión de patrimonios fruto de la relación de convivencia de las partes y de constituir un patrimonio común y no se acredita, debe estimarse la demanda, y sin que pueda acudir a ningún género de compensación pues ello equivaldría tanto como a una liquidación de bienes comunes o gananciales que no concurren como antes se dijo, ello aparte de constituir un motivo de oposición no expresamente alegado en su momento. Procede en su consecuencia, estimar el recurso de apelación y revocar la sentencia dictada, en el sentido de estimar la demanda. En cuanto a las costas de la Primera Instancia, y no obstante la estimación de la demanda, debe estimarse concurrir serias dudas de hecho que justifican la no imposición de las costas a la parte demandada, pues el hecho de figurar el demandado como cotitular y tomador y asegurado con la aquiescencia de la actora, implican tales dudas de hecho que justifican sobradamente su oposición, y todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

UNIONES DE HECHO

Las obras efectuadas por el conviviente de hecho, aportando incluso su trabajo, aparecen realizadas desde una contribución voluntaria y gratuita orientada a servir de morada dentro de la relación afectiva finalmente frustrada que no hay mérito para entender merecedora de indemnización ni generadora de un derecho de crédito individualizado.

AP GRANADA, SEC. 3.^a, SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José Requena Paredes

El actor tras alegar que había mantenido con la demandada una relación de pareja entre 2000 a 2006, y en consideración a que durante los años 2004 y 2005 había prestado su trabajo como albañil para las obras de rehabilitación de una vieja fábrica-cortijo propiedad por herencia de la demandada con objeto de servir de vivienda a ambos, formuló demanda en reclamación de 23.690 euros que considera debidos por su trabajo calculado a razón de nueve euros por cada una de las 3.000 horas calculadas. Invocaba como fundamento de su pretensión tanto el artículo 1544 del CC relativo al contrato de obra, como determinada Sentencia del TS de Justicia afirmando que resolvía un caso idéntico en el que con ocasión de unos trabajos de rehabilitación de vivienda en una pareja de hecho, la alteración física que supone la misma, si bien no modifica la titularidad del propietario, confiere, en cambio, un crédito a favor de quien acredita haber participado de un modo u otro en su rehabilitación. Sobre esta base y tras incluir y deducir determinadas cantidades dinerarias, recíprocamente entregadas entre los ahora litigantes dentro de su relación de convivencia, valoraba el crédito en los términos expuestos.

La sentencia de instancia desestimó la demanda desde el conciso y rotundo fundamento de no existir deuda alguna en razón a un contrato de arrendamiento de obra que nunca se pactó, que carece de causa y de todo compromiso de pago que lo haga exigible.

Frente a esta decisión se alza el demandante, denunciando error en la valoración de la prueba e infracción de la doctrina reguladora de las consecuencias económicas de la ruptura de una pareja de hecho; invoca el principio *iura novit curia* y el principio del enriquecimiento sin causa para sostener la procedencia de la demanda y de su recurso al que se opone la parte apelada alegando que el motivo plantea cuestiones nuevas prohibidas en la segunda instancia en cuanto provocan indefensión para las partes.

Aun aceptando la aplicación del artículo 218 de la LEC, ya que el debate y la *causa petendi*, que quedó concretada en la demanda fue la realización de un trabajo en el ámbito de una relación *more uxoris*

con trascendencia económica en la propiedad del otro conviviente, la Sala, dando respuesta, aunque por otros fundamentos, a esta acción que entendemos como verdaderamente deducida, no encuentra razones ni fácticas ni jurídicas para alterar la decisión de la juzgadora de instancia al no apreciar la infracción de la Doctrina Legal que se denuncia vulnerada.

Esta misma Sección ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre una pretensión similar, pero bajo presupuestos de hecho bien distintos en nuestra Sentencia de 16 de febrero de 2007, donde reconocíamos un derecho de crédito por incremento del valor de la vivienda edificada sobre el suelo que era propiedad exclusiva de la parte demandada y cuya obra se había costado en base a un préstamo solicitado y pagado de manera conjunta entre la pareja donde el reclamante del crédito había aportado, además, significativas cantidades a cuenta de sus ingresos propios superiores incluso y más estables que los de la titular del terreno que durante el tiempo de relación contribuyó con su trabajo a atender a las necesidades familiares derivadas de la unión afectiva.

Decíamos entonces, recordando que la STS de 23 de noviembre de 2004, recogiendo la Doctrina de la STS de 17 de enero de 2003, planteaba la cuestión nuclear en este tipo de supuestos, reconociendo que, cuando se pone fin a una unión no matrimonial tras una larga convivencia, no puede quedar una de las partes en situación absolutamente desfavorable respecto a la otra, en el sentido de que todos los bienes hayan sido formalmente adquiridos por uno solo, como si el otro no hubiera colaborado con su atención personal y colaboración en trabajo fuera o dentro de casa; en otro aspecto –declara el Alto Tribunal– se trata, no tanto de imponer una normativa a una situación de hecho, sino de evitar el perjuicio injusto a la parte más débil de una relación, de manera que ante la realidad de la doctrina y la ausencia de legislación, ha sido la jurisprudencia la que se ha ocupado con detenimiento de este tema, resolviendo los casos concretos que han llegado a la jurisdicción, prácticamente siempre en relación con la disolución o ruptura de la convivencia por razón de muerte o de voluntad unilateral. Se ha referido a

la misma como familia natural (Sentencia de 29 de octubre de 1997), situación de hecho con trascendencia jurídica (Sentencia de 10 de marzo de 1998), realidad ajurídica, con efectos jurídicos (Sentencia de 27 de marzo de 2001), realidad social admitida por la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia de 5 de julio de 2001). Ha destacado que carece de normativa específica, pero no constituye un vacío legal (Sentencias de 28 de mayo de 1992 y 29 de octubre de 1997) lo que se resume así: la convivencia *more uxoris*, entendida como una relación a semejanza de la matrimonial, sin haber recibido sanción legal, no está regulada legalmente, ni tampoco prohibida por el Derecho: es ajurídica, pero no antijurídica; carece de normativa legal, pero produce o puede producir una serie de efectos que tienen trascendencia jurídica y deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del Derecho. La idea no es tanto el pensar en un complejo orgánico normativo –hoy por hoy inexistente– sino en evitar que la relación de hecho pueda producir un perjuicio no tolerable en Derecho a una de las partes, es decir, la protección de la persona que quede perjudicada por una situación de hecho con trascendencia jurídica, para lo que se ha dicho por el Alto Tribunal que no es aplicable a la unión de hecho la regulación del régimen económico-matrimonial (Sentencias de 21 de octubre de 1992, 27 de mayo de 1994, 20 de octubre de 1994, 24 de noviembre de 1994, 30 de diciembre de 1994 y 4 de marzo de 1997), pues no se acepta la igualdad o asimilación al matrimonio, sino que se trata de proteger a la parte que ha quedado perjudicada por razón de la convivencia y se pretende evitar el perjuicio injusto para el más débil (Sentencias de 10 de marzo de 1998 y 27 de marzo de 2001). Ante dicha cuestión, la jurisprudencia de esta Sala ha tenido en cuenta caso por caso y a la especialidad de cada uno le ha aplicado la norma más adecuada para la solución más justa. Salvo en escasísimos supuestos en que no se ha estimado la demanda, por no ser aplicable la normativa (Sentencia de 24 de noviembre de 1994) o por negar todo tipo de comunidad (Sentencia de 22 de enero de 2001), la ruptura por decisión unilateral no ha sido admitida como causante de un perjuicio injusto para la parte más débil (en todos los casos, ésta era la mujer), sino que se le ha reparado acudiendo a distintas soluciones: estimando que se ha producido una responsabilidad extracontractual (Sentencia de 16 de diciembre de 1996), o un enriquecimiento injusto (Sentencias de 11 de diciembre de 1992 y 27 de marzo de 2001), o concediendo una pensión compensatoria (Sentencias de 5 de julio de 2001 y 16 de julio de 2002) o apreciando la existencia de una comunidad de bienes (Sentencias de 18 de mayo de 1992 y 29 de octubre de 1997).

En cierta manera toda esta doctrina ha tratado de matizarse con la Sentencia del Pleno de la Sala 1.^a de 12 de septiembre de 2005, y así la STS de 8 de mayo de 2008 resalta que los criterios utilizados por esta Sala en relación a esta problemática pueden resumirse a los efectos de la solución que debe darse en este recurso:

1.^o Esta Sala ha declarado siempre que debe estarse a los pactos que hayan existido entre las partes relativos a la organización económica para la posterior liquidación de estas relaciones (STS de 18 de febrero de 2003). La Sentencia de 12 de septiembre de 2005, seguida por la de 22 de febrero de 2006, declara de forma contundente que «las consecuencias económicas del mismo deben ser reguladas en primer lugar por la ley específica; en ausencia de la misma –y poco aporta la Ley de Andalucía 5/2002, de 16 de diciembre– se regirán por el pacto establecido por sus miembros, y, a falta de ello, en último lugar por aplicación de la técnica del enriquecimiento injusto».

2.^o No se requiere que el pacto regulador de las consecuencias económicas de la unión de hecho sea expreso. Esta Sala ha admitido los pactos tácitos, que se pueden deducir de los *facta concludentia*, debidamente probados durante el procedimiento (SSTS de 4 de junio de 1998 y 26 de enero de 2006). Por ello esta Sala ha entendido que se puede colegir la voluntad de los convivientes de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la convivencia siempre que pueda deducirse una voluntad inequívoca en este sentido. Las Sentencias de 21 de octubre de 1992, 27 de mayo de 1998 y 22 de enero de 2001 admiten que se pueda probar la creación de una comunidad por medio de los *facta concludentia*, que consistirá en la «aportación continuada y duradera de sus ganancias o de su trabajo al acervo común».

3.^o Sin embargo, no puede aplicarse por analogía la regulación establecida para el régimen económico-matrimonial porque al no haber matrimonio, no hay régimen (Sentencia de 27 de mayo de 1998). La consecuencia de la exclusión del matrimonio es precisamente, la exclusión del régimen. A pesar de ello, en los casos de la disolución de la convivencia de hecho, no se impone la sociedad de gananciales, sino que se deduce de los hechos que se declaran probados que hubo una voluntad de constituir una comunidad, sobre bienes concretos o sobre una pluralidad de los mismos.

4.^o Los bienes adquiridos durante la convivencia no se hacen comunes a los convivientes, por lo que pertenecen a quien los haya adquirido; sólo cuando de forma expresa o de forma tácita (por medio de hechos concluyentes) se pueda llegar a determinar que se adquirieron en común, puede

producirse la consecuencia de la existencia de dicha comunidad.

En esta línea incide la STS de 30 de octubre de 2008 para rechazar el derecho a la indemnización al constatar, desde consideraciones que parecen escritas para el caso de autos, la falta de constancia de un acuerdo de los convivientes, ya expreso, ya implícito, inferido de hechos concluyentes, que tuviese por objeto la constitución de un patrimonio común con los bienes adquiridos durante la convivencia, y la ausencia de un pacto regulador de las consecuencias de la ruptura de la pareja y la extinción de la unión de hecho. No existe en el caso de autos la debida constancia, pues, de la formación de un patrimonio común que deba liquidarse, resultado de un esfuerzo económico común, que se haya visto frustrado por la finalización de la convivencia, en perjuicio de uno de los convivientes sino que ambos mantuvieron su independencia en ese sentido, conservaron sus trabajos, y contribuyeron equilibradamente a sufragar los gastos propios de la convivencia.

En el mismo sentido se pronuncia también la STS de 19 de octubre de 2006 para denegar la indemnización desde razonamientos similares a los que concurren en el caso de autos. Esto es, actor y demandada durante la relación mantenida, no han adquirido bienes comunes, han mantenido sus patrimonios separados, para las obras de reforma de la casa la demandada obtuvo una financiación hipotecaria a título particular, ha aportado los materiales, ha contratado a trabajadores y para ahorrar costes o por propia voluntad del actor éste ha aportado su experiencia y trabajo a la realización de la misma especialmente durante el tiempo comprendido entre finales de septiembre a primeros de febrero que estuvo desempleado. Durante las etapas en que el actor carecía de ingresos la demandada atendió

parte de sus gastos mediante transferencia a su cuenta por valor de más de 9.000 euros y *a sensu contrario* cuando no dispuso de ingresos ésta fue el demandante el que atendió las necesidades financieras generadas para la reforma de la vivienda en cantidades próximas a los 6.000 euros, en cantidad total que no alcanza el 6%, ciertamente han puesto ambos, en común, su trabajo, ella dentro de las tareas domésticas y él las propias de su profesión, pero han carecido de toda voluntad de hacer comunes los bienes de uno y otro, hasta el punto que tan decisivo extremo ni siquiera se alega en la demanda y cuando lo ha intentado el actor, una vez concluida una buena parte de la reforma de la casería, la negativa ha sido tal que han puesto fin a la relación de pareja mantenida durante esos 6 años. No resulta pues aplicable la doctrina expuesta ni hay razón para reconocer, al margen de ello, un derecho de crédito basado en el enriquecimiento injusto –cuya invocación, además de constituir cuestión nueva, no resulta acreditado ni en el conjunto de toda la convivencia mantenida ni en particular desde la valoración del trabajo realizado–.

En este sentido los datos que trata de hacer valer el ahora recurrente para valorar su trabajo en la obra, son especulativos tanto en las horas de trabajo como en el precio; han sido matizados por una pericial sumamente imprecisa y sobre todo aparecen realizados desde una contribución voluntaria y gratuita orientada a servir de morada dentro de la relación afectiva finalmente frustrada que no hay mérito para entender merecedora de indemnización ni generadora de un derecho de crédito individualizado y al margen de toda valoración en el conjunto o en la globalidad de toda la relación mantenida por las partes, por lo que procede la desestimación de la demanda.

SUCESIONES

Procede la inclusión en el inventario particional del bien propuesto, al ser la única vía posible para llevar a cabo la partición hereditaria discutida. La Juez de instancia debe entrar en el fondo del asunto y determinar si el bien que se designa debe incorporarse o no al inventario.

AP SEVILLA, SEC. 6.ª, AUTO DE 16 DE ABRIL DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Ruperto Molina Vázquez

Se solicita la inclusión en el inventario de un bien inmueble, una plaza de garaje sita en Sevilla plaza dirección 000, núm. 000, y ello se deniega por la Juez de instancia por entender que los bienes del causal relicto ya quedaron determinados en sentencia, dejando a salvo el derecho que asiste a la

peticionaria, en el procedimiento que corresponda, para determinar la naturaleza ganancial o privativa del mismo.

Se formula el recurso, reiterando la petición y entendiendo que procede la incorporación en el inventario particional del bien propuesto, al ser la

única vía posible para llevar a cabo la partición hereditaria discutida, lo que es aceptado por el Tribunal en el sentido de que el procedimiento adecuado es la testamentaria y, por ello, la Juez de instancia

debe entrar en el fondo del asunto y determinar si el bien que se designa debe incorporarse al inventario no haciéndose pronunciamiento en las costas de la alzada.

OTRAS CUESTIONES

La necesidad de la enajenación no se ha acreditado, siendo significativo el argumento del Ministerio Fiscal en su informe, cuando aduce que a la incapaz le fueron adjudicadas en la partición de la herencia de su progenitora importantes sumas en metálico por lo que no parece indispensable la venta del inmueble para subvenir las necesidades de la incapaz.

AP GRANADA, SEC. 5.ª, AUTO DE 27 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José Maldonado Martínez

Instada en el presente expediente de jurisdicción voluntaria la enajenación de bienes de incapaces, sujetos a patria potestad prorrogada, se denegó la misma por no haberse acreditado la utilidad de la enajenación, ni el destino que se dará al precio de venta conforme al artículo 2014 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 –vigente al respecto–, alzándose contra ella el recurrente que entiende conculcado el artículo 216 de la LEC –que regula el principio de justicia rogada– en relación con el 208.2, que alude a la motivación de las resoluciones judiciales, aun cuando ha de entenderse conforme a la fundamentación del recurso que se denuncia error cometido por el juzgador de instancia al valorar las pruebas practicadas, dado que el recurrente entiende que se han acreditado los requisitos exigidos por la ley para otorgar la autorización interesada.

El Código Civil dispone en el artículo 166 que los padres (aun en el caso de prórroga por ministerio de la ley conforme al artículo 171 que es el caso) no podrán enajenar o gravar sus bienes inmuebles... sino por causas justificadas de necesidad o utilidad y previa la autorización del Juez del domicilio con audiencia del Ministerio Fiscal, a cuyo efecto se establece un procedimiento de jurisdicción voluntaria en los artículos 2011 y siguientes de la LEC de 1881, aun en vigor (Disposición Derogatoria Primera.1.ª de la vigente LEC), en el que, conforme al artículo 2012 se exige, además de la justificación de la necesidad y utilidad, que se exprese la finalidad a que debe aplicarse la suma que se obtenga.

En la petición inicial, aunque de forma un tanto confusa, parece deducirse que la finalidad de la enajenación de los bienes inmuebles de la incapaz, adquiridos por herencia de su madre, es la de asegurarle a ésta la continuidad en la asistencia al Colegio especial al que acude por su incapacidad y las prestaciones médicas y farmacéuticas necesarias. Sin

que ninguna justificación suponga para ello las afirmaciones de su progenitor en el escrito inicial sobre sus propias intenciones testamentarias respecto de su hija –mejorarla o que su herencia sea en efectivo metálico–, lo cierto es que ni se ha justificado la necesidad de dichas enajenaciones, ni mucho menos se puede considerar que actualmente tenga utilidad la venta.

Así, la necesidad de la enajenación no se ha acreditado, siendo significativo el argumento del Ministerio Fiscal en su informe, cuando aduce que a la incapaz le fueron adjudicadas en la partición de la herencia de su progenitora, importantes sumas en metálico por lo que no parece necesaria la venta para subvenir las necesidades de la incapaz. Y en cuanto a la utilidad, bastaría contemplar que se trata de bienes inmuebles que, al parecer, están arrendados (lo que parece deducirse del temor del peticionario a tener que solicitar autorización judicial para resolver los arriendos en su caso) para desestimar la solicitud, cuanto más que al ser inmuebles urbanos, la actual crisis del mercado inmobiliario desaconseja la venta, sin que tampoco se haya acreditado que los rendimientos actuales de tales bienes sean inferiores a los que produciría el metálico obtenido con la venta en la actual situación del mercado de capitales.

A mayor abundamiento, la información testifical es insuficiente, pues lo único que se desprende de la misma es que los tres testigos oídos afirman que conocen la solicitud de venta y sus circunstancias así como el bien que se pretende enajenar, pero nada señalan –ni se ha probado de otra manera– sobre la situación de apuro o insuficiencia de numerario que evidencie la necesidad o las circunstancias de coyuntura u oportunidad de la venta que justificaría la utilidad, de modo que la resolución recurrida debe ser confirmada con paralela desestimación del recurso.

OTRAS CUESTIONES

La competencia para el conocimiento del procedimiento de internamiento corresponde al Juzgado de Primera Instancia del domicilio del incapaz cuando se solicitó el internamiento, que fue el que lo autorizó.

AP ALICANTE, SEC. 5.ª, AUTO DE 20 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José Luis Úbeda Mulero

Como se decía en el Auto de esta misma Sección de 17 de noviembre de 2005, reiterado en los de 20 de septiembre de 2006, 20 de marzo de 2007 y otros posteriores, de conformidad con el artículo 52.1.5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los juicios en que se ejerciten acciones relativas a la asistencia o representación de incapaces, incapacitados o declarados pródigos, será competente el Tribunal del lugar en que éstos residan. En consonancia con dicho precepto, el artículo 763.1 dispone que el internamiento por razón de trastorno psíquico de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del Tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.

La Ley atribuye el seguimiento de la situación o evolución del incapaz al mismo Tribunal. Así lo dispone el artículo 763.4 al señalar que una vez autorizado el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al Tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el Tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente. Los informes periódicos serán remitidos cada seis meses, a no ser que el Tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior. Recibidos los informes, el Tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

Según esto, la Ley atribuye el seguimiento de la situación o evolución del incapaz al mismo Tribunal que dispuso su internamiento, lo que guarda conexión lógica con la norma del artículo 61 reguladora de la competencia funcional por conexión para conocer de las incidencias, atribuyéndola al Juez o Tribunal que tenga competencia para conocer del pleito principal y con el principio de la *perpetuatio iurisdictionis* que consagra el artículo 411 al disponer que las alteraciones que una vez iniciado el proceso se produzcan en cuanto al domicilio de las partes, la situación de la cosa litigiosa y el objeto no modificarán la jurisdicción y la competencia,

que se determinarán según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia.

En este último sentido se pronunció el Auto de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2004 al señalar, en el conflicto negativo de competencia planteado en expediente de autorización de presunto incapaz, que la prórroga de la litispendencia, dada la inicial competencia territorial asumida, obliga, conforme a los artículos 410 y 411 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a continuar con ella aunque se cambie el domicilio que provocó el fuero competencial durante los siguientes trámites del proceso. Éste es el criterio también mantenido en el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de septiembre de 1994, cuando en su fundamentación expresa que «... en principio la competencia para conocer del seguimiento corresponde al Juzgado que dictó la resolución autorizando el internamiento. Sin embargo, ocurre en la práctica que, por razones de índole administrativa, el internamiento tiene lugar en un centro que radica en una localidad perteneciente a un partido judicial distinto del que dictó la resolución. Es obvio que en tales casos se dificulta notablemente, o se puede hacer prácticamente imposible, un correcto seguimiento del internamiento por parte de quien lo acordó. Pensar para resolverlo en una posible “transmisión” del expediente carece de base legal. La única solución posible es, como ya advirtió uno de los informes del Ministerio Fiscal, recurrir al auxilio judicial. El seguimiento debe hacerse por el Juez del lugar del centro, y en caso de ser distinto del que autorizó el internamiento, éste exhortará a aquél con remisión de los particulares correspondientes (o fotocopia del expediente en lo que sea preciso) para que controle con plenas facultades la situación del incapaz, devolviendo el despacho cuando cese el internamiento o se traslade el enfermo a un centro sito en un partido judicial diferente...».

Más recientemente, el Tribunal Supremo, en Auto de 27 de marzo de 2006, siguiendo la doctrina sentada en otros de 30 de mayo de 2005 y 29 de octubre de 2003, establece que por respetables que sean otros criterios, no se comparte por

esta Sala la distinción entre Juez competente para acordar el internamiento y Juez competente para ratificarlo que se quiere advertir en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo el Juez que autorizó o ratificó el internamiento, según se haya dado uno u otro caso, el competente para ese control periódico. Además, en los procesos sobre la capacidad de las personas es constante criterio de esta Sala el mantenimiento de la competencia del Juzgado del lugar en que residiera la persona afectada, sin perjuicio de acudir en su caso a lo previsto en el artículo 269 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para la práctica de determinadas actuaciones en población distinta de su sede.

En el mismo sentido se ha pronunciado esta Sección, mediante las resoluciones antes dichas, incluso en el supuesto de que se solicite la autorización después del ingreso en centro de tercera edad y también si se solicita antes y después se ingresa en centro de otro partido judicial.

En atención a lo expuesto, debemos concluir que la competencia para el conocimiento del procedimiento de internamiento corresponde al Juzgado de Primera Instancia del domicilio del incapaz cuando se solicitó el internamiento, que fue el que lo autorizó en fecha 15 de julio de 2005.

OTRAS CUESTIONES

Desestimación de la demanda en la que se ejercía una acción de responsabilidad extracontractual frente a un letrado por no interponer la demanda de divorcio de su compañero sentimental, produciéndose posteriormente su fallecimiento lo que le impidió tener derecho a una pensión de viudedad.

AP ALICANTE, SEC. 9.^a, SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña Encarnación Caturla Juan

Siendo que ninguna de las partes pone en duda que nos encontramos ante un supuesto de acción de responsabilidad extracontractual, al no mediar contrato alguno entre las partes, en el que el plazo de prescripción es de un año de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1968.2.º del CC; se circunscribe la cuestión litigiosa en primer término a determinar la fecha en que se inicia el referido plazo de prescripción, esto es, el *dies a quo*. Así mientras que el juzgador de instancia en la resolución que se recurre fija el mismo en el momento en que el demandante supo de un hecho que le dañaba, que considera es anterior a la fecha en que planteó la queja colegial e incluso la demanda, y concretamente fija el mismo respecto de los daños morales en el momento del fallecimiento del causante (11 de febrero de 2004) y respecto de la pérdida de la pensión de viudedad en el momento de la resolución denegatoria de la Seguridad Social (notificada el día 23 de marzo de 2004); y considera prescrita la acción ejercitada, al haberse planteado la queja colegial el día 30 de mayo de 2005 y la presente demanda el día 20 de marzo de 2006. La parte demandante apelante entiende que el *dies a quo* del plazo prescriptivo tiene lugar cuando se le notifica a la actora la resolución sancionadora dictada por el Colegio de Abogados en el expediente sancionador (septiembre de 2005), pues entiende que es en ese

momento cuando la actora tiene cabal y completo conocimiento de la actuación de aquél.

La prescripción ha de ser justificada por quien la alegó, es decir, por el demandado que pretende hacerla valer como hecho excluyente de la pretensión del actor. Por tanto, los presupuestos para la aplicación han de ser justificados por quien actúa la prescripción como contraderecho frente a la acción afirmada por el demandante. A diferencia de ello, la interrupción de la misma, es decir, aquellos actos jurídicos a los cuales se concede fuerza interruptiva por la ley deberán ser probados por el actor como hecho obstativo frente a la excepción de prescripción extintiva alegada. El artículo 1969 del CC dispone que «El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse»; no obstante, tratándose de responsabilidad extracontractual como ahora nos ocupa el último párrafo del artículo 1968 del CC dispone que «Prescriben por el transcurso de un año: (...) 2.º La acción para exigir la responsabilidad civil por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902, desde que lo supo el agraviado». Como recoge las SSTs de 21 de marzo de 2005 y 13 de febrero de 2007, este precepto viene a susti-

tuir la referencia abstracta de ejercicio del artículo 1969, por un criterio subjetivo; en consecuencia como acertadamente señala el juzgador de instancia el *dies a quo* debe ser fijado en la fecha en que supo el agraviado de la existencia del daño (STS de 6 de marzo de 2003).

Y siendo que en el presente caso la pretensión de la demandante se funda en la imposibilidad de obtener una pensión de viudedad de la seguridad social y la causación de unos daños morales, por haberse producido el fallecimiento de su compañero y padre de su hijo con anterioridad a poder contraer matrimonio, al no haber obtenido aquél el divorcio, lo que imputa a la falta de diligencia del letrado demandado por retraso en la presentación de la demanda de divorcio; se ha de concluir que la demandante era conocedora por tanto del daño que pretende y que imputa a la negligencia del le-

trado, en el momento en que falleció su compañero sin haber obtenido la sentencia de divorcio, respecto de los daños morales, y en el momento en que le fue notificada la resolución de la Seguridad Social denegatoria de la prestación interesada, fechas muy anteriores incluso a la queja presentada ante el Colegio de Abogados, queja cuyo motivo fue precisamente el daño que a su entender le causó el retraso en la presentación de la demanda de divorcio y que motivó que no hubiese podido contraer nupcias con anterioridad al fallecimiento. Sin que se pueda confundir como hace el apelante entre el conocimiento del daño y la causa que lo motivó y que imputa en el presente caso al demandado. Por lo que, efectivamente, se ha de entender prescrita la acción ejercitada. Ello hace innecesario entrar a conocer de las restantes alegaciones vertidas en el recurso de apelación.

CUESTIONES PROCESALES

Ineficacia del informe psicológico elaborado a instancia de la madre y sin la intervención del padre. Posible vulneración del Código Deontológico de la psicóloga al emitir conclusiones que afectarían a la capacidad e idoneidad del padre.

JUZGADO DE 1.ª INSTANCIA NÚM. 7 DE SEVILLA, SENTENCIA DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 2009

Magistrado-Juez: Ilmo. Sr. don Francisco Serrano Castro

El contencioso planteado entre ambos progenitores litigantes se ha originado a raíz de que mantienen discrepancias en relación a la modalidad del ejercicio de autoridad parental sobre su hija común, Josefa, nacida el 29 de junio de 2002 fruto de su unión extramatrimonial, sin que ni siquiera hubiera existido situación de convivencia estable de la pareja. Esa pretensión, por tanto, se articula por los cauces procesales previstos en el artículo 770.6.^a al versar el proceso exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados en su nombre.

Pues bien, teniendo en cuenta que, en todo caso, y por encima de los intereses de los progenitores, ha de prevalecer el de su hija, quien tiene derecho a ser feliz y mantener una saludable y armónica vinculación emocional y afectiva tanto con su padre como con su madre, en el presente caso se ha de partir de que inicialmente los posicionamientos de ambos parecían irreconciliables y separados por un abismo de incomprensión, in-comunicación y desconfianza. En lo que respecta a la madre su actitud y planteamiento inicial, su propuesta de plan de parentalidad se limitaba a pretender imponer a padre e hija un régimen restringido que no incluía la pernocta, proponiendo un acercamiento escalonado y ello pese a que la niña contaba ya con 6 años de edad y existía una precedente relación paterno-filial fluida, habitual, constante y beneficiosa para la niña. El padre había sido un importante e imprescindible referente de apego para la menor, surgiendo el conflicto y las desavenencias a consecuencia de un desencuentro de opinión entre los progenitores, a partir de cuyo momento la Sra. (...) unilateralmente decidió que su hija pasase en compañía de su padre sólo las tardes después de las clases extraescolares su-

pliéndola mientras ella trabajaba. Esa actitud encontró *ad hoc* el refrendo de un informe psicológico en la que la profesional escogida se limitaba a reproducir los intereses e intenciones de su cliente, y ello pese a contar tan sólo con una información sesgada pues en su valoración ni siquiera se tomó en consideración la posibilidad de entrevistarse y contar con los datos que pudiera aportar el padre, con quien ni siquiera intentó contactar (como ella misma reconoció en el acto de la vista de medidas provisionales). Pese a todo, en ese informe se emiten conclusiones contundentes que afectarían a la capacidad e idoneidad del Sr. (...), pues se afirma, por ejemplo, que el mismo «manifiesta criterios y fundamentos educativos diferentes a los de doña (...), siendo éstos poco comprendidos a veces por la niña, que los rechaza y que percibe en el padre que son elementos de obligación y presión hacia ella, generando tensiones en la niña». A la vista de ello, la psicóloga se atreve a realizar recomendaciones, entre las que, cómo no, se encontraba suspender las pernoctas hasta que (...) manifieste menos temor a dormir en casa de su padre.

Por contra, la actitud y planteamiento del padre, desde un principio, ha sido la de intentar implicarse e involucrarse activamente en los cuidados, atención y ejercicio de funciones nutritivas sobre su hija, justificando que goza de disposición y predisposición para compartirlas plenamente con la madre. En consonancia al informe pericial aportado por la demandante, se adjunta junto a su escrito de contestación otro informe, en el que el profesional tampoco contó con la información y valoración de la Sra. (...), mas a diferencia de la otra perito de parte, consta que se intentó realizar una exploración psicodiagnóstica de doña (...) a quien se remitió un burofax con fecha

13 de enero de 2009, requiriendo su colaboración (folio 9 del informe). En las conclusiones del informe, a diferencia también del anterior, no se emiten conclusiones y recomendaciones que enjuicien la capacidad e idoneidad de la no explorada, pues se limita a la evaluación psicológica del Sr. (...), quien se afirma que disfruta de una adecuada salud psicológica y que dispone de habilidades parentales para el cuidado y atención de su hija menor.

Por consiguiente, se ha de concluir en lo que atañe a dichos informes, que el primero ha incurrido en graves infracciones del Código Deontológico del Colegio de Psicología, más aun cuando se ha pretendido hacer valer su eficacia en un proceso judicial, por lo que se dará traslado del mismo a dicho Colegio para depuración de posibles responsabilidades.

GUARDA Y CUSTODIA

Distribuido el tiempo de convivencia entre ambos progenitores, se acuerda aperturar una cuenta común en la que ambos padres ingresarán 250 euros mensualmente y que estarán destinados al pago del colegio y libros.

JUZGADO DE 1.ª INSTANCIA NÚM. 7 DE SEVILLA, SENTENCIA DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 2009

Magistrado-Juez: Ilmo. Sr. don Francisco Serrano Castro

Ante esos planteamientos iniciales, se alzó un primer pronunciamiento judicial recaído en la pieza separada de Medidas Provisionales, Auto de fecha 3 de abril de 2009, en el que a falta de otros elementos objetivos de juicio y ante las pruebas e indicios de que ambos progenitores disponían de capacidad, idoneidad y habilidades parentales, que la niña no experimentaba rechazo alguno contra el padre, con quien mostraba claras muestras de aprecio, cariño y ni mucho menos experimentaba miedo o temor a dormir en su domicilio, en su propia habitación perfectamente adaptada para ella, se acordó un régimen de custodia exclusiva pero con un amplio régimen de visitas y contacto de Josefa con su padre, puesto que como se expresaba en esa resolución: «El Sr. (...) no se puede convertir en una persona que dependa para ser padre de la voluntad de la madre, quien se habría arrogado el pleno ejercicio de la patria potestad, relegándole a un papel secundario y limitado, a modo de canguro de su hija por las tardes, cuando el horario comercial de la madre impide su atención directa».

Afortunadamente, y gracias a un mérito y buena voluntad que se reconoce en ambos progenitores, con posterioridad a dicho Auto de Medidas Provisionales, la distancia e incomunicación entre ambos se ha ido reduciendo, repercutiendo en una sustancial mejora de las relaciones recíprocas con la menor, quien ha ganado en seguridad, confianza, estabilidad y reducción, por no decir eliminación, de cualquier atisbo de conflicto de lealtades.

La niña actualmente es feliz, se siente contenta en casa de su padre, participando incluso en la decoración de su habitación. Un padre que le dedica

todas las tardes por participar en su educación, en sus juegos y enseñarle francés. Un padre que pese a ser vegetariano (lo que causaba preocupación a la madre) respeta la dieta y pautas alimenticias de su hija. Un padre que este verano ha disfrutado junto a la niña, viajando con ella a Francia para que conociera al resto de su familia extensa, lo que ha motivado el beneficio añadido de que (...) sea en la actualidad prácticamente bilingüe, comunicándose en francés con su padre con habitualidad y soltura.

La niña actualmente es también feliz con su madre, quien ha visto reducido su grado de desconfianza inicial (quizás atizado por el contenido de un lamentable informe psicológico) hacia el padre. Ahora no tiene reparos en reconocer que el Sr. (...) es un buen padre. Ha permitido que éste disfrute con su hija del día de su cumpleaños, en casa de la propia madre, ha evitado entorpecer la relación y comunicación de la niña con su padre y por último, ha llegado incluso a cambiar su horario de trabajo, pues se ha contratado a una dependienta, para que ella por las tardes también tenga disponibilidad para atender a su hija.

Ese cambio de actitud llevó a que, incluso, en el acto del juicio se felicitara a ambos por el esfuerzo realizado en el interés común de procurar la felicidad de su hija.

Ése es el contexto familiar que se ha de tener en consideración a fin de adoptar la medida más adecuada sobre la modalidad de ejercicio de autoridad parental. Un contexto en el que también se ha de destacar la proximidad del domicilio de ambos progenitores (apenas distantes 500 metros),

y en el que ha apartado una indudable aportación clarificadora el contenido del informe emitido por el Equipo Psicosocial de fecha 13 de julio de 2009, en el que literalmente se concluye:

«Este Equipo considera tras el estudio realizado, que cada progenitor ofrece un entorno social y familiar seguro y afectivo adecuado para la estancia de la menor.

Observamos también que ambos progenitores exhiben un buen bagaje de recursos que pueden facilitar una buena comunicación entre ellos y que garantiza también que la menor se encuentre debidamente atendida.

No encontramos por último, ningún inconveniente para el establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida».

Nos encontramos por tanto en una situación ideal y absolutamente favorable para acordar un régimen de guarda y custodia compartida, fundándola en que sólo de esta forma, en el presente caso, se protege de forma más adecuada el interés superior del menor (artículo 92.8.º del Código Civil). Existe también informe favorable del Ministerio Fiscal a esa modalidad, sin perjuicio de que su graduación y determinación se reflejará en la parte dispositiva de esta resolución, y teniendo en cuenta que precisamente a preguntas del propio Ministerio Público, en el acto de la vista, la Sra. (...) manifestó que, en todo caso, aun sin reconocer esa preferencia, de adoptarse la custodia compartida prefería que fuera compartiendo y repartiendo el tiempo y los días de la semana y no de forma rotativa por períodos de estancia con cada progenitor.

Ese régimen conllevará un reparto también de los períodos vacacionales por mitad, sin alternar las estancias, puesto que consta que el padre aprovecha ese tiempo para trasladarse con la niña a Francia para estar con su familia. Igualmente ese régimen conllevará que cada progenitor asuma los gastos ordinarios destinados a la alimentación de su hija (incluido calzado, vestido y gastos de ocio) durante los períodos que se encuentre en compañía de uno u otra.

Al margen de ello, ambos deberán abrir una cuenta mancomunada (a fin de controlar la disposición de reintegros) en la que cada uno ingresará una cuantía mensual de 250 euros, cantidad proporcionada a sus respectivos recursos económicos y las necesidades de la menor (artículo 146 del Código Civil). De esa cuenta se detraerá lo necesario para pagar los gastos del Colegio Privado al que lleva acudiendo (...) desde hace cuatro años, entendiendo que resultaría perjudicial para la niña un cambio de Centro escolar, en el que se encuentra perfectamente integrada y con un entorno de ami-

gos y amigas que a la niña dolería perder. No sería excusa para ello que el padre alegue que la niña se matriculó en un centro privado sin su consentimiento y que él hubiera preferido un Colegio Público. Tras cuatro años se estima que su pretensión, aun cuando legítima, resulta extemporánea, entendiendo que en el ejercicio de la patria potestad cabe que un progenitor preste un consentimiento tácito a las decisiones adoptadas por el otro.

Con la cantidad restante, es decir, 75 euros de septiembre a junio y los 500 euros íntegros en julio y agosto, ya que el Colegio privado importa una cuantía mensual de 425 euros, se atenderán los gastos de libros, material escolar, actividades extraescolares y otros de naturaleza extraordinaria y que resulten excepcionales, imprevisibles y no periódicos. En caso de que estos gastos superen el importe de lo ingresado en la cuenta mancomunada, ambos progenitores los asumirán en una proporción del 50% consensuando previamente la necesidad del desembolso.

Las medidas que se acuerdan en la sentencia son las siguientes:

1.º Ambos progenitores asumirán el pleno y conjunto ejercicio de la patria potestad sobre su hija bajo una modalidad de autoridad parental de CUSTODIA COMPARTIDA, que se desarrollará de la siguiente manera:

– (...) permanecerá con su padre los fines de semana alternos desde el viernes a la hora de salida del colegio, recogiéndola en el Centro Escolar (de ser festivo a las 14:00 horas en el domicilio materno) hasta el lunes en que la reintegrará en el mismo centro a la hora de entrada de clase (de ser festivo a las 10:00 horas en el domicilio materno). La niña permanecerá en compañía de su padre los martes, recogiendo en el colegio a la salida de clase (a las 14:00 horas en el domicilio materno de coincidir en festivo) hasta el miércoles en que la reintegrará al centro escolar (de ser festivo a las 10:00 horas en el domicilio materno). La niña permanecerá con su padre las tardes de los jueves hasta la mañana del viernes en la forma indicada.

– El resto del tiempo, fuera del tiempo extraordinario de vacaciones, la menor permanecerá en compañía de su madre, es decir, fines de semanas alternos desde el viernes al lunes, en la forma y horarios indicados y tardes-noches de lunes y miércoles en la forma y horarios también indicados sólo que la recogida y entrega se efectuará en el domicilio paterno de coincidir esos días en festivo.

– (...) permanecerá con uno y otro progenitor durante la mitad íntegra de las vacaciones de Navidad, Semana Santa, Feria de Sevilla y Verano. En caso de discrepancia en los años pares el primer

período le correspondería a la madre y el segundo período en los años impares, y a la inversa en lo que respecta al padre. El régimen ordinario de custodia compartida intersemanal, se iniciará al término de cada período de vacaciones, comenzando la estancia de fines de semana con el progenitor que no haya estado con la niña durante la segunda estancia vacacional.

2.º Ambos progenitores asumirán los gastos ordinarios de alimentos de su hija durante los períodos que se encuentre en su compañía, incluyendo calzado, vestido y gastos de ocio.

Al margen de ello, ambos habrán de aperturar una cuenta corriente mancomunada en la que dentro de los cinco primeros días de cada mes ingresarán una suma de 250 euros para hacer frente a los gastos del colegio privado donde estudia la niña y gastos de libros, material escolar, actividades extraescolares y otros de naturaleza extraordinaria que resulten excepcionales, imprevisibles y no periódicos. En caso de que esos gastos superen el importe de lo ingresado en la cuenta mancomunada, ambos progenitores los asumirán en una proporción del 50%, consensuando previamente la necesidad del desembolso.

GUARDA Y CUSTODIA

La mala relación entre los progenitores y la elevada conflictividad judicial de la pareja no debe implicar sin más que deba rechazarse el sistema de custodia compartida cuando su implantación resulta más beneficiosa para los menores.

JUZGADO DE 1.ª INSTANCIA NÚM. 3 DE GRANOLLERS, SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 2009

Magistrada-Juez: Ilma. Sra. doña Erika Ávila Martín

Entrando en el examen de las cuestiones planteadas, indicar en cuanto a la guardia y custodia de los menores, que tras la ruptura del matrimonio, ambos progenitores solicitan la custodia de los menores, y subsidiariamente el demandado interesa la custodia compartida, y en atención a la naturaleza de la cuestión de que se trata, ha de partirse del hecho que, en todas aquellas materias en las que se ven implicados menores, ha de considerarse como principio básico que el interés de éstos debe presidir cualquier resolución al respecto, en concordancia con el principio *favor minoris* consagrado en el artículo 39 de nuestra Constitución, así como en la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, sobre Protección Jurídica del Menor, y sancionado por diversos convenios internacionales, como la Declaración de Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1959, la resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas de 29 de mayo de 1967, y la Convención del Consejo de Europa de 1980 sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de guarda de niños. En suma, es el *favor filii* el que ha de inspirar la adopción de cualquier medida atinente a los hijos menores de edad, principio a tener en cuenta, con mayor intensidad si cabe, cuando las medidas a acordar son de las que afectan de modo directo a las relaciones de los menores con sus progenitores (guarda y custodia, régimen de visitas), ya

que son dichas medidas las que van a permitir la creación de lazos de afectividad que contribuirán de modo decisivo a la configuración del carácter y personalidad del menor. Indicar igualmente que el artículo 82.2 la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia dispone que «a la hora de decidir sobre el cuidado de los hijos y demás aspectos a que se hace referencia en el artículo 76, la autoridad judicial ha de tener en cuenta preferentemente el interés de los hijos y, antes de resolver, ha de oír a los de doce años o más, y a los de menos, si tienen suficiente conocimiento», y, si bien resulta claro que en determinados supuestos los deseos de los menores deben ser respetados y protegidos, no cabe olvidar tampoco que los intereses del menor deben prevalecer sobre sus deseos cuando éstos sean contrarios a los primeros, procediendo su respeto cuando ambos (intereses y deseos), sean compaginables y, ante estas circunstancias, resulta obligado señalar que no cabe trasladar en ningún momento el conflicto de lealtades a los menores y que el interés del menor, como principio básico para delimitar la atribución de la custodia a uno u otro progenitor, no puede sustentarse exclusivamente en la voluntad del mismo, toda vez que, tanto por su corta edad, como por su falta de experiencias vitales, tienen una personalidad todavía inmadura y fácilmente influenciada por circunstancias subjetivas externas y por impulsos egoístas de bienestar o comodidad a corto plazo.

Partiendo de las consideraciones expuestas, indicar que, como ya se expuso en el auto de medidas provisionales, del material probatorio que consta en las actuaciones, fundamentalmente del interrogatorio de las partes practicado en el acto de la vista, resulta acreditado que sin perjuicio de la intervención que el Sr. (...) ha tenido en el cuidado y educación de los hijos del matrimonio durante la duración del mismo, lo cierto es que la Sra. (...) ha tenido una dedicación exclusiva a la familia, al ser un hecho pacíficamente admitido entre los litigantes que a partir de los dos años de edad del hijo mayor, la Sra. (...) dejó de trabajar, hecho que permite inferir, como así también se desprende de la exploración de los menores practicada en sede de medidas provisionales, que la figura materna constituye un importante punto de referencia para ambos menores, extremo que desaconseja la atribución de la guarda y custodia con carácter exclusivo al Sr. (...).

Cuestión distinta es la relativa a la custodia compartida solicitada con carácter subsidiario por el Sr. (...), así, como señala la SAP de Barcelona, Sec. 12.^a, de 21 de febrero de 2007, «la custodia compartida, tal como ha dicho esta Sala en diversas sentencias, es una modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la pareja, en la que tanto el padre como la madre están capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro (...). Así, deben analizarse la disponibilidad de tiempo de uno y otro progenitor para dedicarlo a los hijos; el aseguramiento de la estabilidad del menor en relación con la situación precedente, procurando la continuidad en el entorno; las relaciones con la familia extensa, el colegio, los amigos o la ciudad o barrio; cuál de los progenitores ofrece mayor garantía para que la relación con el otro progenitor se desarrolle con normalidad; el rol de dedicación a los hijos de uno y otro progenitor en la etapa de convivencia anterior a la separación; la garantía del equilibrio psíquico del menor, para que no se vea afectado por desequilibrios graves que afecten a uno de los progenitores, en su caso; la constancia de que queda deslindada la idoneidad de la custodia, con el interés por la obtención de réditos materiales indirectos, no confesados, como el uso de la vivienda o la percepción o ahorro de pensiones».

En esta materia, en relación con las ventajas e inconvenientes que ofrece la custodia compartida, cabe citar la SAP de Barcelona, Sec. 18.^a, de 20 de

febrero de 2007, según la cual: «será de sentar y expresar cuáles son las ventajas e inconvenientes de la institución conocida como custodia compartida. Así, empezando por estos últimos, es de destacar como tales, la posible inestabilidad de los menores producida por los continuos cambios de domicilio; los problemas de integración o adaptación a los nuevos núcleos familiares que se vayan creando; y las dificultades para unificar criterios en las cuestiones más cotidianas de la vida de los menores. En cuanto a sus ventajas o beneficios, realmente, son mayores y superiores a aquéllos, ya que con la custodia compartida: a) se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática; b) se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono; sentimiento de lealtad; sentimiento de culpa; sentimiento de negación; sentimiento de suplantación; etcétera; c) se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres frente a los hijos; e) se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo, además, con ello, una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos; f) no se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores; g) hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional, con lo que se evitan de esta manera dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, pues en ocasiones el dolor y vacío que produce una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo o hija que se convierte así en la única razón de vivir de un progenitor, y h) los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte asimismo en un modelo educativo de conducta para el menor».

Y respecto al carácter excepcional de la custodia compartida, señalar que esta visión se ha ido superando en los últimos tiempos al introducirse la idea de coparentalidad o corresponsabilidad

parental como la más adecuada para el desarrollo del menor, debiendo traerse a colación, como exponente de este último criterio la SAP de Barcelona, Sec. 18.ª, de 11 de febrero de 2009, que dice que «la colaboración de ambos progenitores en la formación integral de los menores es esencial para un desarrollo armónico de la personalidad de los hijos, les aporta seguridad y aumenta su confianza y al tiempo permite una mayor fluidez de las relaciones familiares evitando ese aspecto tan negativo que suele producirse cuando uno de los progenitores se ve obligado a asumir la práctica totalidad del aspecto controlador y disciplinar frente al otro progenitor que puede permitirse una mayor flexibilidad y condescendencia. En este sentido se está produciendo una tendencia clara hacia el sistema de guarda compartida. La más reciente reforma de nuestros legisladores va encaminada en el sentido de promover la custodia compartida y la más reciente jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya sigue esta doctrina: nada hay más conveniente para los hijos que mantener la misma vinculación, a todos los efectos, con ambos progenitores. Pero a pesar de que en principio nada hay mejor para los hijos que poder conseguir que ambos progenitores, padre y madre, en igualdad de condiciones y respetándose mutuamente, ejerzan de forma compartida la custodia de sus hijos, pues a fin de cuentas ésta sería la situación ideal y más parecida a la convivencia familiar que mitiga los efectos más negativos de la ruptura de la unidad familiar al posibilitar que los hijos se puedan sentir más seguros arropados por ambos progenitores, no en todos los supuestos es posible acordar esta medida sino que cada supuesto debe ser tratado según las circunstancias concurrentes. No siempre y en todos los casos es más favorable al menor que los padres ostenten una custodia compartida, sino que ello depende en gran medida, aparte de otras consideraciones de tipo material, de su actitud no sólo frente al hijo sino también respecto al otro progenitor. Es fundamental que padre y madre sean capaces de mantener una comunicación frecuente y fluida porque son muchas y diarias, las pequeñas incidencias que se plantean en la vida cotidiana y que han de resolverse rápida y eficazmente. Para el menor, el enfrentamiento constante, el conflicto y el menosprecio de una u otra figura constituyen un motivo de infelicidad. Es por ello que se hace siempre hincapié en la conveniencia de que los padres acepten mantener un canal de comunicación que facilite el diálogo y les permita compartir las necesidades del hijo».

Aplicando al supuesto enjuiciado las consideraciones jurisprudenciales expuestas, ponderando la edad de los menores (...) y (...), actualmente de 15 y 12 años de edad, el horario laboral del Sr. (...), quien

en el acto de la vista afirmó que «ahora dispone de más tiempo para estar con sus hijos», aportando en el acto de la vista certificado de la empresa «...» en la que se indica que su horario laboral es de 10 a 14 horas, la proximidad del lugar de residencia de ambos progenitores, en concreto, del domicilio del Sr. (...) con el colegio de ambos menores, y con especial consideración, la expresa voluntad de los dos menores de permanecer el mismo tiempo con ambos progenitores, hecho incluso reconocido por la Sra. (...) en el acto de la vista, llegando incluso a manifestar la menor (...) en la exploración judicial practicada en el procedimiento de medidas provisionales seguido ante este mismo Juzgado que «echa de menos a su padre y le gustaría pasar el mismo tiempo con los dos», procede establecer un régimen de custodia compartida de los menores entre ambos progenitores.

En este sentido indicar que, si bien no se desconoce la existencia de conflictividad entre los dos progenitores, hecho expuesto no sólo por ambas partes en el interrogatorio practicado en el acto de la vista, sino también incluso por los dos menores en la exploración judicial practicada, así como por la excesiva judicialización de las relaciones entre los progenitores con respecto a los períodos del régimen de visitas acordado en los autos de medidas provisionales, y denuncia ante el Juzgado de Violencia de Género, recayendo Sentencia absolutoria de fecha 22 de abril de 2009, tal y como se acredita con la aportación de la misma en el acto de la vista a instancia de la parte demandada, conflictividad que ha llevado a varias Audiencias Provinciales a rechazar este tipo de custodia, entre otras, AP de Córdoba, Sec. 2.ª, en Sentencia de 24 de abril de 2006, AP de Gerona, Sec. 1.ª, en Sentencia de 3 de noviembre de 2006, AP de León, Sec. 3.ª, en Sentencia de 13 de octubre de 2006, AP de Madrid, Sec. 22.ª, en Sentencia de 24 de octubre de 2006, entre otras; no obstante, como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 31 de julio de 2008 «tampoco es adecuada en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento —nosotros mismos nos pronunciamos en tal sentido en la STSJ 2/2007, de 26 de febrero—, en cuyo caso la ponderación de los intereses en juego, en especial los del niño, debe ser extremadamente cuidadosa y subordinada a la protección jurídica de la persona y de los derechos de personalidad de los menores afectados (ATC 336/2007, de 18 de julio); 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 (artículo 79.2 del CF). En este sentido, deben celebrarse algunas soluciones adoptadas por nuestras Audiencias Provinciales (Sentencia APB 18.ª, 131/2008, de 21 de febrero)».

En consecuencia, a pesar de ser un hecho evidente la mala relación existente entre los progenitores, ello no debe implicar sin más, tal y como se expone por el TSJ de Cataluña en la sentencia anteriormente transcrita, que deba rechazarse el sistema de custodia compartida cuando su implantación resulta más beneficiosa para los menores, pues cualquier grado de conflictividad no puede constituir un óbice para ello, máxime teniendo en cuenta que ante todo debe primar el interés superior de los hijos, y en ningún momento se ha puesto de manifiesto, ni mucho menos probado, que el sistema de custodia compartida pueda llegar a afectar la estabilidad de ambos menores, ni su desarrollo físico y psíquico. Por el contrario, de la exploración judicial practicada se evidencia que si bien son plenamente conscientes de la situación de conflicto existente entre sus progenitores, ello no ha repercutido en el estado emocional de los menores, no constatándose ningún síntoma de ansiedad o nerviosismo al respecto, apreciándose que se trata de dos menores alegres, con un adecuado grado de madurez en atención a su edad y con un buen rendimiento escolar, no constatándose tampoco un conflicto de lealtades en favor de uno u otro progenitor, en efecto, a pesar de conocer la relación existente entre sus progenitores, manifestaron de forma clara y precisa su voluntad de permanecer el mismo tiempo con los dos, sin evidenciarse por otro lado influencia alguna por parte de los progenitores, debiendo destacarse igualmente que ya en el auto de medidas provisionales se acordó un amplio régimen de visitas a favor del padre consistente en fines de semana alternos desde el jueves a la salida del colegio, hasta el lunes en que el progenitor no custodio debía reintegrar a los menores al colegio, precisamente con la finalidad de valorar la viabilidad de un sistema de custodia compartida, régimen de visitas que si bien dio lugar a cierta conflictividad entre las partes litigantes en cuanto al inicio de los períodos de las vacaciones escolares, no obstante, no ha afectado, pues ni siquiera se ha

puesto de relieve por ninguna de las partes litigantes, a la dinámica diaria de los dos menores, ni lo que es más importante, a la estabilidad de los mismos, que es precisamente lo que conlleva la necesidad de establecer un sistema u otro; estimándose por tanto, en atención a la edad de los menores, los cuales se encuentran en el período de adolescencia, por lo que los cambios de *status* de vida con uno u otro progenitor no afectan al desarrollo de su personalidad en la misma medida que puede afectar a niños de corta edad, teniendo en cuenta igualmente la proximidad de residencias de los progenitores y horario laboral, lo cual procura una continuidad en el entorno de los menores, en relación tanto con el colegio, como actividades extra-escolares, amistades y relaciones familiares, y fundamentalmente por resultar beneficioso para ambos menores al objeto de garantizar la presencia de ambos progenitores y evitar situaciones de manipulación por parte de los padres frente a sus hijos, que el sistema de custodia compartida es el más adecuado por las circunstancias concurrentes.

Finalmente señalar que, salvo mejor acuerdo entre los progenitores, el sistema de custodia compartida se llevará a cabo por semanas alternas desde el viernes a la salida del colegio hasta el viernes siguiente a la entrada del centro escolar, y en caso de no ser lectivo, hasta las 10 horas, en el domicilio de cada uno de los progenitores, tal y como se interesa por la parte demandada, no obstante, y con referencia al período vacacional de verano, el sistema propuesto en el escrito de contestación consistente en quincenas alternas según el cuadro que se detalla, no se estima adecuado, por tanto, y al objeto de evitar conflictos con el inicio y finalización de los períodos vacacionales de verano, y salvo que medie mejor acuerdo entre las partes litigantes, los períodos de vacaciones de verano se dividirán en dos períodos, consistentes en los meses de julio y agosto, de tal forma que los menores permanecerán un mes con cada uno de los progenitores, correspondiendo a la madre elegir el mes en los años pares y al padre en los impares, manteniéndose durante los restantes meses el sistema de custodia por semanas alternas, debiendo respetarse en cualquier caso las colonias a las que acuden los menores durante el período estival.

Revista de Derecho de

familia

RESOLUCIONES DE LA DGRN

RESOLUCIONES DE LA DGRN

VIVIENDA FAMILIAR

Establecido en el convenio regulador de un divorcio que la esposa quedará como propietaria de la vivienda familiar y a cargo de los hijos menores y podrá vender tal vivienda siempre que, al adquirir otra lo haga por partes iguales para ella y los hijos, no necesita el concurso del padre para la compra de la nueva vivienda, con objeto de controlar si la adquirida es aquélla a la que se refiere el convenio.

RESOLUCIÓN DE 8 DE JUNIO DE 2009

El problema que plantea el presente recurso consiste en dilucidar si, establecido en el convenio regulador de un divorcio que la esposa quedará como propietaria de la vivienda familiar y a cargo de los hijos menores y podrá vender tal vivienda siempre que, al adquirir otra lo haga por partes iguales para ella y los hijos, necesita el concurso del padre para la compra de la nueva vivienda, con objeto de controlar si la vivienda adquirida es aquélla a la que se refiere el convenio, es decir, consecuencia de la venta de la vivienda familiar. El convenio se testimonia en la escritura, y en ésta se hace constar que la compra se realiza según lo establecido en la sentencia de divorcio.

La recurrente estima que el consentimiento del padre se prestó por anticipado en el convenio regulador, por lo que ella no hace sino cumplir una obligación que asumió en tal convenio, y, por tanto se trata de la ejecución de un acto debido, no necesitándose en consecuencia nuevo consentimiento de su ex marido.

El recurso ha de ser estimado, y ello por las siguientes razones:

a) El Registrador exige una prueba concluyente de carácter público, consistente en demostrar que es el dinero de la venta anterior el que se emplea ahora como si se tratara de destruir una presunción legal, que no existe en absoluto;

b) Este tipo de pactos es uno de los que dan razón de ser al convenio regulador, pues permite actuar a uno de los cónyuges (precisamente el que tiene la custodia de los hijos) sin necesidad de obtener el consentimiento del otro, que por ello se presta anticipadamente;

c) En el mismo Convenio se contiene otra garantía para que el padre y los hijos no puedan ser defraudados, y es la notificación posterior de la venta y la compra realizadas; por ello, tal notificación posterior está presuponiendo que no hará ninguna falta que vuelva a prestar consentimiento. En consecuencia, bastará con exigir la práctica de tal notificación, sin que sea necesario un posterior consentimiento.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

En un procedimiento de ejecución de títulos judiciales en el que se embarga un bien ganancial habiendo fallecido uno de los cónyuges basta con que el juez dé por acreditado quiénes son los herederos, por haberse presentado el libro de familia y la certificación negativa del Registro de Actos de Última Voluntad, no siendo necesario designar un representante legal para la herencia yacente, como exige el Registrador.

RESOLUCIÓN DE 9 DE JUNIO DE 2009

El único problema que se plantea en el presente recurso consiste en dilucidar si, en un procedi-

miento de ejecución de títulos judiciales en el que se embarga un bien ganancial habiendo fallecido

uno de los cónyuges basta con que el juez dé por acreditado quiénes son los herederos, por haberse presentado el libro de familia y la certificación negativa del Registro de Actos de Última Voluntad, o es necesario designar un representante legal para la herencia yacente, como exige el Registrador.

Como ha dicho anteriormente este Centro Directivo, es cierto que la ejecución judicial no debe quedar expuesta a la posible inactividad de los herederos del ejecutado, pero sería excesivo imponer al ejecutante la carga del nombramiento de administrador judicial o de la declaración de herederos

ab intestato. Por ello, el artículo 540.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al tratar de la sucesión en los juicios de ejecución establece que se presenten al Juez «los documentos fehacientes en que aquélla –la sucesión– conste. Si el Tribunal los considera suficientes a tales efectos, procederá, sin más trámites a despachar la ejecución» y del apartado 3 del mismo artículo se deduce que es el Juez el competente para tener o no por acreditada la sucesión. En consecuencia, han de considerarse suficientes los documentos aportados, ya que el Juez así los ha estimado, para acceder a la práctica de la anotación.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Desde la entrada en vigor de la Ley 10/2007, de Régimen Económico-Matrimonial Valenciano, para la inscripción de una escritura de compraventa, ya no es suficiente manifestar el estar casados en régimen de gananciales, sino que debe hacerse constar expresamente si el régimen de gananciales es el legal.

RESOLUCIÓN DE 15 DE JUNIO DE 2009

En el presente recurso debe decidirse si es inscribible una escritura, otorgada en Valencia, en la que determinados compradores se limitan a expresar que su régimen económico-matrimonial es el de gananciales, o si, como exige la Registradora en su calificación, es necesario indicar expresamente si aquél es el régimen legal supletorio.

Uno de los rasgos distintivos de nuestro Derecho civil ha sido, históricamente, la diversidad legislativa que, precisamente en los últimos tiempos, se ha incrementado, como lo demuestra la aprobación de la Ley de la Comunitat Valenciana 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico-Matrimonial Valenciano (vigente, como consecuencia del Auto del Tribunal Constitucional de 12 de junio de 2008 –BOE del día 30 del mismo mes– que levantó la suspensión que de su entrada en vigor inicialmente había decretado dicho Tribunal).

Por otra parte, son cada vez más frecuentes los cambios de residencia que, con el transcurso del tiempo, pueden comportar un cambio de vecindad civil. Este cambio no implica en nuestro ordenamiento la modificación del régimen económico-matrimonial, que continuará siendo el legal supletorio que en su día correspondiera, atendidas

las normas que disciplinan los conflictos de Derecho interregional, o el pactado en su momento en capítulos matrimoniales, los cuales –sean éstos ante o postnupciales–, se regulan reconociendo una amplia libertad a los otorgantes a la hora de establecer su régimen económico-matrimonial.

El régimen económico-matrimonial de gananciales puede ser el régimen legal supletorio, en defecto de capítulos, cuando así lo determine la aplicación de las normas de Derecho interregional, o uno de los posibles regímenes convencionales. Y, si bien es cierto que en muchos casos no es tarea sencilla el determinar cuál es el régimen legal supletorio, es necesario que el notario, en cumplimiento de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autoriza, a la hora de redactar el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes –que deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico–, despliegue la mayor diligencia al reflejar en el documento autorizado cuál es el régimen económico-matrimonial que rige entre los esposos. En tal sentido, establece el artículo 159 del Reglamento Notarial que si dicho régimen fuere el legal bastará la declaración del otorgante,

lo cual ha de entenderse en el sentido de que el notario, tras haber informado y asesorado en Derecho a los otorgantes, y con base en las manifestaciones de éstos (que primordialmente versan sobre datos fácticos como su nacionalidad o vecindad civil al tiempo de contraer matrimonio, su lugar de celebración o el de la residencia habitual y la ausencia de capítulos –cfr. artículos 9.2 y 16.3 del Código Civil–), concluirá que su régimen económico-matrimonial, en defecto de capítulos, será el legal supletorio que corresponda, debiendo por tanto hacer referencia expresa a tal circunstancia –el carácter legal de dicho régimen– al recoger la manifestación de los otorgantes en el instrumento público de que se trate, especialmente en supuestos como el presente en el que el régimen expresado –de gananciales– no es el legal supletorio en el lugar del otorgamiento. De este modo, quedan suficientemente cubiertas, fuera del proceso, las necesidades del tráfico jurídico.

Por lo demás, el criterio anteriormente expuesto tiene una clara confirmación en el último párrafo del apartado quinto del citado artículo 159 del Reglamento Notarial, que, al referirse al posible régimen económico-matrimonial de origen capitular, establece que el notario «identificará la escritura de capitulaciones y en su caso, su constancia registral, y testimoniará, brevemente, el régimen acreditado, salvo que fuere alguno de los regulados en la ley, en que bastará con hacer constar cuál de ellos es». Y es que no tendría sentido que si, en este supuesto, el notario debe precisar el tipo elegido entre los posibles regímenes convencionales, no haya de hacer una precisión equivalente –la relativa a su carácter legal– cuando tal régimen derive de la aplicación de las normas que disciplinan los posibles conflictos de Derecho interregional, desvaneciendo así toda posible duda sobre origen legal o convencional del régimen económico-matrimonial reseñado en la escritura.

SUCESIONES

Aunque al tratarse de una aceptación pura y simple de la herencia es necesaria la autorización judicial previa por aplicación del artículo 271.4 del CC, procede la inscripción de una escritura por la que la tutora de una persona incapacitada judicialmente formaliza la liquidación de la sociedad conyugal, la aceptación y la adjudicación de herencia causada por los padres de la tutelada, ya que dicha adjudicación hereditaria fue posteriormente objeto de aprobación judicial.

RESOLUCIÓN DE 4 DE JUNIO DE 2009

En el supuesto del presente recurso se pretende la inscripción de una escritura por la que la tutora de una persona incapacitada judicialmente formaliza la liquidación de la sociedad conyugal, la aceptación y la adjudicación de herencia causada por los padres de la tutelada. Dicha adjudicación hereditaria ha sido objeto de aprobación judicial.

La Registradora de la Propiedad se niega a practicar la inscripción porque, a su juicio, al tratarse de una aceptación pura y simple de la herencia, es necesaria la autorización judicial previa por aplicación del artículo 271.4 del Código Civil.

Como alega el recurrente, esta Dirección General, en Resolución de 25 de abril de 2001, ya se pronunció sobre una cuestión idéntica a la ahora debatida.

Ciertamente, el artículo 271.4 del Código Civil, con independencia de la realización simultánea o posterior de la adjudicación o partición del caudal relicto, establece que el tutor necesita autorización judicial para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia a la que esté llamado el tutelado. Además, el artículo 272 del mismo Código dispone que una vez realizada la partición hereditaria, requerirá la aprobación judicial

El distinto tratamiento legal de la aceptación de herencia y la partición del caudal relicto es coherente con la diversa naturaleza y alcance de ambos actos. Piénsese en la responsabilidad *ultra vires* que el primero implica conforme al artículo 1911 del Código Civil, de no procederse a la separación patrimonial de las masas que se produce como consecuencia del beneficio de inventario.

Mas, en el presente caso y atendidas las concretas circunstancias concurrentes, así como la intervención judicial posterior por la que se aprueba la actuación de la tutora respecto de la forma en que se ha aceptado y adjudicado la respectiva herencia de los padres de la tutelada, debe considerarse válida la aceptación realizada y producidos los efectos del beneficio de inventario en favor del tutelado,

de suerte que las consecuencias de la inobservancia por el tutor del requisito legal debatido han de quedar limitadas al ámbito de la responsabilidad de dicho representante legal por incumplimiento de los deberes inherentes al ejercicio de su cargo (así resulta de la interpretación finalista y sistemática de los artículos 233, 271.4, 272 y 279 del Código Civil).

Revista de Derecho de

familia

SECCIÓN PRÁCTICA

Modificaciones de la LEC en los procesos de familia

El legislador nos tiene acostumbrados a modificaciones legislativas cuando menos se lo espera uno. Con ocasión de la reforma de la oficina judicial nos ha sorprendido con la modificación de diversos artículos que afectan al derecho de familia y que en principio no estaban llamados a su reforma ya que se trataba simplemente —lo que no es poco— de introducir cambios en el funcionamiento de los juzgados potenciando la figura del Secretario Judicial y creando servicios comunes. Pero, bienvenidas sean todas las modificaciones que contribuyan a despejar dudas interpretativas y sirvan para evitar criterios dispares en las resoluciones judiciales, aunque, como ya nos tiene habituados el legislador actual, todo nuevo precepto deja abiertas vías de interpretación.

Analicemos detenidamente estos cambios que, salvo lo dispuesto en materia de depósitos para recurrir, entrarán en vigor el próximo día 4 de mayo de 2010.

1. Gastos extraordinarios

En el artículo 776 de la LEC se incluye un cuarto párrafo: «Cuando deban ser objeto de ejecución forzosa gastos extraordinarios, no expresamente previstos en las medidas definitivas o provisionales, deberá solicitarse previamente al despacho de ejecución la declaración de que la cantidad reclamada tiene la consideración de gasto extraordinario. Del escrito solicitando la declaración de gasto extraordinario se dará vista a la contraria y, en caso de oposición dentro de los

cinco días siguientes, el Tribunal convocará a las partes a una vista que se sustanciará con arreglo a lo dispuesto en los artículos 440 y siguientes y que resolverá mediante auto».

¿Qué pasaba hasta ahora en materia de ejecución de gastos extraordinarios? Pues sencillamente que existían juzgados que despachaban ejecución dineraria directamente con independencia de que en el convenio regulador o en la sentencia se especificasen qué gastos tenían carácter extraordinario; de que simplemente se indicase con carácter genérico que ambos progenitores contribuirán al 50% al pago de los gastos extraordinarios, o que no se indicase nada al respecto. Esto planteaba un problema evidente y es que se impedía el debate en torno a qué gastos tienen o no carácter extraordinario, o se trasladaba al incidente de oposición a la ejecución con las dificultades de encaje de un pronunciamiento declarativo en fase de ejecución. No obstante, como pasa siempre, el legislador se queda corto, pues también debería haber formado parte del debate declarativo si ha existido o no el consentimiento expreso o tácito del otro progenitor, porque si limitamos el objeto litigioso sólo a si el gasto es o no extraordinario, habrá que decidir después en un incidente de ejecución si hubo consentimiento del otro progenitor, y aquí nos encontraremos con el problema de la limitación de las causas de oposición a la ejecución de resoluciones judiciales, y además, y esto es lo importante, obligaremos a las partes a pasar por dos incidentes, uno el declarativo y otro el incidente de ejecución, cuando en la fase declarativa podrían

resolverse todas las cuestiones, y luego, dependiendo del pronunciamiento estimatorio o desestimatorio, la ejecución dineraria no encontraría grandes obstáculos.

Así pues, salvo que expresamente esté especificado en la sentencia que un gasto determinado tiene carácter extraordinario, en cuyo caso podrá acudir directamente a la demanda de ejecución dineraria, en el resto de casos, cuando se reclamen gastos extraordinarios será necesario tramitar esta nueva fase declarativa. Ahora bien ¿qué pasará si forman parte de la reclamación tanto las pensiones como los gastos extraordinarios? Parece que lo razonable será despachar ejecución dineraria por las pensiones impagadas y abrir el incidente declarativo por los gastos extraordinarios, y resuelta la fase declarativa, si se estima la reclamación, podrá ampliarse la ejecución dineraria.

Es preciso advertir que para la apertura de esta fase declarativa es requisito imprescindible que el demandado se oponga a la reclamación de gastos extraordinarios dentro del plazo de cinco días desde el siguiente en el que se le notificó el escrito de la contraparte. Si formula oposición (no dice el precepto si debe estar o no fundada) el Tribunal convocará a las partes a una vista que se sustanciará con arreglo a lo dispuesto en los artículos 440 y siguientes de la LEC. De lo anterior extraemos dos conclusiones: una, que el señalamiento de la vista no es facultativo para el Tribunal (a diferencia de lo que sucede con los incidentes de ejecución), y dos, que la remisión al artículo 440 de la LEC y no al 443 de la LEC exige tener en cuenta que será de aplicación lo indicado en dicho precepto, es decir: «La vista no se suspenderá por inasistencia del demandado y se advertirá a los litigantes que han de concurrir con los medios de prueba de que intenten valerse, con la prevención de que si no asistieren y se propusiere y admitiere su declaración, podrán considerarse admitidos los hechos del interrogatorio conforme a lo

dispuesto en el artículo 304. Asimismo, se prevendrá a demandante y demandado de lo dispuesto, en el artículo 442, para el caso de que no comparecieren a la vista. La citación indicará también a las partes que, en el plazo de los tres días siguientes a la recepción de la citación, deben indicar las personas que por no poderlas presentar ellas mismas, han de ser citadas por el tribunal a la vista para que declaren en calidad de partes o de testigos. A tal fin, facilitarán todos los datos y circunstancias precisos para llevar a cabo la citación».

2. Conclusiones al finalizar los juicios verbales

La reforma que analizamos ha introducido un apartado segundo en el artículo 753 de la LEC con la siguiente redacción: «En la celebración de la vista de juicio verbal en estos procesos y de la comparecencia a que se refiere el artículo 771 de la presente ley, una vez practicadas las pruebas el Tribunal permitirá a las partes formular oralmente sus conclusiones, siendo de aplicación a tal fin lo establecido en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 433».

Aunque algunos juzgados, practicada la prueba, concedían un trámite de conclusiones, la gran mayoría de ellos prescindían de este trámite. Cuando entre en vigor la reforma, se tratará de un trámite obligatorio. Teniendo en cuenta la referencia que se hace en este precepto tanto al juicio verbal como a la comparecencia prevista en el artículo 771 de la LEC, las conclusiones se efectuarán tanto en el juicio verbal como en las comparecencias de medidas previas y provisionales.

3. Audiencia de los menores

En el apartado 4.º del artículo 770 se cambia la siguiente frase: «Cuando hubiere hijos menores o incapacitados, se les oirá si tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, si fue-

ren mayores de doce años», por la siguiente: «Si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años».

Con esta reforma se quiere precisar que en los procedimientos de mutuo acuerdo no será preceptiva la audiencia de los hijos menores, y respecto a los contenciosos, en consonancia con lo establecido en el artículo 92 del CC, sólo se practicará la exploración de los menores cuando «se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor». En este sentido hay que recordar la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de junio de 2009 que no encontró ninguna vulneración de derechos fundamentales porque el menor no fuese explorado por el Juez.

4. Ratificación del mutuo acuerdo

Como indicamos al principio, en multitud de ocasiones, el legislador siembra duda en la redacción de algunos preceptos. Y éste es el caso de la reforma del apartado 3.º del artículo 777 de la LEC que pasará a tener la siguiente redacción: «Admitida la solicitud de separación o divorcio, el Secretario judicial citará a los cónyuges, dentro de los tres días siguientes, para que se ratifiquen por separado en su petición. Si ésta no fuera ratificada por alguno de los cónyuges, el Secretario judicial acordará de inmediato el archivo de las actuaciones, quedando a salvo el derecho de los cónyuges a promover la separación o el divorcio conforme a lo dispuesto en el artículo 770. Contra esta resolución del Secretario judicial podrá interponerse recurso directo de revisión ante el Tribunal».

Como puede intuirse, la duda que suscita su redacción es ante quién se ratifican los

cónyuges, ante el Secretario judicial o ante el Juez. Ni la redacción anterior del artículo 777 de la LEC era precisa en esta cuestión ni la reformada tampoco. Por tanto, tendremos que seguir a expensas del criterio que mantengan cada uno de los juzgados.

5. Liquidación de gananciales y partición de herencia

En el artículo 784 de la LEC, se reforma el apartado 4.º que pasará a tener la siguiente redacción: «Será aplicable al contador designado por sorteo lo dispuesto para la recusación y provisión de fondos de los peritos».

Con la reforma queda meridianamente claro que los contadores partidores puede solicitar provisión de fondos. Hasta ahora existían juzgados que negaban esta posibilidad por carecer de cobertura legal.

6. Las nuevas funciones del Secretario judicial

La nueva configuración de la oficina judicial, como no podía ser de otro modo, pone al Secretario judicial como director del procedimiento, pasando a ser competencia suya la admisión de las demandas, la citación a vista o juicio, los requerimientos a las partes, etc. Además también se le atribuyen facultades decisorias que hasta ahora estaban reservadas al Juez y así, por ejemplo, el artículo 776.I.º pasa a tener la siguiente redacción: «Al cónyuge o progenitor que incumpla de manera reiterada las obligaciones de pago de cantidad que le correspondan podrán imponérsele por el Secretario judicial multas coercitivas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 711 y sin perjuicio de hacer efectivas sobre su patrimonio las cantidades debidas y no satisfechas».

Tras la entrada en vigor veremos que muchas providencias pasan a ser diligencias y que muchos autos se transformarán en Decretos del Secretario judicial.

7. Depósito para recurrir

Como no salen las cuentas de la justicia, se ha introducido en el reforma un nuevo gravamen para los usuarios de la Administración de Justicia. En efecto, en la Disposición Adicional Decimoquinta se establece la obligación de constituir un depósito para interponer un recurso de reposición, apelación, casación, revisión o rescisión de sentencia firme.

La cuantía del depósito será de 25 euros para la interposición de recursos contra resoluciones dictadas por el Juez o Tribunal que no pongan fin al proceso ni impidan su continuación. En cambio se eleva a 50 euros cuando se trata del recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal, casación, revisión o rescisión de sentencia firme.

Expresamente se indica que «el depósito únicamente deberá consignarse para la interposición de recursos que deban tramitarse por escrito», es decir, que quedan excepcionados los recursos que se interponen de forma oral.

No tienen la obligación de efectuar los depósitos para recurrir ni el Ministerio Fis-

cal ni los litigantes que tengan reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita (esta última cuestión se indica en la Instrucción 8/2009 del Ministerio de Justicia).

Teniendo en cuenta que es preceptiva la constitución del depósito se indica en la citada Disposición Adicional que «No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido». No obstante, hay que indicar que la falta de constitución del depósito es un acto subsanable y así en el apartado 7.º de la Disposición Adicional se indica que «Si el recurrente hubiera incurrido en defecto, omisión o error en la constitución del depósito, se concederá a la parte el plazo de dos días para la subsanación del defecto, con aportación en su caso de documentación acreditativa».

Como se trata simplemente de un depósito, si el recurso es estimado total o parcialmente, se procederá a su devolución a la persona que lo constituyó. Si se desestima el recurso, el Secretario judicial dará al depósito el destino legal, que no es otro que «sufragar los gastos correspondientes al derecho a la asistencia jurídica gratuita y a la modernización e informatización integral de la Administración de Justicia».

Casos prácticos

1 PENSIÓN ALIMENTICIA

En el procedimiento de divorcio se fijó la misma pensión de alimentos que en el procedimiento de separación. ¿Ha de entenderse que no se tienen en cuenta las actualizaciones desde que se fijó aquélla, sino que será actualizable la cuantía desde la sentencia de divorcio?

Con carácter previo hay que indicar que este tipo de pronunciamiento requiere una petición de aclaración de sentencia, ya que una cosa es indicar que se mantienen las mismas medidas que se acordaron en la sentencia de separación y otra muy distinta incluir en el fallo de la sentencia de divorcio que se fija una pensión alimenticia de la misma cuantía que la establecida en la sentencia de separación. Si no se pidió la aclaración, estamos ante una cuestión interpretativa. La SAP de Barcelona, Sec. 12.^a, en su supuesto similar entendió que «El uso de la expresión “Se mantiene la misma pensión” puede suscitar dudas respecto a si ha de partirse para las actualizaciones de pensión desde la fecha de la sentencia de separación o del convenio regulador que en la misma se aprobó o, por el contrario, desde la fecha de la sentencia de primera instancia, aquí apelada. Aunque la sentencia utiliza el verbo mantener en otros pasajes, aquí entenderemos que la suma fijada es 601,01 euros actuales, es decir, actualizables desde la fecha de la sentencia recurrida. De ese entendimiento partiremos para considerar la posición de la apelante».

2 GUARDA Y CUSTODIA

¿El fracaso escolar de los hijos menores de edad justifica en todo caso el cambio de custodia para comprobar si la alternativa del otro progenitor puede solucionar el problema?

En estos casos, el cambio de custodia exige analizar el motivo del fracaso escolar, y aunque bien es cierto que pueden confluir diversas circunstancias, lo determinante para el cambio de custodia es que se acredite la desatención del progenitor custodio y que ésta es la causa fundamental del trabajo. Paralelamente, también deberá tenerse en cuenta la alternativa real de cambio que pueda ofrecer el otro progenitor.

3 CONVENIO REGULADOR

¿Sería válida la siguiente cláusula: «La pensión compensatoria queda condicionada a que el esposo venga a mejor fortuna, producido dicho evento se procederá a su determinación»?

Hay que tener presente que lo determinante para el establecimiento de la pensión compensatoria es que quede constatado en el momento del cese de convivencia que existe un desequilibrio económico entre ambos cónyuges. Precisamente por ello, hay que

entender que esta cláusula carecería de eficacia dado que de ella se deduce que no existe desequilibrio económico en ese momento, y los cambios de fortuna posteriores ninguna trascendencia deben tener en relación con la pensión compensatoria. Este criterio fue el seguido por la SAP de Málaga, Sec. 5.^a, en su Sentencia de 24 de mayo de 2004.

4 VIVIENDA FAMILIAR

Tras la crisis de pareja, ambos cónyuges fijaron su residencia en un domicilio independiente otorgándose la custodia al padre. Con el transcurso del tiempo la madre solicitó el cambio de custodia, a lo que accedió el juzgado, y ahora ha interpuesto una nueva demanda de modificación solicitando que se le atribuya el uso de la que fue vivienda familiar y que actualmente no está siendo utilizada por nadie. ¿Puede prosperar esta petición?

Entendemos que no, dado que al haber perdido la vivienda el carácter de familiar con el transcurso del tiempo como consecuencia de no ser utilizada por ningún miembro del grupo familiar, ya no resulta de aplicación la normativa contenida en el artículo 96 del CC. No obstante, sí cabría la posibilidad de que, en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales, si es que la vivienda tiene carácter común, se solicitase dentro de las normas de administración la concesión del uso hasta tanto concluyan las operaciones liquidatorias.

5 EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

¿Puede inadmitirse una demanda de exequátur en base a la falta de competencia territorial del Juzgado?

Las normas generales que sobre competencia territorial se contienen en los artículos 50 y siguientes de la LEC admiten con carácter general que los fueros competenciales establecidos en la ley pueden ser modificados en virtud de sumisión de las partes. Así el artículo 54, bajo la rúbrica general de «carácter dispositivo de las normas sobre competencia territorial» dispone que las reglas legales atributivas de la competencia territorial sólo se aplicarán en defecto de sumisión expresa o tácita de las partes a los tribunales de una determinada circunscripción, exceptuándose las reglas establecidas en los números 1.º y 4.º a 15.º del apartado 1 y en el apartado 2 del artículo 52 y las demás a las que las leyes establezcan expresamente carácter imperativo. Se hace extensivo igualmente la prohibición de la sumisión expresa o tácita a los asuntos que deban ventilarse por juicio verbal. El caso que examinamos, esto es, el exequátur de una sentencia de divorcio dictada por un tribunal extranjero, no tiene encaje en ninguno de los distintos supuestos del artículo 52 exceptuados de sumisión, ni en ningún otro precepto procesal, pues tampoco nos encontramos en el ámbito de los procedimientos especiales regulados por el título 1 del libro IV de la LEC. Así pues, aunque no existiera vinculación de la sentencia de divorcio citada con el partido judicial donde se presenta la demanda de ejecución nos encontramos con el supuesto de sumisión tácito previsto en el artículo 56.1 de la LEC para el demandante y habría que esperar a la postura de demandado para determinar sobre la competencia territorial.

6 UNIONES DE HECHO

¿Puede tramitarse en nuestro país una demanda de adopción de medidas paterno-filiales respecto de un menor de nacionalidad polaca que reside en aquel

país con los abuelos maternos aunque ambos progenitores residan en España?

Establece el artículo 8 del Reglamento de la UE núm. 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental que «los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional». Es decir, se establece con carácter general el domicilio del menor para establecer la competencia. Por otro lado, hay que tener en cuenta que el artículo 22.2 y 3 de la LOPJ establece, con carácter general, que en el orden civil los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes, cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los Juzgados o Tribunales españoles, así como cuando el demandado tenga su domicilio en España, y el siguiente apartado en defecto de los criterios procedentes destaca y dispone la misma competencia en materia de fijación y de relaciones paterno-filiales, cuando el hijo tenga su residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España. Por tanto, los juzgados y tribunales españoles carecen de jurisdicción o competencia internacional para conocer de esta demanda.

7 CUESTIONES PROCESALES

Estando en trámite unas diligencias previas iniciadas por denuncia de la madre contra el padre por supuestos abusos sexuales frente al hijo menor, la madre solicita en un procedimiento de modificación de medidas la privación de la patria potestad. ¿Existe algún tipo de interconexión entre ambos procedi-

mientos que justifique la suspensión del procedimiento civil?

Desde luego, para la privación de la patria potestad será necesario conocer si realmente llegaron o no a producirse los abusos sexuales, decisión que sólo podrá adoptarse en la jurisdicción penal. En consecuencia, deberá acogerse la excepción de prejudicialidad penal suspendiéndose el procedimiento de modificación de medidas hasta tanto recaiga resolución firme en el procedimiento penal.

8 CUESTIONES PROCESALES

Habiendo decidido la hija trasladarse a convivir con el padre, con ocasión de oponerse éste a la demanda de ejecución por impago de pensiones alimenticias, ha solicitado que, por vía del artículo 91 del CC, se acuerde el cambio de custodia en fase de ejecución. ¿Puede admitirse esta petición?

Entendemos que no, dado que la posibilidad de que, conforme a lo previsto en el artículo 91 del CC, puedan modificarse en proceso de ejecución las medidas acordadas previamente en sentencia de separación o divorcio, ha quedado cercenada por virtud de lo dispuesto en el artículo 774, números 3 y 4, y Disposición Derogatoria Única, punto 3, de la LEC en relación a lo prevenido por el artículo 2 del CC.

9 EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Al carecer el padre de empleo fijo, ha sido imposible ejecutar la sentencia de divorcio en la que se establecía una pensión alimenticia para los hijos menores de edad. La madre ha tenido co-

nocimiento de que el padre va a recibir una indemnización como consecuencia de un accidente de circulación y ha solicitado el embargo para el pago de las pensiones adeudadas hasta la fecha, pero ¿puede pedir el embargo para asegurar el pago de las pensiones futuras?

Efectivamente, la posibilidad de adoptar medidas cautelares para garantizar la prestación de alimentos de los hijos menores está reconocida con carácter general en el artículo 158 del CC cuando señala que el Juez puede dictar las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo en caso de incumplimiento de este deber por sus padres. Ello no es más que un corolario de lo que con carácter general preceptúa el artículo 148.3 del CC en materia de alimentos, cuando dispone que «el Juez (...) ordenará con urgencia las medidas cautelares oportunas para asegurar los anticipos que haga una entidad pública u otra persona y proveer a las futuras necesidades». Por su parte, el artículo 93 del CC, en sede de crisis matrimonial y sin hacer distinciones entre hijos mayores y menores, atribuye al Juez facultades para adoptar las medidas convenientes para asegurar la efectividad de las prestaciones a las circunstancias y necesidades económicas de los hijos en cada momento.

IC REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Los cónyuges establecieron régimen de separación de bienes en el año 1993. En el año 1997 compraron una vivienda con garaje y trastero manifestándose en las escrituras públicas que las adquisiciones lo eran para la sociedad conyugal. ¿A quién pertenecen realmente los bienes?

Preceptúa el artículo 1278 del Código Civil que los contratos son obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se celebren, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez. De acuerdo con lo que tiene declarado el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 15 de noviembre de 1980, el mandato del artículo 1281 del Código Civil ordena al intérprete, cuando no exista duda sobre la intención de los contratantes, estar al sentido literal de las cláusulas, y según sus términos claros —cuando éstos lo sean efectivamente— y sólo si ello no ocurriera así, deberá investigar la intención de las partes, es decir, lo efectivamente querido, y hacer prevalecer ésta sobre las meras palabras o expresiones para lo cual el Código Civil ofrece la regla establecida en el siguiente artículo 1282, o sea, la del camino o vía para llegar a la determinación del sentido real o de lo verdaderamente querido por los contratantes, que es la de atender principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato (a lo que la doctrina legal añade los anteriores). Consecuentemente, para que procediera de modo automático o al menos con escasísimas dudas la aplicación del artículo 1281 del Código Civil, sería preciso que tanto la expresión escrita de las cláusulas contractuales como los actos de realización o cumplimiento del programa contractual fueran absolutamente inequívocos, llanos y sin ninguna contradicción entre unos y otros, es decir, no susceptibles de provocar dudas, reservas de significado o, como ahora se dice, no admitir la posibilidad de diversas «lecturas», con distintas posibilidades de realización práctica.

En base a lo anterior, no podemos sino interpretar la voluntad de las partes en el sentido de que el 50% indiviso de los bienes lo eran para el patrimonio privativo de cada uno de ellos, lo cual no es incompatible con el hecho de que el régimen convenido fuera el de separación de bienes.

II REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

En un solar propiedad privativa del esposo se construyó un inmueble que, tras celebrarse el matrimonio, sirvió como sede de un negocio de carácter ganancial cuya explotación se prolongó durante más de veinticinco años. Teniendo en cuenta que al montarse el negocio se hicieron numerosas obras de adaptación cuyo importe fue muy superior al valor del terreno, ¿puede considerarse que tienen carácter ganancial tanto el negocio como el solar y la edificación?

No. El hecho de que luego en el edificio se haya instalado y ejercido una actividad ganancial no cambia el carácter privativo del inmueble. Las obras de mejora y conservación no pueden cambiar tampoco la calificación de dicho bien, sin perjuicio del derecho de reembolso que proceda a favor de la sociedad de gananciales.

I2 VIVIENDA FAMILIAR

Si ninguna de las partes ha solicitado la limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda a favor de la esposa ¿puede el tribunal de oficio fijar un plazo para ese derecho de uso?

Entendemos que no, ya nos encontramos ante decisiones que se mueven en el plano económico o patrimonial, que es de libre disposición por las partes. En consecuencia, y sin perjuicio de la posterior modificación de medidas solicitada por alguna de las partes, el derecho de uso debe fijarse, por ahora, sin limitación temporal alguna.

I3 EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Teniendo en cuenta que la madre y los hijos han trasladado su residencia a otra ciudad sin el consentimiento del padre, éste viene descontando de la pensión alimenticia que mensualmente ingresa en la cuenta bancaria de la madre la mitad de los gastos que le supone el desplazamiento quincenal para el cumplimiento del régimen de visitas habiendo opuesto esta excepción a la demanda de impago de pensiones presentada por la madre. ¿Puede prosperar esta causa de oposición?

Aunque es cierto que en casos como el presente existen resoluciones judiciales que imponen al progenitor custodio el abono de la mitad de los gastos de desplazamiento del progenitor para el cumplimiento del régimen de visitas, también lo es que nos encontramos en un proceso de ejecución en el que no se puede discutir la procedencia de dicha obligación, sin perjuicio de que pueda ello ventilarse en el procedimiento que corresponda.

I4 REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Con motivo de iniciarse los trámites de la liquidación de la sociedad de gananciales, la esposa ha tenido conocimiento de ciertas actividades ilícitas realizadas por su marido en relación con los bienes gananciales que prácticamente ha dejado sin patrimonio a la sociedad, procediendo de forma inmediata a formular la correspondiente denuncia. ¿Puede solicitarse la suspensión del procedimiento de liquidación por prejudicialidad penal?

Efectivamente, siendo necesario determinar la disposición ilícita de bienes realizada por el esposo para conformar el inventario de la sociedad de gananciales, es procedente la aplicación del artículo 40 de la LEC y en consecuencia la suspensión del procedimiento liquidatorio hasta que recaiga resolución firme en el proceso penal.

15 PENSIÓN ALIMENTICIA

En la demanda de modificación de medidas solicitando el aumento de la pensión alimenticia se pide por la parte actora que la nueva pensión que se fije en sentencia tenga efectos desde la interposición de la demanda por aplicación de lo dispuesto en el artículo 148 del CC. ¿Puede admitirse esta tesis?

Entendemos que no, dado que tanto la doctrina como la jurisprudencia descarta la operatividad del artículo 148 del CC en supuestos en que ya había recaído una resolución judicial anterior concediendo al alimentista una pensión.

16 GUARDA Y CUSTODIA

En la demanda de divorcio la esposa solicitó que se atribuyera a ella la guarda y custodia de los dos hijos menores de edad, petición a la que no se opuso el esposo en su escrito de contestación a la demanda. ¿Puede este último modificar su petición en el acto de la vista y solicitar la custodia compartida?

Por mucho que se trate de una medida de *ius cogens* o derecho necesario sobre la que debe pronunciarse el tribunal con independencia de lo que soliciten las partes, hay que

entender que en el escrito de contestación a la demanda quedan definitivamente fijadas (salvo que se produzcan hechos nuevos) las pretensiones del demandado. En consecuencia, no puede ser atendida la petición que se realiza en el acto del juicio ya que ello produciría indefensión a la parte actora dado que toda la prueba se ha articulado en función de las causas de oposición esgrimidas por el demandado.

17 VIVIENDA FAMILIAR

Interpuesta demanda de divorcio por el esposo, la esposa no contestó a la demanda siendo declarada en rebeldía. Tras serle notificada la sentencia ha interpuesto un recurso de apelación solicitando la atribución del uso de la vivienda familiar para ella y para sus hijos (todos mayores de edad). ¿Puede admitirse su petición?

Teniendo en cuenta que la esposa no contestó en tiempo a la demanda, por lo que fue declarada en rebeldía, es indudable que precluyó el momento procesal en que podía haber hecho la petición de que se le atribuya el uso de la vivienda, por lo que no es posible atribuirle un uso del domicilio no solicitado, ya que, al no haber hijos menores de las partes que precisen de especial protección, este pronunciamiento es de justicia rogada, y además no puede ser considerada en fase de apelación al constituir una petición formulada *ex novo*.

18 REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Después de haber fallecido la esposa se concierta un contrato privado de compraventa entre el esposo y un tercero

respecto de un inmueble que pertenece a la sociedad posganancial, dándose la circunstancia de que los hijos son aún menores de edad. ¿Tiene validez esta venta?

Estando disuelta la sociedad de gananciales, hasta que se proceda a su liquidación hay que entender, como reiteradamente ha señalado el Tribunal Supremo, que estamos en presencia de una comunidad posganancial que se rige por las normas de la comunidad ordinaria. En consecuencia, para disponer de un bien será necesario el consentimiento de todos los comuneros (artículo 399 del CC), que en este caso no consta. En consecuencia, la venta, aunque es válida, ya que en nuestro derecho se permite la venta de cosa ajena, cuando se tenga que cumplir la obligación, otorgándose la escritura pública para transmitir la propiedad, ello no será posible, lo que provocará la correspondiente declamación de daños y perjuicios por parte del comprador.

10 PENSIÓN COMPENSATORIA

Tras dictarse sentencia de divorcio en la que se fijó una pensión compensatoria para la esposa, el ex esposo contrae un segundo matrimonio, dándose la circunstancia de que posteriormente fallece nombrando a su nueva esposa usufructuaria de los bienes de la herencia y a los hijos del primer matrimonio nudos propietarios. La primera esposa reclama el pago de la pensión compensatoria a la segunda. ¿Puede prosperar esta petición?

Aunque el artículo 101 del CC dispone que «El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor», la demanda reclamando el pago de la pensión compensatoria deberá dirigirse contra

los herederos del causante, condición que concurre únicamente en los hijos, y no en la viuda puesto que ella no tiene la cualidad de heredera sino únicamente de usufructuaria, y precisamente por ello, a diferencia de los herederos, no es deudora personal de las cargas y obligaciones de la herencia, por no subrogarse en ellas, extremo que se encargó de precisar con rotundidad la importantísima (por ser de las pocas que existen) Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1963.

20 EJECUCIÓN DE SENTENCIA

En el convenio regulador se estableció como índice de actualización los aumentos del sueldo del obligado a su pago. Teniendo conocimiento la esposa de que aquél además del sueldo percibe otros ingresos procedentes de rentas de inmuebles, pretende que la pensión se actualice en función de todo el incremento patrimonial. ¿Puede admitirse esta tesis?

La interpretación que están haciendo nuestros tribunales de cláusulas de contenido similar a la presente es que es obligado diferenciar el término «ingreso», que incluye todo el caudal económico, del término «sueldo», que es la retribución de carácter regular por el desempeño del trabajo, y en esos términos deberá interpretarse la cláusula, es decir, que el aumento de la pensión lo será en proporción a los incrementos del sueldo pero no de todos sus ingresos.

21 REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

En la escritura de constitución del préstamo hipotecario otorgada constante el

matrimonio se incluye una mención al carácter privativo del inmueble. Con el tiempo, cuando surge la crisis de pareja y se inicia la liquidación de la sociedad de gananciales, el esposo pretende con base en lo establecido en el artículo 1324 del CC que se excluya el inmueble del activo al tener carácter ganancial por confesión de privatividad. ¿Puede admitirse esta tesis?

La cuestión jurídica que se plantea es la aplicación del artículo 1324 CC, en el que se establece que para probar entre cónyuges que

determinados bienes son propiedad de uno de ellos, será bastante la confesión del otro. Lo primero que exige este artículo es una confesión y ello obliga a que efectivamente un cónyuge haya declarado expresa y claramente que ese bien es privativo, sin que se le pueda dar esa eficacia cuando la declaración no sea concluyente e inequívoca de la voluntad fehacientemente exteriorizada. Por tanto, nos inclinamos por considerar que la mera referencia que se contenga en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria no puede tenerse como una confesión que produzca los efectos previstos en el artículo 1324 del CC.

Revista de Derecho de

familia

DERECHO COMPARADO

**RÉGIMEN LEGAL DEL DIVORCIO, TENENCIA
Y VISITAS DE LOS HIJOS MENORES,
ALIMENTOS Y ATRIBUCIÓN DEL HOGAR
FAMILIAR EN ARGENTINA**

LUZ MARÍA PAGANO

ABOGADA, ESPECIALISTA EN DERECHO DE FAMILIA, UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES. CURADORA PÚBLICA OFICIAL DE INCAPACES

Sumario

I. INTRODUCCIÓN

II. SEPARACIÓN PERSONAL

II.1. Separación personal por causales subjetivas

II.2. Separación personal por causales objetivas

A) Alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o adicción a la droga. B) Separación de hecho. C) Mutuo consentimiento o presentación conjunta.

III. DIVORCIO VINCULAR

III.1. Divorcio vincular por causales subjetivas

III.2. Divorcio vincular por causales objetivas

**IV. CONVERSIÓN DE LA SENTENCIA DE SEPARACIÓN PERSONAL EN
DIVORCIO VINCULAR**

V. TENENCIA Y RÉGIMEN DE VISITAS

VI. ATRIBUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

VII. ALIMENTOS

**VIII. MEDIDAS TENDIENTES A ASEGURAR EL CUMPLIMIENTO DE LOS
DEBERES FAMILIARES**

I. INTRODUCCIÓN

Se me ha encomendado la grata tarea de contarle al lector cómo es en mi país, la República Argentina, el régimen de divorcio imperante, las medidas que se adoptan en relación con los hijos y los cónyuges y –finalmente– cómo logran los jueces que los justiciables acaten sus mandas.

En un ineludible pantallazo histórico, cabe mencionar que hasta el año 1968 –con excepción de un breve período en que hubo divorcio vincular¹– sólo contábamos con el divorcio limitado fundado en causales culpables (o divorcio-sanción).

La Ley 17.711² incorporó a la Ley de Matrimonio Civil núm. 2393 el artículo 67 bis que permitió a los esposos la separación personal-remedio, que se configuraba cuando –a criterio del juez– existían causas que hacían moralmente imposible la vida en común.

Con la sanción de la Ley 23.515³, Argentina incluyó, junto al régimen de separación personal o divorcio limitado ya existente, el de divorcio vincular. De allí que, desde entonces, los cónyuges –en principio– pueden optar por uno u otro.

A su vez amplió el espectro al contemplar también como causales objetivas ciertas enfermedades que tornan imposible la vida en común de los esposos o de uno de ellos con los hijos y la separación de hecho prolongada.

Veamos, pues, las cuestiones jurídicas más relevantes.

II. SEPARACIÓN PERSONAL

Preliminarmente, cabe señalar que este doble régimen presenta las siguientes características: a) es un sistema dual ya que cada uno produce efectos comunes y propios; b) combina causales de contenido subjetivo y objetivo, dando lugar –respectivamente– al divorcio-sanción o al divorcio-remedio; c) se integra con especies independientes y diferenciadas entre sí; d) existen algunas formas de interdependencia lo que se advierte ya que transcurridos determinados plazos se permite solicitar la conversión de la sentencia de separación personal en divorcio vincular, y e) cualquiera de las formas exige sentencia judicial que la decrete⁴.

Ya adentrándome en la norma positiva, el Código Civil en el Libro Primero, Sección Segunda, título I denominado «Del matrimonio», regula en los capítulos IX y X las causales y efectos de la separación personal.

1. Artículo 31 de la Ley de Matrimonio Civil núm. 14.394.

2. Sanción y promulgación de 22 de abril de 1968, BO de 26 de abril de 1968.

3. Sanción de 3 de junio de 1987, promulgación de 8 de junio de 1987, BO de 12 de junio de 1987 -ADLA 1987-B, 1535.

4. LAGOMARSINO, Carlos A.R., *Juicio de divorcio*, 2.ª ed. ampliada y actualizada por Jorge A. URIARTE, Hammurabi, Buenos Aires, 1993, pp. 25 y ss.

II.1. Separación personal por causales subjetivas

En el marco de las causales subjetivas, las correspondientes a la separación personal⁵ se encuentran plasmadas en el artículo 202 del CC, en cinco incisos: 1) El adulterio; 2) La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, sean o no comunes, ya como autor principal, cómplice o instigador; 3) La instigación de uno de los cónyuges al otro a cometer delitos; 4) Las injurias graves. Para su apreciación el juez tomará en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse, y 5) El abandono voluntario y malicioso.

Se trata de causas *culpables* que merecen reproche puesto que importan la inobservancia por parte de uno o de ambos esposos de los deberes que la ley y la naturaleza de la institución les imponen⁶.

Todas son: 1) Taxativas pues para invocarlas deben estar expresamente contempladas; 2) Graves, es decir, que comportan violaciones de entidad a los deberes recíprocos impuestos a los cónyuges; 3) Imputables pues requieren que haya responsabilidad del esposo por la comisión de hechos configurativos de las causales; 4) Invocables exclusivamente por el cónyuge agraviado contra el ofensor; 5) Autónomas ya que no se excluyen entre sí, pudiéndose invocar más de una⁷.

Conforme la normativa, no existen causales que revistan mayor entidad que las otras. Aun cuando se encuentran en un mismo rango⁸, se advierte que —en algunas oportunidades— los jueces efectúan valoraciones personales a la hora de sentenciar. En este sentido se ha observado que «La causal de abandono voluntario y malicioso del hogar junto a la de injurias graves se encuentran subsumidas en la de adulterio, en tanto resulta estéril e inconducente sumar una nueva causal ante otra más grave ya comprobada»⁹.

Asimismo, la vía contenciosa requiere de acreditación probatoria pues aun cuando el artículo 232 del CC admite la prueba confesional prescribe que ésta no será suficiente, debiendo los hechos en que se funden las causales ser posteriores a la celebración del matrimonio¹⁰.

Pese a la existencia de prestigiosa doctrinaria que señala la inconveniencia del divorcio-sanción, así como la falsedad del postulado de «único culpable» a la luz de los estudios interdisciplinarios¹¹, lo cierto es que éste subsiste en nuestra legislación.

5. Como veremos más adelante, por remisión del artículo 214, inciso 1.º, del CC, son idénticas las causales subjetivas de divorcio vincular.

6. PERRINO, Jorge Óscar, *Derecho de Familia*, tomo II, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 1032.

7. LAGOMARSINO, Carlos A.R. y URIARTE, Jorge A., *Separación personal y divorcio*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1991, pp. 144 y ss.

8. Ello no es incompatible con que, a la hora de fijarle al cónyuge culpable una indemnización por el daño moral padecido por el otro esposo, el juez pondere de acuerdo a diversos parámetros objetivos (por ejemplo, los enunciados en el inciso 4 del artículo 202) y subjetivos (sus principios, valoraciones sobre la causal en cuestión).

9. CNCiv., Sala M, 19 de febrero de 2009, C., E.A.I. c. C., M.A., la Ley 29 de abril de 2009, p. 7.

10. LAGOMARSINO, Carlos A.R. y URIARTE, Jorge A., *Separación personal y divorcio*, cit., p. 148.

11. MIZRAHI, Mauricio Luis, *Familia, matrimonio y divorcio*, Astrea, 1.ª reimpresión, Buenos Aires, 2001, p. 197.

Y aun cuando el tema merecería mayor tratamiento, dado que en función del espacio asignado no resulta posible, paso a tratar la primera causal: el adulterio, que puede ser vista desde una doble óptica: penal y civil.

Como delito penal estaba establecido en el artículo 118 del Código Penal que fue derogado por la Ley 24.453¹². El diferente trato que recibían la mujer o el varón residía en que bastaba un solo acto carnal de una mujer casada con otro hombre que no fuera su marido, para que se configurara el delito, mientras que para hombre el tipo penal exigía frecuencia en el trato sexual al referir que debía tener manceba dentro o fuera de la casa conyugal.

En el ámbito civil, pueden diferenciarse dos vertientes. La que postula que el adulterio se configura cuando algún cónyuge incurre en infidelidad en cualquier aspecto de la vida y no sólo en orden al ejercicio de la sexualidad y otra que la circunscribe exclusivamente al débito conyugal respecto del otro cónyuge.

Esta última, la infidelidad física, es la que adopta la jurisprudencia. Por el contrario, la llamada infidelidad espiritual no se asocia con esta causal sino que dará lugar a las injurias graves: «La sanción civil por el incumplimiento al deber de fidelidad es el divorcio por la causal de adulterio si uno de los cónyuges ha tenido relaciones sexuales con un tercero (infidelidad física) o por la de injurias graves si se trata de otros hechos que indican una conducta incompatible con la discreción y el decoro que es exigible en las relaciones con terceros»¹³.

En tanto el derecho posee su propio lenguaje técnico, se ha señalado –dicho sea de paso, realizando un juicio moral– que no resulta «apropiado desvirtuar el léxico adecuado, calificando como adulterio una relación irregular. No debe olvidarse que el matrimonio, base de la familia, es por ello sustento de la sociedad misma, y mala práctica sería para un jurista calificar como adulterio las prácticas homosexuales, ya que tal precisión podría aparecer como justificativa de actos contrarios a la naturaleza humana»¹⁴. Del mismo modo, en un caso en el que se tuvo por probada la vinculación del marido con una persona de otro sexo que no observaba los límites de lo habitual y común en las relaciones sociales y que denotaba una proximidad de tipo sentimental, se puntualizó que «Todos los actos y omisiones que evidencian desprecio de la lealtad matrimonial, sin que constituyan adulterio, (...) son considerados ultrajes contra el deber de fidelidad, porque el quebrantamiento de este deber no sólo acaece con el adulterio, sino que basta la vinculación con una persona de otro sexo que no observe los límites de lo habitual y común en relaciones sociales y denote una proximidad de tipo sentimental»¹⁵.

Aceptándose, sin distinción de género, que «Una sola relación sexual extramatrimonial es suficiente para configurar la causal de adulterio»¹⁶.

12. Sanción de 8 de febrero de 1995, promulgación de 2 de marzo de 1995, publicación de 7 de marzo de 1995.

13. Cr.ª CC San Isidro, Sala I, junio 22-1999, S., D.S. c. P., C.A. s/divorcio vincular, ED 12 de noviembre de 1999.

14. CNCiv., Sala B, 13 de junio de 1990, V. de D., N. v. D., R.M., J A 1990-IV-398, Lexis Nexis –sumarios– (del voto en disidencia de la Dra. ESTÉVEZ BRASA).

15. CNCiv., Sala L, 2006/02/16, M., D.H. c. M., M.S. La Ley de 22 de septiembre de 2006, La Ley 2006-D, 398.

16. CNCiv., Sala G, marzo 3-99I, P., R.A. c. A. de P., E.C. La Ley 1992-B, 414.

Difícil resulta demostrar el adulterio del consorte porque son hechos que ocurren en la intimidad. A esta aseveración debe adicionársele que, por la gravedad de la causal, los jueces requieren prueba inequívoca o hechos certeros para admitir su existencia. En ese orden, se tuvo por «configurada la causal de adulterio conforme al artículo 202, inciso 1.º, del Código Civil, toda vez que de los testimonios vertidos en las actuaciones –en el caso, constataron la presencia de la esposa en un hotel con otro hombre– emanan presunciones graves o indicios que prueban la existencia de dicha causal»¹⁷. También, la presentación de un certificado de nacimiento del que resultaba que el demandado había sido padre de un menor cuya madre no era la actora –durante la convivencia conyugal– resultó base suficiente para tener por probada la causal de adulterio del cónyuge en los términos del artículo 202, inciso 1.º, del Código Civil¹⁸.

La segunda causal, en comparación con su antecesora contenida en el inciso 2.º del artículo 67, de la derogada Ley 2393, amplía el hecho ilícito a la tentativa contra la vida de los hijos, sean comunes o no, e incluye al instigador.

Más allá de alguna discrepancia¹⁹, es dable afirmar que estamos en presencia de esta causal cuando se da el tipo penal de tentativa de homicidio previsto por el Código Penal sin que ello signifique que deba existir sentencia condenatoria en sede penal. Ello es así, pues no se trata de una cuestión prejudicial que impida al juez civil emitir un pronunciamiento a las resultas de aquélla.

Se ha criticado, con razón, que aquélla no previera el homicidio consumado de alguno de los hijos, ya que reviste mayor gravedad que la tentativa. No obstante, dicha omisión queda subsanada ya que puede ser encausada a través de las injurias graves²⁰.

El contenido de la tercera causal también ha experimentado ajustes positivos. Se ha reemplazado la palabra provocación por instigación dándole, entonces, su exacto sentido jurídico. También optó el legislador por utilizar la expresión genérica de «cometer delitos» sustituyendo la fórmula superflua que hasta ese entonces tenía la causal.

En cierta oportunidad, la jurisprudencia la tuvo por configurada en un caso en que el marido ejerció presiones e instó a la cónyuge a practicarse un aborto²¹.

Incursionando en la causal de injurias graves, básicamente, se entiende que comprende todos aquellos hechos o actitudes de un cónyuge hacia el otro que resulten incompatibles con el trato digno y respetuoso que debe primar entre ellos.

17. CNCiv., Sala K, 28 de diciembre de 2004, M., N.A. c. T., D.H., La Ley de 14 de junio de 2005, 3-La Ley 2005-C, 768-La Ley de 11 de abril de 2005, La Ley de 11 de abril de 2005, 6-La Ley 2005-B, 729.

18. C 1.ª en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, 21 de abril de 2008, C., R.B. c. L., J.A., La Ley Online.

19. PERRINO, Jorge Óscar, *Derecho de Familia*, cit., p. 1052.

20. FANZOLATO, Eduardo I., «Del Matrimonio, Artículo 202» en BUERES ALBERTO, J. (dir.), HIGHTON Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Parte General. Familia*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, tomo I, p. 921.

21. CNCiv., Sala E, 5 de junio de 1985, F., J.G. v. M., R.M., JA 1986-III-680, cit. por FANZOLATO, Eduardo I., «Del Matrimonio, artículo 202», en BUERES ALBERTO, J. (dir.), cit., p. 922.

De las variadas definiciones vertidas, una que no ha perdido vigencia, es la que enunciara, allá por el año 1945, el Dr. ARGENTINO BARRAQUERO, en un voto que formuló como integrante de la Cámara Civil 1.^a de la Capital Federal, en los siguientes términos: «son toda especie de actos, intencionales o no, ejecutados de palabra, por escrito o por hechos, que constituyan una ofensa para el esposo, ataquen su honor, su reputación o su dignidad, hiriendo sus justas susceptibilidades»²².

Se la ha caracterizado como una causal residual, pues incluye todos aquellos incumplimientos de los deberes conyugales no previstos en los restantes incisos.

En miras a determinar si se ha configurado, el juez debe ponderar la educación, posición social y demás circunstancias particulares del caso sometido a su consideración. «Ello así, pues no cualquier injuria constituye la causal, sino sólo aquella que es grave...» lo que «debe ser meritado de acuerdo con las circunstancias y factores que caracterizan el matrimonio y medio ambiente en el que se desenvuelve»²³. En otras palabras, es «necesario merituar el nivel socio-cultural de los involucrados, sus costumbres y sus hábitos en la convivencia, por cuanto actitudes o expresiones que en determinados ámbitos resultan ofensivas, en otros aparecen como modos de actuar normales y cotidianos, razón por la cual ésta es una materia en la que cobran singular importancia las circunstancias de personas, tiempo y lugar»²⁴.

Pese a que la norma utiliza el plural, existe consenso en que resulta suficiente una sola ofensa que hiera la dignidad de un cónyuge, para decretar el divorcio si reviste la necesaria gravedad, no siendo preciso, entonces, la reiteración de tales hechos²⁵.

La voluntariedad del actor en el hecho injurioso no es homologable con su intencionalidad. Se ha aceptado, pues, que «las injurias graves contempladas en el artículo 202, inciso 4.º, del Código Civil, no requieren necesariamente un ánimo de ofender o intención de causar daño, ya que, en ese sentido, no se asimilan la injuria del delito del derecho penal y la injuria como causal de divorcio»²⁶.

Las variadas acciones u omisiones que, en definitiva, importan el incumplimiento de los deberes matrimoniales, han dado lugar a una importante casuística jurisprudencial. Entre ellas, pasará a enunciar algunos supuestos.

En el plano espiritual, el trato despectivo que el demandado prodigaba a la actora, su falta de consideración y respeto hacia ella, traducido puntualmente en desvalorizaciones, críticas, dirigirse en tono burlón, con aire de superioridad²⁷; la falta de consideración, de

22. BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de Derecho de Familia*, tomo I, 5.^a ed. actualizada, Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 376.

23. CNCiv., Sala K, agosto 30-996, R., A. c. J., M.E., La Ley 1997-C, 570-DJ 1997-1, 695.

24. CCivil y Com. San Martín, Sala II, mayo 28-993, L., E.A. c. D., N.I. s/divorcio vincular, DJ 4 de enero de 1995. Resúmenes de Jurisprudencia.

25. CApel.Civil, Comercial y Minería de General Roca, 22 de agosto de 2008, Pschunder, Susana Graciela c. Ferrer, Rodolfo Francisco, LL Patagonia 2008 (diciembre), 604.

26. CApel.Civil, Comercial y Laboral de Eldorado, 12 de marzo de 2008, B., J.C. c. E., M.O., LLLitoral 2008 (agosto), 787.

27. CNCiv., Sala A, 30 de septiembre de 2008, O., C. c. M.M., O.D., La Ley Online.

respeto y el trato agravante que dispensaba a su mujer²⁸; no compartir las comidas con su esposo, vivir ajeno a la vida de su cónyuge, negarse a compartir sus actividades sociales, despreciarlo y hacer público su desprecio²⁹; el tolerar los insultos que sus progenitores le efectuaron a su marido, lo cual fue interpretado como una ratificación de tales actos injuriantes³⁰ y «los improprios vertidos por un cónyuge en perjuicio del otro ante la presencia de terceros, así como las molestias generadas por los llamados persistentes a su lugar de trabajo, configuran la causal de injurias graves a los fines de la procedencia del divorcio vincular»³¹.

Respecto al deber de asistencia material, entre otras, «Incorre en la injuria grave contemplada en el artículo 202, inciso 4.º, del Código Civil el cónyuge que (...) incumplió en forma sistemática, con su esposa y sus hijos, con uno de los deberes básicos del estado matrimonial, cual es la debida asistencia material que él mismo había aceptado en concepto de cuota alimentaria»³². En similar sentido, el marido quien «además de menoscabar a su esposa o hijas frente a terceros, dejó de asistirlos económicamente, aun antes de retirarse del hogar, pese a tener medios suficientes para mantener el nivel de vida que su familia gozaba hasta ese momento, máxime cuando la situación llegó al punto de hacer necesario promover una acción de alimentos»³³. En fin, cuando la esposa no tuvo más opción que promover un juicio para obtener el cumplimiento de la obligación alimentaria³⁴.

Como ya adelantara, constituye injuria grave –y no adulterio– «toda vinculación afectuosa e íntima de uno de los cónyuges con un tercero del sexo opuesto, que lesione la reputación o sentimiento del otro, siempre que esa relación no llegue al comercio carnal. Y con respecto a la esposa, dice que “se ha resuelto que configura esta causal: a) la vida nocturna de la esposa, que provoca comentarios entre los vecinos; b) los paseos con extraños a altas horas de la noche; c) cuando es sorprendida al salir de la casa de un hombre a quien califica como amigo suyo; d) se muestre en lugares públicos con otro hombre, en actitudes poco correctas”»³⁵.

Han sido consideradas, también, injurias graves aquellas vertidas en juicio cuando las manifestaciones del actor en su escrito de reconvencción exceden los límites de su intimidad que deben preservar los cónyuges, por lo cual terceros toman conocimiento de éstas³⁶; la condena por el delito de calumnias contra su consorte sumado al intento de desprestigiarlo profesionalmente en forma dolosa³⁷.

28. CNCiv., Sala F, 10 de septiembre de 2008, O., B. c. K. I., La Ley Online.

29. CCivil y Com. San Isidro, Sala I, octubre 22-1999. L., N.O. c. B., M.L. LLBA 2000, 432.

30. CNCiv., Sala B, 29 de junio de 2007, G. H., P. M. c. G., C. V., DJ 2007-III, 988-La Ley 17 de enero de 2008, 3.

31. CNCiv., Sala L, 1 de febrero de 2009, R., R. E. c. T., M. B., La Ley Online.

32. CApel. Civil y Comercial de Bell Ville, 28 de abril de 2008, C. M. E. c. F. A. B., LLC 2008 (agosto), 803.

33. CNCiv., Sala K, 27 de junio de 2008, D'A., C. A. c. L. A. N., La Ley 26 de agosto de 2008, 5.

34. CNCiv., Sala G, 14 de julio de 2008, M., M. B. c. B., R. N., La Ley 24 de septiembre de 2008, 24 de septiembre de 2008, 10-La Ley 2008-E, 609-La Ley 2 de octubre de 2008, 4.

35. Sup. Trib. Just. Chubut, 30 de septiembre de 1976, B. de P., M. del C. v. P., M. o P.; I. M., Lexis núm. 15/2846.

36. CNCiv., Sala J, febrero 18-1999. B., S.M. c. L.C., A.G. s/divorcio ordinario, ED 19 de noviembre de 1999.

37. CCivil y Com. San Isidro, Sala I, febrero 19-998, L., J.H. c. B., N.E., LLBA 1998, 1283.

El principio de incompensabilidad de las causales de divorcio postula que la actitud injuriosa de un esposo no habilita al otro para actuar del mismo modo, lo que no implica que «la magnitud del agravio de uno de los cónyuges puede ser apto para provocar en el otro una reacción que, en atención a la forma que se producen los hechos, puede dispensar a tal reacción de la calificación de injurias»³⁸.

Finalmente, resta aludir a la última causal, el abandono voluntario y malicioso.

Éste «se configura por la sustracción deliberada de uno de los cónyuges del cumplimiento de todos los deberes matrimoniales, y se materializa en la ruptura injustificada de la comunidad de vida, no determinada por causas ajenas a la intención del cónyuge abandonante»³⁹.

Desde antaño se admite que quien se retira del hogar debe probar que lo impulsaron motivos legítimos para tomar esa determinación, pues de lo contrario se infiere que lo hizo con el ánimo de violar el deber de convivencia⁴⁰, correspondiéndole al cónyuge, por tanto, acreditar que tuvo un fundamento serio y justificado para alejarse de la vivienda o, en otras palabras, que existían «causas graves que tornaban imposible la convivencia»⁴¹ o bien que fue «consecuencia de una amigable separación»⁴².

No obstante, una postura más realista apunta a que «El hecho del alejamiento del hogar conyugal no puede generar automáticamente la presunción *hominis* tan difundida relativa a la voluntariedad y al carácter malicioso de tal alejamiento, vale decir que no debe interpretarse como suficiente para la operatividad de la presunción la sola determinación de cuál de los esposos se ausentó del hogar, sino que además y fundamentalmente corresponde analizar las circunstancias que mediaron en la supresión de la convivencia»⁴³.

A modo de cierre de este apartado, y es dable recordar lo ya dicho en otra oportunidad. Existen dos concepciones sobre la causal en comentario. La tradicional, que requiere la conjunción del alejamiento del hogar conyugal con la intención deliberada de sustraerse a las obligaciones que la vida matrimonial impone, en particular las de asistencia y cohabitación. Y la otra, más amplia, que estima que el abandono voluntario y malicioso del hogar también se configura cuando el cónyuge se sustrae a los deberes y cargas del matrimonio. Ésta no exige indispensablemente como comprensiva de la causal el elemento material del alejamiento del hogar conyugal⁴⁴.

38. CNCiv., Sala M, julio 1-1994, K. de R., M.E. c. R., H.D. s/divorcio vincular, ED 3 de noviembre de 1994.

39. CNCiv., Sala K, agosto 30-996, R., A. c. J., M.E., La Ley 1997-C, 570-DJ 1997-1, 695.

40. CNCiv., Sala A, setiembre 25-1997, P.L.M. c. R.H.R. s/divorcio, ED 22 de mayo de 1998.

41. CNCiv., Sala L, 2006/02/16, M., D.H. c. M., M.S. La Ley 22 de septiembre de 2006, La Ley 2006-D, 398.

42. CApel. Civil y Comercial de Bell Ville, 28 de abril de 2008, C. M. E. c. F. A. B., LLC 2008 (agosto), 803.

43. CNCiv., Sala B, 2006/09/29, Y., A.M. c. V., D., La Ley 7 de marzo de 2007, 5-La Ley 2007-B, 208.

44. PAGANO, LUZ M., *Cese de la cohabitación: sus alcances en la causal de separación prolongada de hecho*, JA 2001-I-551.

II.2. Separación personal por causales objetivas

A) Alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o adicción a la droga

Ingresando al ámbito de las causales objetivas, el primer supuesto de separación personal-remedio se encuentra regulado en el artículo 203 del CC que reza: «Uno de los cónyuges puede pedir la separación personal en razón de alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o adicción a la droga del otro cónyuge, si tales afecciones provocan trastornos de conducta que impiden la vida en común o la del cónyuge enfermo con los hijos».

Esta causal ha sido blanco de severas críticas. Así, se ha considerado que, a través de ella, se fomenta el hedonismo a ultranza y se libera al cónyuge sano del deber de asistencia expresamente receptado en el artículo 198 del CC, justamente cuando el otro más lo necesita por su estado de enfermedad, y sin siquiera permitirle al juez rechazar la demanda si pudiera acarrearle consecuencias graves a la salud del enfermo o daños materiales o morales de extrema dureza⁴⁵.

En la vereda opuesta, se ha señalado que existen diversos fundamentos que justifican la admisión de esta causal: 1. Razones de humanidad en los que el cónyuge sano ha llegado a los límites de su fortaleza moral; 2. Razones de necesidad ya que por su intermedio se defiende el «interés familiar prevalente», y 3. Razones de realismo ya que como a causa de su enfermedad el cónyuge se encuentra en su propio mundo la separación generalmente no lo perjudica en su faz afectiva⁴⁶.

Ahora bien, más allá de las objeciones señaladas, aun cuando el cónyuge sano puede concluir la comunidad de vida, no es menos cierto que «El artículo 203 del Código Civil apunta a la tutela del cónyuge afectado por alguna de las dolencias que allí se enumeran porque, en correlato con el artículo 208, se lo está considerando en su condición de enfermo, restando imputabilidad a su conducta desordenada»⁴⁷.

Por mi parte, creo que el derecho debe regular, también, aquellas situaciones que idealmente no deberían acontecer. Y en ese aspecto, el artículo 208 del CC cumple una función tuitiva al brindar al cónyuge enfermo una protección «calificada». Veamos.

En primer lugar, la norma equipara en materia alimentaria al esposo enfermo con el cónyuge inocente. En consecuencia, el sano debe contribuir a mantenerlo en el mismo nivel económico del que gozaron durante la convivencia, en base a determinadas pautas, tales como edad, salud, capacitación laboral, etcétera. Además, «deberá procurársele los medios necesarios para su tratamiento y recuperación» de acuerdo a las necesidades y recursos de

45. BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de Derecho de Familia*, cit., p. 388; PERRINO, Jorge Óscar, *Derecho de Familia*, cit., p. 1101.

46. FANZOLATO, Eduardo I., «Del Matrimonio, artículo 203» en BUERES Alberto J. (dir.), HIGHTON Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias*, cit., pp. 932 y ss.

47. CNCiv, Sala A, 4 de junio de 1995, «C. de K., L. c. K., J.», La Ley 1995-D, 586.

ambos cónyuges». Ya «fallecido el cónyuge obligado, aunque se hubiere disuelto el vínculo matrimonial por divorcio vincular con anterioridad, la prestación será carga en su sucesión, debiendo los herederos prever, antes de la partición, el modo de continuar cumpliéndola» (artículo 208 del CC).

En otro orden, es dable señalar que ésta es la única causal de nuestro sistema jurídico que está prevista exclusivamente como causal de separación personal, aunque una vez transcurridos tres años de la sentencia firme, puede pedirse su conversión en divorcio vincular (artículo 238 del CC).

Tres son los supuestos previstos por la norma: a) alteraciones mentales graves permanentes; b) alcoholismo, y c) adicción a las drogas, existiendo consenso en que la enunciación es taxativa y que excluye a otras afecciones aun cuando también provoquen trastornos de conducta que impidan la comunidad de vida de los cónyuges o la del enfermo con los hijos⁴⁸.

Sobre las alteraciones mentales graves se entiende que con ellas se alude a cualquier patología que importe la pérdida casi global de las facultades mentales y que posean carácter permanente⁴⁹.

Con respecto al alcoholismo, el uso abusivo de bebidas alcohólicas por uno de los cónyuges ya había sido –y sigue siendo aún– considerado una injuria grave hacia el otro. Por lo que la reforma introducida por la Ley 23.515 al artículo 203 de nuestro Código viene a reformular la consideración de tal hábito de un agravio a una enfermedad⁵⁰. Esto es así en tanto el adicto deje de comprender lo que ocurre a su alrededor y pierda la aptitud para valorar la trascendencia de sus actos⁵¹.

Por lo tanto, para descartar el hecho injurioso y convalidar la existencia de la situación prevista por el artículo 203 «deberá probarse en la causa por los dictámenes de los peritos pertinentes la existencia de la enfermedad, su mayor o menor incidencia en la voluntad y los trastornos que representa para la vida en común»⁵².

Los tres supuestos tienen un elemento común, la afección que padece el cónyuge es lo que impide entablar una relación normal conyugal o paterno/materno-filial. De donde se concluye que el elemento sincrónico resulta esencial. Las alteraciones mentales graves de carácter permanente, el alcoholismo o la adicción a la droga deben obstar a una relación conyugal o paterno-filial saludable.

48. LAGOMARSINO, Carlos A.R. y URIARTE, Jorge A., *Separación personal y divorcio*, cit., p. 208; PERRINO, Jorge Óscar, *Derecho de Familia*, cit., p. 1104.

49. FANZOLATO, Eduardo I., «Del Matrimonio, artículo 203», en BUERES Alberto, cit., p. 933; LAGOMARSINO, Carlos A.R. y URIARTE, Jorge A., *Separación personal...*, cit., p. 215; PERRINO, Jorge Óscar, *Derecho de Familia*, cit., p. 1106.

50. FAMÁ, María Victoria, HERRERA, Marisa, PAGANO, Luz María, *Salud mental en el derecho de familia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 476.

51. FANZOLATO, Eduardo I., «Del Matrimonio, artículo 203», en BUERES Alberto, cit., p. 933.

52. Sup. Corte Bs. As., 27 de agosto de 1991, «T., J. B. v. T. de T., R. E.», JA, 1993-I-716.

Resulta interesante traer a colación, un caso en el que, merced a una apropiada hermenéutica, se decretó sentencia de divorcio vincular con fundamento en las causales de los artículos 203 y 214, inciso 2.º, y con los efectos del artículo 208.

Sintéticamente, el marco fáctico consistía en que los cónyuges llevaban cerca de veinte años de separación de hecho –muy anterior a que se desencadenara la enfermedad de la mujer–, abonada por la formación de un nuevo grupo familiar por parte del marido quien nunca se había desentendido materialmente de su cónyuge.

Para resolver en el aludido sentido se ponderó, por un lado, que la separación de hecho por más de tres años para obtener el divorcio vincular no exigía la voluntad de ambos esposos y, por el otro, que la vigencia de esta causal no se encontraba subordinada a la prevista en el artículo 203, concluyendo que resultaba «evidente que ambas vías gozan de una total independencia y son dables de ser aplicadas de manera concurrente para el caso en que existe la separación requerida por la ley y asimismo se brinden los presupuestos de enfermedad contemplados en la especial causal del artículo 203⁵³».

En la misma línea, se admitió que «es posible reconocer al cónyuge sano el derecho para demandar el divorcio vincular por la separación de hecho con respecto a un cónyuge enfermo si se dejan a salvo los derechos asistenciales que aseguren la protección de éste»⁵⁴.

Particular importancia reviste quien se encuentra legitimado para promover la demanda de separación personal por esta causal. Y conforme al texto de la norma resulta que únicamente lo es el esposo sano. Esta solución legal ha generado en la doctrina lógicos cuestionamientos ya que si éste omite la invocación, el cónyuge enfermo sólo podrá reconvenir por alguna causal culpable o demostrar que no dio causa a la separación de hecho. No es ocioso resaltar que, aun emplazado en la posición de cónyuge inocente, su situación es de mayor desprotección al no serle aplicables los beneficios del artículo 208.

Ello ha llevado a propiciar a algunos autores una interpretación flexible sobre el punto, aceptando que el cónyuge enfermo pueda reconvenir por la causal del artículo 203⁵⁵.

Habiendo el esposo promovido demanda de divorcio vincular por la causal de separación de hecho, quedó evidenciada en el expediente la declaración de insania de la demandada y que la separación se había debido a la alienación y peligrosidad que por ese entonces sufría. Sin desconocer «que la letra del aludido artículo 203, reserva sólo al cónyuge sano la posibilidad de pedir la separación personal fundada en esa causal», admitió el tribunal que en casos como el presente donde se pone en evidencia la verdadera situación de hecho preexistente, corresponde «impedir que la fría aplicación de la causal objetiva fundada en la falta de convivencia, se constituya en un perjuicio para el insano al privarle de las prerrogativas que, con tan claro propósito protector de esa delicada situación, le ha conferido la ley». Por esos fundamentos y teniendo en especial consideración tanto las

53. CNCiv, Sala A, 11 de diciembre de 1989, «S. N., S. c. H. de S., G.», LL, 1990-C-153, con nota elogiosa de Eduardo A. ZANNONI.

54. CNCiv., Sala M, noviembre 21-1995. G., R.A. c. M. de G., V.B.A. s/divorcio vincular, ED 20 de junio de 1996.

55. FANZOLATO, Eduardo I., «Del Matrimonio, artículo 203» en BUERES Alberto, cit., p. 935. En contra, PERRINO, Jorge Óscar, *Derecho de Familia*, cit., p. 1113.

presentaciones de la Asesora de Incapaces, como de la propia representación de la insana, que pretendieron una modificación de los efectos del proceso, con sustento en la finalidad tutelar de los artículos 203 y 208, revocaron la sentencia en este punto y establecieron que resultaba de aplicación a la sentencia de divorcio los efectos previstos por el artículo 208 del CC⁵⁶.

Finalmente, resta puntualizar que las alteraciones mentales graves de carácter permanente a las que alude la norma no necesariamente requieren la declaración de insania. De lo que aquí se trata es que la afección provoque trastornos de conducta que impidan la vida en común de los cónyuges o del enfermo con los hijos⁵⁷ y no de enfermedades mentales que impiden dirigir su persona y administrar sus bienes dando lugar a la declaración de *demencia* en los términos del artículo 141 del CC.

No obstante, si ése fuera el caso, requerirá de la intervención de su representante legal.

B) Separación de hecho

Dispone el artículo 204 del CC: «Podrá decretarse la separación personal, a petición de cualquiera de los cónyuges, cuando éstos hubieran interrumpido su cohabitación sin voluntad de unirse por un término mayor de dos años. Si alguno de ellos alega y prueba no haber dado causa a la separación, la sentencia dejará a salvo los derechos acordados al cónyuge inocente».

Diversos autores, aun antes de que esta causal fuera añadida por la Ley 23.515, se manifestaron contrarios a su incorporación⁵⁸, con fundamento en que permitir al abandonante desligarse del matrimonio por el solo transcurso del tiempo no era otra cosa que volver al repudio de la antigüedad, aunque más sofisticado.

Otros, por el contrario, entendieron que de este modo la ley reconocía lo que acontecía en los hechos. Frente a la quiebra del matrimonio, no se hacía otra cosa que formalizar lo que ocurría en la realidad⁵⁹.

Tres son los presupuestos que deben confluir: a) Interrupción de la cohabitación –o separación de hecho–; b) Transcurso de determinado lapso, ambos de carácter objetivo, y c) La falta de voluntad de unirse que introduce el elemento subjetivo.

La primera cuestión que se planteó –actualmente superada– fue si la voluntad debía ser común o si bastaba con la falta de voluntad de unirse de uno de los esposos.

56. Cám. 2.^a de Apel. en lo Civ. y Com., La Plata, Sala II, 5 de febrero de 2004, «C., P. T. c. S., M. A.», LLBA 2004,1002.

57. BORDA, Alejandro, *El artículo 203 de la Ley 23.515: sus consecuencias personales*, La Ley, 1988-D-857.

58. GOYENA COPELLO, Héctor R., *Las causales de divorcio proyectadas*, LL 1986-E-1030; SCALA, Jorge, *Breve crítica exegética al proyecto de divorcio vincular*, LL 1987-A-787. En igual sentido, BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de Derecho de Familia*, cit., p. 389.

59. LAGOMARSINO, Carlos A.R. y URIARTE, Jorge A., *Separación personal y divorcio*, cit., p. 254; MIZRAHI, Mauricio Luis, *Familia, matrimonio y divorcio*, cit., pp. 302 y ss.

Y así, frente al pedido de divorcio del marido –fundado en la separación de hecho de matrimonio– y la negativa de la mujer aduciendo que esperaba el retorno del actor de su viaje a los Estados Unidos «para reiniciar la vida en común», la jurisprudencia decidió que era suficiente con que quedaran a salvo los derechos de la cónyuge inocente de la separación porque de aceptarse los términos propuestos por ella la causal de referencia nunca podría configurarse⁶⁰.

En otras palabras, alcanza con la voluntad de uno de los esposos, pero si el otro es inocente, y quiere hacerlo valer, deberá necesariamente transitar por el camino de la reconvencción: «Quien pretende que existe culpa excluyente del otro cónyuge, cuando es demandado por separación personal o divorcio vincular, debe necesariamente reconvenir por alguna de las causales del artículo 202 del Código Civil»⁶¹.

En este supuesto, entonces, el proceso inicialmente basado en una causal objetiva se transforma en un contradictorio por causal subjetiva.

Empero, cuando se invoca el último párrafo del artículo 204 del CC, la prueba debe estar dirigida a demostrar, precisamente, «la inocencia en la separación de hecho o la culpa del accionante en la ruptura de la convivencia», porque si la intención es acreditar la culpa del otro cónyuge para el divorcio, debe ineludiblemente introducir las causales subjetivas formalizando su reconvencción⁶².

Cuando se trata de una causal objetiva, no se requiere prueba alguna, pues el artículo 232 del CC consiente la plenitud de efectos al reconocimiento de la existencia de la separación de hecho sin voluntad de unirse durante el lapso previsto por la ley⁶³.

La interrupción de la cohabitación ha merecido la atención de los autores y la jurisprudencia en cuanto a si es necesaria la separación material o si el supuesto se configura aun cuando los esposos continúan viviendo en la misma morada.

Desde la doctrina hay quien postula que la apreciación del *a quo* debe ser exclusivamente objetiva, la que sólo podría funcionar cuando medie una separación de hecho efectiva, concretada en la residencia de los cónyuges en distintos domicilios⁶⁴.

Sobre el punto aun cuando alguna jurisprudencia ha señalado que «La interrupción de la cohabitación y la separación de hecho que exigen los artículos 204 y 214, inciso 2.º, del Código Civil, respectivamente, suponen la residencia de los cónyuges en distintos domicilios»⁶⁵ viene abriéndose paso una postura que considera que «la permanencia de los

60. CNCiv., Sala G, 2 de junio de 1989, V., L.A. v. F. de V., R., ED 20 de abril de 1990.

61. C.Civ. y Com. San Isidro, Sala 2.ª, 9 de marzo de 1989, I., F.L. v. E., A., DJ 1989-2, 773.

62. CNCiv., Sala C, mayo 23-1995. N., J.T. c. S., M.I. s/divorcio vincular, ED 2 de octubre de 1996; CNCiv., Sala F, 6 de junio de 2005, C., L.A. v. D., B.C., Abeledo Perrot On line, Lexis 70019610.

63. CNCiv., Sala K, febrero 21-2001. M., J.H. y L.J., R.A. s/divorcio artículo 214, inciso 2.º, del Código Civil, ED 30 de mayo de 2001.

64. MAZZINGHI, Jorge A., *Derecho de Familia*, tomo III, Ed. Ábaco, p. 161.

65. CNCiv., Sala I, mayo 2-2002. A., C.F. c. L.V., L.H. s/divorcio artículo 215 del CC, ED 19 de marzo de 2003.

cónyuges bajo el mismo techo carece de significación para la ley si no tienen vocación de comunidad de vida, correspondiendo analizar la cesación de la cohabitación como expresión de ruptura del vínculo y no poner la atención en la manifestación externa que puede o no verificarse desde el lugar de tener o no el mismo domicilio la pareja»⁶⁶. En esa línea, también se ha sostenido que «El artículo 204 del CC no ha previsto como requisito que los esposos hayan abandonado la convivencia en una misma casa, sino la cohabitación»⁶⁷. Y que «no es condición ineludible que los esposos habiten en fincas diferentes, siendo suficiente que no compartan el lecho conyugal y vivan en un ostensible estado de separación durante el plazo legal requerido»⁶⁸.

Adhiero a quienes entienden que no puede hablarse de cohabitación cuando hay un cese de la vida marital y el incumplimiento adquiere carácter permanente⁶⁹. Ya en otra oportunidad señalé que resultaba plausible la conducta de los cónyuges, quienes en uso de la facultad conferida en el artículo 232 del CC, y asumiendo una conducta de lealtad y buena fe, habían admitido que ya no convivían como tales pese a habitar en el mismo inmueble⁷⁰.

Con respecto al lapso, la norma exige el transcurso de dos años de separación de hecho. Dicho plazo debe encontrarse cumplido al momento de interponer la demanda⁷¹ «como una condición de admisión de la acción entablada por la causal objetiva»⁷².

A diferencia de la solución contenida en el artículo 82, inciso 1.º, del Código Civil español, nuestro régimen no regula la subsistencia o no del deber de fidelidad luego de la separación de hecho de los esposos. Tal cuestión ha dado lugar a posiciones encontradas tanto en la doctrina autoral como en las decisiones jurisdiccionales.

En el ámbito de la justicia nacional y provincial, diversos tribunales consideran que luego de transcurridos 3 años de la separación de hecho ya no puede exigirse entre cónyuges el deber de fidelidad y que se puede promover el divorcio por la causal objetiva⁷³.

66. CNCiv., Sala J, 10 de octubre de 2002, S., O.A. c. D., E.O., La Ley 2003-D, 202.

67. CNCiv., Sala M, 14 de abril de 2000, Z., R.N. y otro, JA 2001-I-551; CNCiv., Sala H, 26 de diciembre de 2007, P.C., J.L. y otra, JA 2008-II-528.

68. CNCiv., Sala B, 21 de agosto de 2007, C., C. M. y F., J. A., La Ley 3 de diciembre de 2007, 9. Con nota aprobatoria de Eduardo SAMBRIZZI, *La causal de separación de hecho sin voluntad de unirse y la habitación de los cónyuges en el mismo inmueble*.

69. LAGOMARSINO, Carlos A.R. y URIARTE, Jorge A., *Separación personal y divorcio*, cit., p. 246; MIZRAHI, Mauricio Luis, *Familia, matrimonio y divorcio*, cit., p. 313.

70. PAGANO, LUZ M., *Cese de la cohabitación: sus alcances en la causal de separación prolongada de hecho*, JA 2001-I-551.

71. CNCiv., Sala I, mayo 2-2002, A., C.F. c. L.V., L.H. s/divorcio artículo 215 del CC, ED 19/3/2003, ídem CNCiv., Sala F, 14 de noviembre de 2002, S., F. A. c. S., A. N., DJ 2003-2, 316.

72. CNCiv., Sala A, 2 de agosto de 2004, L., H. E. c. S., S. E., La Ley 16 de mayo de 2005, 7-DJ 2005-I, 1081.

73. CNCiv., Sala B, mayo 6-1999. A., A.E. c. A., N.N. La Ley 2000-B, 359; CApel. Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Santa Cruz, 3 de octubre de 2007, R., S.R. c. C., R.A., LLPatagonia 2008 (abril), 205; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala I, 11 de julio de 2003, G., A. B. c. A. C., C. LLGran Cuyo 2003 (diciembre), 868.

En la otra vereda, una postura estrictamente apegada a la letra de la ley sostiene que el deber de fidelidad no se extingue por la separación de los esposos, sin importar cuánto tiempo haya transcurrido⁷⁴.

C) Mutuo consentimiento o presentación conjunta

El artículo 205 del CC establece que «Transcurridos dos años del matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta, podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su separación personal conforme a lo dispuesto en el artículo 236».

Este último, aplicable también a los casos del artículo 215 del CC, faculta a los esposos a presentar en la demanda acuerdos sobre: 1. Tenencia y régimen de visitas; 2. Atribución del hogar conyugal, y 3. Régimen de alimentos para ellos y para los hijos menores o incapaces. También se les permite realizar los acuerdos que consideren convenientes sobre los bienes de la sociedad conyugal, encontrándose autorizado el juez a objetar una o más estipulaciones cuando considere que ellas pudieran afectar gravemente los intereses de las partes o el bienestar de los hijos.

Con finalidad eminentemente conciliadora, el magistrado debe convocar a las partes a una audiencia. De no lograrlo, se encuentra prevista una segunda audiencia en la que aquél deberá indagar si los esposos han arribado o no a una reconciliación. Mientras que en la primera se exige la comparecencia personal de los cónyuges a la segunda pueden concurrir mediante apoderado con mandato especial.

Ahora bien, puede ocurrir que en el intervalo que media entre las dos audiencias –no menos de dos meses ni más de tres– alguno de los cónyuges se retracte, en cuyo caso, al faltar la voluntad concurrente inexcusable en las dos audiencias, no podrá el juez dictar la sentencia.

La práctica judicial muestra que es frecuente que un juicio de separación personal o divorcio vincular inicialmente promovido por alguna causal subjetiva, pasado un cierto tiempo y apaciguados los ánimos, se transforme en juicio por alguna causal objetiva.

Aun así, «fracasado, por incomparecencia de una de las partes a la segunda audiencia, el divorcio voluntario por mutuo acuerdo en que fuera convertido, a pedido de ambas partes, el contencioso originario, no corresponde la reanudación de éste, que se presupone desistido»⁷⁵.

En otras palabras, la manifestación de las partes de convertir un juicio contradictorio en un proceso por mutuo acuerdo comporta su desistimiento. Sin embargo, este principio

74. CNCiv., Sala C, 30 de octubre de 2002 - C., R. c. D. P., E. M. s/separación personal. ED, 201-223; CNCiv., Sala A, 13 de diciembre de 2006, A., M. D. c. B., P. M. DJ 2007-II, 701; CNCiv., Sala I, 10 de marzo de 2005. P. R. de L. c. G. I. A., La Ley 2005-D, 632; CApel. Civil y Comercial de Junín, 27 de febrero de 2007, M., E. C. c. J., A. L., LLBA 2007 (junio), 558.

75. CApel. Concepción del Uruguay, Sala Civ. y Com., 9 de mayo de 2000, R., B.L. v. N., H.A., JA 2001-II-473.

«cede ante un desistimiento condicional que pudieran acordar, el cual sujetaría a una condición resolutoria, como es el fracaso del proceso de divorcio no contencioso por causas imputables a los cónyuges. En este supuesto, el juicio contradictorio cobraría nueva vida sin necesidad de iniciar un nuevo pleito»⁷⁶.

Cuando el arrepentimiento ocurriera luego de celebrada la segunda audiencia, en la Ciudad de Buenos Aires ya no hay disenso en los tribunales inferiores, pues la Cámara Nacional Civil, en pleno, resolvió en el año 1985 que «Uno de los esposos no puede desistir del juicio de divorcio tramitado de acuerdo con la norma del artículo 67 bis de la Ley 2393, luego de haberse celebrado las dos audiencias que ella prescribe y antes de la sentencia»⁷⁷. Y si bien, esta ley fue derogada, los fundamentos del plenario resultan plenamente aplicables a las análogas causales incorporadas por la Ley 23.515.

El arrepentimiento conjunto, si comporta la reconciliación de los esposos «extinguirá la acción de separación personal o de divorcio vincular y cesarán los efectos de la sentencia de separación personal» restituyendo «todo al estado anterior a la demanda» (artículo 234 del CC).

Realizadas ambas audiencias, si el resultado fuese negativo –continúa imperativamente el artículo 236 del CC– el juez decretará la separación personal o divorcio vincular cuando los motivos aducidos fueran suficientemente graves, los que no constarán en la sentencia.

Respecto a los acuerdos que enuncia el artículo 236 del CC, pese a la existencia de algunos proyectos de ley⁷⁸, que intentaron transformarlos en condición para que los cónyuges obtuvieran la separación personal o divorcio vincular por mutuo consentimiento, hasta el presente, su formulación continúa siendo optativa.

Por ello, no existiendo en estos casos cónyuge culpable ni inocente, a falta de convenio alimentario en beneficio del otro «corresponde decretar el cese de la cuota alimentaria fijada a favor de la ex cónyuge del actor pues al haber sido decretado el divorcio vincular de conformidad con la causal establecida en el artículo 215 del Código Civil, resulta aplicable a partir de la sentencia de divorcio sólo el derecho de asistencia, de carácter excepcional y a favor de cualquiera de los cónyuges, prescripto por el artículo 209 del Código Civil»⁷⁹.

Pero, una vez celebrado y homologado en el juicio de divorcio el convenio de alimentos, el desistimiento formulado en forma unilateral resulta inválido⁸⁰.

Más aun, «Los acuerdos de alimentos celebrados por los esposos en el contexto del divorcio por presentación conjunta, aunque no hubieren recibido expresa homologación

76. CNCiv., Sala E, marzo 26-1996, B., B. c. S., E.O. s/divorcio. Del dictamen del Fiscal ante la Cámara, al que ésta remite. ED 15 de abril de 1997.

77. CNCiv., en pleno, 30 de agosto de 1985, M., V. C. y F., J. A., La Ley 1985-D, 333.

78. Expte. 4116-D-2007; Expte. 1286-S-2007; Expte. 2992-S-2007.

79. C. 1.ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, 2 de octubre de 2008, E. C. G. c. S. M. E., La Ley Online.

80. Cr.ª CC Bahía Blanca, Sala II, marzo 11-997, B.L., N. c. L., M.R., LLBA 1998, 979.

judicial, son plenamente eficaces y vinculantes y los obliga a dar cumplimiento a las estipulaciones en ellos contenidas, aun cuando para otorgarles ejecutoriedad resulte menester integrarlos o perfeccionarlos con la correspondiente sentencia homologatoria que le confiere autoridad de cosa juzgada»⁸¹.

También se ha dicho que «Si el originario acuerdo expresado por las partes en su presentación conjunta involucró, en principio, todas las cuestiones relativas al divorcio vincular que se impetraba, ante el desistimiento verificado, no puede aceptar válidamente la pretensión de mantener la vigencia de sólo algunos de los puntos objeto de la negociación de las partes previa a la promoción del juicio, que en su conjunto fuera plasmada en el escrito de demanda»⁸².

Tratándose de alimentos para los hijos menores, luego de evaluar el juez cuidadosamente su contenido, en caso en que alguna estipulación fuera perjudicial, deberá requerir –de ser posible– su reformulación, deber que también incumbe al asesor de menores en su carácter de representante promiscuo de los menores de edad.

Encontrándose comprometido el orden público, se dijo: «La cláusula por la cual se dispuso en el convenio de disolución de la sociedad conyugal, la adjudicación del inmueble sede del hogar conyugal, en forma exclusiva a la madre de los menores, con el objeto no sólo de saldar las deudas que su excónyuge mantenía con ella por alimentos atrasados sino, también, con la intención de imputar el remanente (cuyo valor no se encuentra determinado), a los alimentos futuros –estableciéndose que la madre atendería en forma exclusiva a la manutención de los hijos menores de las partes hasta que alcanzaran la mayoría de edad–, importa una clara violación al artículo 374 del Código Civil, toda vez que la misma no significó un acuerdo sobre el modo cómo se cumpliría con la prestación alimentaria a cargo del progenitor de los menores sino, por el contrario, su liberación a ese irrenunciable deber. Ante esta situación corresponde establecer la nulidad de tal estipulación»⁸³.

III. DIVORCIO VINCULAR

Los capítulos XII y XIII tratan las causas y efectos del divorcio vincular.

III.1. Divorcio vincular por causales subjetivas

Predica el artículo 214, inciso 1.º, del Código Civil que son causas de divorcio «las establecidas en el artículo 202».

81. CNCiv., Sala G, 6 de noviembre de 2002, M.C., E. c. W., R.F. s/ejecución de alimentos, ED 17 de diciembre de 2002.

82. CNCiv., Sala A, 9 de diciembre de 1998, L.F., A. y P., A.S.R. s/divorcio artículo 215 del Código Civil, ED 25 de junio de 1999.

83. CNCiv., Sala D, junio 12-998, E., C.S. c. C., A., La Ley 17 de marzo de 1999, Jurisprudencia Agrupada.

En consecuencia resulta plenamente aplicable todo lo ya expuesto sobre separación personal por causales culpables.

III.2. Divorcio vincular por causales objetivas

De las causales objetivas correspondientes a la separación personal únicamente dos de aquellas son causales directas de divorcio vincular: la separación de hecho por determinado lapso y la petición por mutuo consentimiento.

Según los términos del artículo 214, inciso 2.º, del Código Civil, es causa de divorcio vincular «la separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor de tres años, con los alcances y en la forma prevista en el artículo 204».

Por su parte, el artículo 215 del CC establece que «Transcurridos tres años del matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su divorcio vincular, conforme lo dispuesto en el artículo 236».

Se advierte, pues, que la estructura de las causales transcriptas es análoga a la de los artículos 204 y 205 del CC. La única diferencia radica en que para promover la demanda se exige un plazo mayor de separación o de matrimonio.

En cuanto al desistimiento conjunto formulado por las partes luego del dictado de la sentencia, se lo ha admitido «si la misma no ha adquirido firmeza por haber sido notificada a los presentantes y al Ministerio Público» añadiendo «que, admitir el criterio contrario importaría un exceso ritual, en desmedro de la real voluntad de las partes»⁸⁴.

IV. CONVERSIÓN DE LA SENTENCIA DE SEPARACIÓN PERSONAL EN DIVORCIO VINCULAR

Sancionada la Ley 23.515, dos normas regularon el tema.

En primer término, su artículo 8 cuyo texto preceptúa: «Transcurrido un año de la sentencia firme de divorcio obtenida con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar su conversión en divorcio vincular...».

Por otro lado, el artículo 238 del CC que habilita a ambos cónyuges a requerir la conversión en divorcio vincular en los casos de los artículos 202, 204 y 205, luego de cumplido un año de la sentencia firme de separación personal. Cualquiera de los esposos, a su vez, puede solicitar su conversión en divorcio vincular en las hipótesis de los artículos 202, 203, 204 y 205 una vez que hubieran transcurrido tres años de la sentencia firme de separación personal.

84. CNCiv., Sala I, diciembre 6-1999, S., E.J. c. M., J.J. s/divorcio artículo 215 del CC, ED 3 de marzo de 2000.

V. TENENCIA Y RÉGIMEN DE VISITAS

En relación a la tenencia o custodia de los hijos menores, el segundo párrafo del artículo 206 del CC, establece como criterio general que «Los hijos menores de 5 años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. Los mayores de esa edad a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo...».

En esa línea se ha resuelto que «Corresponde otorgar la tenencia de los menores a su progenitora, puesto que su idoneidad quedó acreditada y no existen causas graves que obstenten dicho otorgamiento y que afecten el interés superior de los menores»⁸⁵.

La contracara de la tenencia es el llamado «régimen de visitas» —que «además del contacto periódico del menor con el progenitor no conviviente, importa desde el punto de vista psicológico, tratarlo y mantener con él relaciones afectuosas, cultivando una recíproca y sincera comunicación»⁸⁶.

En ese orden, «El derecho de los progenitores que no ejercen la tenencia a que sus hijos pasen parte de sus vacaciones con ellos o pernocten en su casa, constituye por su propia naturaleza una facultad inalienable e irrenunciable ... que sólo puede ser suspendida cuando medien causas de extrema gravedad que pongan en peligro la seguridad de los menores o su salud física o moral»⁸⁷.

Años atrás al padre incumplidor se lo sancionaba suspendiéndole los encuentros con sus hijos. Actualmente, no se duda que «El derecho de visitas no sólo es un derecho del padre, sino también de los hijos y, por lo tanto, un correlativo deber de aquél»⁸⁸. En consecuencia, hay que ser cuidadosos en la regulación del régimen de visitas, «habida cuenta de que los menores son también los titulares del derecho a las visitas, derecho que les debe ser resguardado máxime si se considera que ellos son ajenos a las diferencias suscitadas entre sus padres»⁸⁹.

No muy lejos en el tiempo, en el año 1989, para ser precisa, la Cámara Civil, bajo la consigna que correspondía fijar regímenes de visitas que dieran a los hijos menores un lugar estable de residencia, por no existir acuerdo de partes, denegó el pedido que éstos pernoctaran con su padre en un día hábil, en el entendimiento que de ese modo no se alteraba el ritmo de vida de los niños⁹⁰.

Habiendo transcurrido veinte años, se observa un cambio importante de mentalidad. Es así como los convenios sobre tenencia compartida ya no causan extrañeza y los jueces, en un

85. Trib. de Familia núm. 1, Quilmes, 21 de marzo de 2006, M., M. del C. c. M., L. E., LLBA 2006, 1470.

86. CNCiv., Sala L, diciembre 26-1997, A., G.P. c. M., C.T., La Ley 1998-D, 245-DJ 1998-3, 211.

87. CNCiv., Sala K, 2001/12/26. A., M.F. c. D., V.L., La Ley 2002-A, 565-DJ 2002-1, 531.

88. CNCiv., Sala C, octubre 25-1994, ED 7 de septiembre de 1995.

89. CNCiv., Sala E, diciembre 26-1997, B. de D., A.C. c. D., J.H. s/medidas precautorias, ED 25 de enero de 1999.

90. CNCiv., Sala G, 27 de abril de 1989, M., de G., G.A. y G.B., G., Derecho de Familia, *Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, núm. 2, 1989, ABELEDO-PERROT, Buenos Aires, p. 118.

principio remisos a convalidarlos, empiezan a aceptar las bondades que trae para los hijos un mayor contacto con uno y otro padre.

Se admite, entonces, que aun cuando «la ley no prevé la posibilidad de tenencia conjunta de los hijos no debe dejar de considerarse que los niños necesitaban a ambos padres, dado que los contactos continuos y significativos disminuyen el impacto traumático del divorcio en los hijos y garantiza la permanencia de los cuidados parentales y, por tanto, el mejor cumplimiento de las funciones afectivas y formativas⁹¹.

En otras palabras, hoy se acepta que «otorgar a los progenitores un régimen de tenencia compartida del hijo, siempre y cuando no existan causas graves, (...) constituye la solución más compatible con el interés superior del niño, pues reconoce la necesidad del menor de contar con ambos progenitores»⁹². También se ha dicho que «Corresponde establecer la tenencia compartida y alternada de los menores a favor de ambos progenitores, pues no existen circunstancias que revelen la ineptitud de alguno de ellos ni su inconveniencia para los niños, cuyas necesidades se atenderán mejor de este modo»⁹³.

En cuanto al ejercicio de la llamada patria potestad el artículo 264 del CC, luego de definir la institución en seis incisos establece a cuál progenitor le corresponde su ejercicio.

En el tema que nos ocupa, el inciso 2.º predica que «En caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio, al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación».

En consecuencia, conforme la norma positiva, el ejercicio de la responsabilidad parental recae en cabeza del progenitor que tiene a sus hijos consigo.

Si hay una cualidad que caracteriza al derecho y, en particular, al derecho de familia es su dinamismo. La aseveración de que en esta materia es donde se observa –si no toda– la mayor restricción de la autonomía de la voluntad⁹⁴, gradualmente, viene perdiendo virtualidad.

Justamente, un ejemplo es el de los convenios donde los padres –no obstante su falta de convivencia– acuerdan ejercer conjuntamente la patria potestad.

Ya en el año 1987, aunque tratándose de hijos extramatrimoniales, recurrido por el Asesor de Menores el convenio –homologado judicialmente– de tenencia para la madre y su ejercicio en forma compartida, el Tribunal de alzada confirmó la homologación del mentado acuerdo⁹⁵. Para decidir en ese sentido, sostuvo, en primer lugar, que el inciso 5.º del artículo 264 del Código Civil –cuya solución no difiere sustancialmente del inciso 2.º– es aplicable imperativamente, en la medida en que no exista entre los padres acuerdo de ejercer en for-

91. CNCiv., Sala J, noviembre 24-998, P., F.E. y P., E.N., La Ley 1999-D, 479-DJ 1999-3, 640.

92. CCiv. y Com. Azul, Sala I, 2003/05/08, De la C., A.R. c. P., M.R., LLBA, 2003, 998.

93. CCiv. y Com. Azul, Sala II, 16 de junio de 2009, A., S. c. T., M. C. y su acumulado, LLBA 2009 (julio), 652.

94. BELLUSCIO, Augusto César, *Manual de Derecho de Familia*, tomo I, 5.ª edición, actualizada, Depalma, 1987, p. 29.

95. CNCiv., Sala F, 23 de octubre de 1987, G., M.M. y otro, La Ley 1989-A, 95.

ma compartida la patria potestad. A continuación, con acierto, señaló que el acuerdo, lejos de violar el interés prevaleciente a tener en cuenta, o sea, el de los menores, por el contrario, los beneficia. Concluyó en que «mantener el ejercicio compartido significa sostener, en la conciencia de los progenitores, la responsabilidad que sobre ambos pesa respecto del cuidado y la educación de los hijos, no obstante la falta de convivencia; y además, preserva el fin querido por la ley, de que no sea uno, sino ambos padres quienes toman las decisiones –expresa o tácitamente– atinentes a la vida y el patrimonio de los hijos, ya que el criterio de ambos –la suma y síntesis de los análisis de conveniencia que cada uno realiza– forzosamente ha de resultar más beneficioso para el niño, que el solo criterio de uno de ellos».

Este temperamento no es aislado. Distintos tribunales admiten que si existe armonía entre los ex esposos, el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental es provechoso para los hijos. Y así, en otro caso se lee: «Debe homologarse el acuerdo relativo al ejercicio de la patria potestad en el que los padres, no obstante su falta de convivencia, resuelven mantener el ejercicio compartido de la misma y, sin incidencias judiciales, acuerdan la tenencia y establecen un régimen de visitas libre y amplio en favor del otro progenitor, pues dicha circunstancia es beneficiosa para los hijos»⁹⁶.

En toda esta materia priman dos principios básicos: el interés superior del niño y la obligación de escucharlo, garantizados respectivamente en los artículos 3 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22.º, CN).

Concerniente al primero, se ha dicho que «Al momento de decidir sobre la tenencia de un menor debe hacerse primar sobre todas las cosas el interés superior del niño, consideración que debe ser prioritaria sobre los demás derechos de los padres y de la familia»⁹⁷.

Sobre el segundo, se reconoce que es justo tener en cuenta la opinión del niño cuando su edad lo permite, aunque «ello no significa hacer necesariamente lo que aquél diga, sino valorar su opinión armonizadamente con los restantes elementos de la causa, a fin de no transformarlo en un árbitro de cuestiones que están más allá de su decisión y responsabilidad»⁹⁸.

Respecto al cambio en la atribución de la tenencia, la regla es que no se debe innovar, salvo que razones atendibles así lo aconsejen en interés de los menores⁹⁹. Por ende, «El progenitor que no ha tenido la guarda de su hijo debe probar la existencia de causas graves como impedimento para que el otro continúe en la tenencia, dado que, en principio, la tenencia de los hijos menores debe otorgarse al progenitor con el cual se encuentran, manteniéndose el *statu quo*»¹⁰⁰. Incluso, aun cuando los hijos menores no habitaban en condiciones de vida ideales –en el caso, en una vivienda precaria, recibiendo la madre ayuda

96. CNCiv., Sala D, 21 de noviembre de 1995, L. de A., M. C. y A., J. E., La Ley 1996-D, 678.

97. Corte de Justicia de la Provincia de San Juan, 1 de abril de 1998, G., A. V., La Ley Gran Cuyo 1998, 458.

98. CNCiv., Sala H, octubre 20-1997. L., D.A. c. D., N.B. s/tenencia de hijos. ED 9 de febrero de 1998. También La Ley 1998-D, 261.

99. CNCiv., Sala E, mayo 31-988. S., R. c. T. de S., B., La Ley 1990-A, 70.

100. CNCiv., Sala L, 24 de agosto de 2005. V., M.N. y otro c. S., W.F., DJ 2005-3, 648 - La Ley 31 de octubre de 2005.

de sus padres—, se tuvo por no acreditada la configuración de una situación de gravedad que autorizara el cambio en la situación de hecho existente¹⁰¹.

VI. ATRIBUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

En punto a la atribución del hogar conyugal, «si bien es cierto que se reconoce preferentemente para el otorgamiento de la vivienda, al cónyuge que ejerce la tenencia de los hijos menores, es apropiado otorgarla al padre si éste permaneció en el hogar conyugal y se le otorga la tenencia de uno de los hijos»¹⁰².

De acuerdo a las pautas brindadas por el artículo 211 del CC¹⁰³, entendida la norma como una limitación temporal al ejercicio pleno del derecho de propiedad fundado en razones de orden público como es la seguridad del grupo familiar que lo habita¹⁰⁴, se ha considerado procedente «decretar la indivisión de un inmueble que fue asiento del hogar conyugal hasta que el hijo del matrimonio llegue a la mayoría de edad, pues la determinación de la gravedad del perjuicio consecuente de un traslado de vivienda ... con las connotaciones que ello supone, no ya sólo de orden económico, sino también vivencial, es una apreciación que debe formularse según pautas de sentido común y lógica aceptables de acuerdo con las características del caso, morales, sociales y culturales y lo que la propia experiencia aconseja»¹⁰⁵. Puesta la mirada en uno de los esposos, se entendió «improcedente la división de un inmueble de carácter ganancial ocupado por el cónyuge que se encuentra en una precaria situación económica —percibía sus haberes en forma fragmentada y su empleador estaba en concurso preventivo—, pues se configuran los recaudos exigidos por el artículo 211 del Código Civil para la procedencia de la medida»¹⁰⁶. En síntesis, «Concretada la disolución de la sociedad conyugal, el inmueble —propio o ganancial— que ha sido sede del hogar conyugal y en el cual habitan hijos menores o incapaces, no puede ser vendido mediando oposición de uno de los cónyuges, salvo que el juez autorizase dicha venta por no estar comprometido el interés familiar»¹⁰⁷. Ello no es óbice para que el esposo tenga «derecho a percibir de su ex cónyuge un canon justispreciable en términos del valor locativo concurrente frustrado por el uso que ésta hace del inmueble ganancial durante la etapa de indivisión comunitaria y

101. C 1° Civ. y Com., San Nicolás, 24 de abril de 2003, B., N.A. c. N., M.V. LLBA 2003, 776.

102. CApel. en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala I, 4 de septiembre de 2000, A., M. c. G., F., La Ley Gran Cuyo 2001, 719.

103. «Artículo 211. Dictada la sentencia de separación personal el cónyuge a quien se atribuyó la vivienda durante el juicio, o que continuó ocupando el inmueble que fue asiento del hogar conyugal, podrá solicitar que dicho inmueble no sea liquidado ni partido como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal si ello le causa grave perjuicio, y no dio causa a la separación personal, o si ésta se declara en los casos del artículo 203 y el inmueble estuviese ocupado por el cónyuge enfermo. En iguales circunstancias, si el inmueble fuese propio del otro cónyuge, el juez podrá establecer en favor de éste una renta por el uso del inmueble en atención a las posibilidades económicas de los cónyuges y al interés familiar, fijando el plazo de duración de la locación...».

104. CApel. en lo Civil y Comercial de Junín, 27 de mayo de 1997, Ch., J. O. c. S., M. A., LLBA 1997, 1133.

105. CNCiv., Sala B, 25 de abril de 2002, G., F. E. c. N., M. A., DJ 2002-2, 1003-La Ley 2002-E, 241.

106. C 1a de Apel. en lo Civil y Comercial de San Nicolás, 14 de diciembre de 2000, C., N. D. c. C., N. G., LLBA 2001, 414.

107. CApel. en lo Civil y Comercial de Junín, 27 de mayo de 1997, C., J. O. c. S., M. A., La Ley 1999-B, 813.

antes de materializarse la partición...» y aun cuando «el hijo menor de ambos también habite el inmueble...»¹⁰⁸.

A su vez, el segundo párrafo del artículo 1277 del CC dispone que «También será necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos, en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces. Esta disposición se aplica aun después de disuelta la sociedad conyugal, trátese en este caso de bien propio o ganancial».

La mentada exigencia «tiende en forma inequívoca a la protección del núcleo familiar integrado por hijos menores o incapaces, que en ausencia de aquélla podrían quedar privados de la vivienda por la disposición del inmueble por su titular»¹⁰⁹.

VII. ALIMENTOS

La jurisprudencia ha dado innumerables pautas para fijar alimentos. He aquí algunas de las más relevantes.

Si se trata de hijos menores, «La cuota alimentaria es uno de los deberes que se impone a los padres como contenido de la patria potestad, no está sujeta, entonces, como en el caso de los restantes parientes, a la prueba de la necesidad por parte del reclamante. Basta el pedido para la procedencia del reclamo, sin perjuicio de que la cuota se establecerá en relación a las posibilidades del demandado y a la necesaria contribución del otro progenitor»¹¹⁰; «A efectos de determinar el *quántum* de la cuota alimentaria debe tenerse en cuenta que la actora posee mayores ingresos que el demandado, convive con sus hijos en el domicilio que fuera sede del hogar conyugal y abona una cobertura médica para el grupo familiar»¹¹¹; «no sólo es preciso tener en cuenta las posibilidades económicas del alimentante, sino también la contribución del otro progenitor»¹¹²; «aunque el deber de contribuir con los gastos de los menores también deber ser soportado por la madre, ello no exime de obligación al padre»¹¹³; «el deber de la madre siempre se interpretó en función de su contribución en especie, derivada de la crianza de los hijos en la medida que estén bajo su custodia, por lo que de ningún modo la obligación de esta última importa una liberación para el progenitor»¹¹⁴; «dado que el cumplimiento de la obligación alimentaria constituye un deber adquirido al procrear los hijos, quien debe prestar alimentos se encuentra constreñido a trabajar en la medida necesaria para que los beneficiarios cuenten con recursos suficientes. Ello así, máxime en el

108. CApel. CC Bahía Blanca, Sala I, agosto 16-1994, S., U.J. Incidente de tasación, fijación de cuota por alquiler y explotación de inmueble ganancial en autos: V., M.L. c. S., U.J. Inc. de liquidación conyugal. Exclusión del hogar, ED 25 de abril de 1995.

109. SC Buenos Aires, agosto 22-1989. C. de D., M.A. c. S. de D., A. y otros (Ac. 40.238), ED 16 de agosto de 1990.

110. CNCiv., Sala F, septiembre 17-1998. C., E.L. c. C., F.F. s/incidente familia, ED 7 de julio de 1999, Síntesis Jurisprudencial.

111. CNCiv., Sala E, 26 de agosto de 2005, J. T., D. y otro c. G., E., La Ley 15 de septiembre de 2005, 7.

112. CNCiv., Sala E, 5 de marzo de 2008, R. M., N. M. y otros c. E., J. M., La Ley 2008-C, 6.

113. CNCiv., Sala A, septiembre 5-1994, A., de A., G.N. y otros c. A., O.E. s/alimentos, ED 21 de noviembre de 1994.

114. CNCiv., Sala A, diciembre 9-992, S., H.O. c. B., E.N., La Ley 1993-D, 114.

caso en que el demandado no ha invocado imposibilidad concreta de realizar labores que le permitan obtener los recursos necesarios para la manutención de su familia»¹¹⁵.

Si los hijos arriban a la mayoría de edad, «cesa *ipso iure* la obligación alimentaria, salvo que se hubiese demostrado que los alimentos le son indispensables y que no está en condiciones de procurárselos¹¹⁶». Por tanto, éstos «pueden deducir, ante el hecho de la cesación de la prestación alimentaria, la acción de alimentos, demostrando la necesidad de asistencia, la imposibilidad de proveérsela por sí y, en su caso, la posibilidad del padre para continuar proveyéndoselos aun más allá de la mayoría de edad alcanzada¹¹⁷».

Tratándose de alimentos debidos al cónyuge, la separación de hecho no obsta a la exigibilidad del deber de asistencia impuesto por el artículo 198 del CC.

No obstante, la jurisprudencia le ha otorgado variado contenido. Por un lado, están quienes postulan «que debe consistir en una ayuda material mínima a complementarse con otro ingreso, es decir, que la cuota no debe sobrepasar los gastos considerados más elementales y necesarios»¹¹⁸ y, por el otro, los que entienden que debe aplicarse, «por proyección, el régimen alimentario de los cónyuges que conviven. De manera que el principio general contenido en el artículo 207, referido al cónyuge inocente, así como las pautas a tener en cuenta, que la misma norma enumera, también será la base de razonamiento para la estimación de la cuota en este caso»¹¹⁹.

«Cuando la cuota alimentaria se establece a favor de la cónyuge inocente, no se encuentra circunscripta sólo al ámbito de lo estrictamente alimentario (...), sino que resulta más abarcativa, en la medida en que la asignación de dicha suma tiende, además, a que el cónyuge inocente conserve, prudentemente, el *status* económico habido durante la vigencia del matrimonio, de acuerdo a las pautas que emanan del artículo 207 del Código Civil»¹²⁰.

Resumiendo, «en el marco de las disposiciones del Código Civil, existen sólo tres categorías de cónyuges inocentes beneficiarios de los alimentos previstos en su artículo 207, a saber: a) el que no hubiere incurrido en las causales de separación personal del artículo 202 (artículo 214, inciso 1.º); b) aquél cuya separación se hubiera decretado a instancia del otro en razón de alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o adicción a las drogas, y c) el cónyuge separado o divorciado que hubiere alegado y probado no haber dado causa a la separación»¹²¹.

115. CNCiv., Sala F, septiembre 16-997, G. A., L. M. c. A., F. L., La Ley 1998-C, 548.

116. CNCiv., Sala B, diciembre 23-1988, A. de S., J. de las M. c. S., F., ED II de diciembre de 1989.

117. Tribunal de Familia de Formosa, 20 de mayo de 1999, V., M. E., c. V., F. C., La Ley 2000-C, 894, (42.629-S) - LLLitoral, 2000-103.

118. CNCiv., Sala A, 18 de agosto de 2000, I., M. A. c. L., A. C., La Ley 2001-A, 577.

119. CApel. Concepción del Uruguay, Sala Civ. y Com., 5 de septiembre de 1996, N. de D., M.M. v. D., R.E., JA 1997-III-55.

120. CNCiv., Sala J, 12 de junio de 1996, R., B. c. C., E. A., Lexis núm. 10/3289.

121. CApel. en lo Civil y Comercial de Resistencia, Sala III, 14 de marzo de 1996, K. de B., M. c. B., O. R., LLLitoral 1998-1, 975.

Respecto a los denominados alimentos de extrema necesidad para que el cónyuge culpable adquiera el derecho a percibirlos, deberá producir pruebas en orden a acreditar la concurrencia de los presupuestos establecidos en el artículo 209 del Código Civil. Así, se admitió su fijación, «en favor de la cónyuge que no tiene ingresos propios, tiene cuarenta años de edad y, aun siendo profesional, carece de actualización necesaria pues durante el tiempo que duró el matrimonio se dedicó al cuidado de los hijos¹²²». Empero, se le encomendó arbitrar los medios necesarios para obtener una tarea remunerativa.

VIII. MEDIDAS TENDIENTES A ASEGURAR EL CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES FAMILIARES

La experiencia muestra que al cabo de un tiempo, en un porcentaje significativo, uno u otro ex cónyuge presenta algún grado de inobservancia hacia los deberes familiares.

Los mayores conflictos, indudablemente, se generan con el régimen comunicacional paterno-filial y con los alimentos entre cónyuges y hacia los hijos.

Por tanto, haré referencia, en particular, a las distintas respuestas jurisdiccionales brindadas para generar acatamiento por parte del infractor.

Ingresando a la primera de ellas, se ha decidido que «Si las partes no cumplen con el régimen de visitas establecido, las constancias de la causa avalan disponer la designación de un tutor especial para que represente a los menores en autos y gestione para ellos el dictado de todas las medidas que aseguren sus derechos, toda vez que la circunstancia de que los menores se encuentren bajo patria potestad, no es óbice para dicha designación cuando pudieran presentarse intereses encontrados, como se advierten en el caso»¹²³.

Cuando un progenitor obstruye el vínculo paterno-filial o hay necesidad de revincular, otra medida a la que se acude y que sigue generando voces encontradas, es la denominada «terapia bajo mandato».

En su contra, se argumenta que «Si bien el tribunal puede instar a que todo el grupo familiar se someta a terapia de familia, no se les puede imponer, aunque la negativa de alguno de los progenitores a hacerlo podrá constituir elemento de juicio para modificar el régimen de tenencia o de visitas»¹²⁴.

En la línea contraria, «Surgiendo de las actuaciones la dificultad existente entre las partes para arribar a un acuerdo en torno al régimen de visitas, corresponde disponer que toda la familia sea puesta en terapia familiar y que cuando las circunstancias lo permitan, comiencen una terapia de revinculación de los niños con el padre»¹²⁵. También se ha

122. CNCiv., Sala C, 18 de junio de 1996, F., S.M. v. La Rotonda Daniel G., JA 1997-III-54.

123. CNCiv., Sala K, octubre 26-2000, L., M.C.R. c. M., A. s/tenencia de hijos, ED 8 de junio de 2001.

124. CNCiv., Sala E, 26 de mayo de 1986, Mc N. E. c. M., D., La Ley 1986-E, 437-DJ 1987-1, 388.

125. CNCiv., Sala K, marzo 13-2000, S.T., G.M. c. F., G.H. s/régimen de visitas, ED 18 de enero de 2002.

considerado que correspondía «suspender el régimen de visitas de los progenitores con el menor si éstos no acreditaron la realización del tratamiento psicoterapéutico indicado en la causa»¹²⁶.

Como ya dijera, este recurso también se utiliza para restablecer una adecuada vinculación de los hijos con algún progenitor. En un caso, impuso el tribunal «la realización de un tratamiento de terapia familiar que habrá de ser controlada por el asesor de menores de primera instancia advirtiendo que la negativa a su cumplimiento podrá valorarse como un elemento de juicio para modificar el régimen de tenencia en favor del padre»¹²⁷.

Cuando uno de los padres estimula a sus hijos a rechazar al otro, un criterio al que se acude es que la tenencia de los niños sea acordada al padre que mejor garantice el acceso de aquéllos con el otro progenitor¹²⁸.

Desde el ámbito penal, la Ley 24.270 instituye –como acción dependiente de instancia privada– el delito de impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes¹²⁹.

La aplicación de *astreintes*¹³⁰ tiene por finalidad vencer la resistencia del incumplidor. Si bien originariamente su aplicación era en el ámbito contractual, se ha extendido a cuestiones que involucran diferentes deberes familiares.

En ese sentido, valgan como muestra dos fallos, uno, relativo a la obstaculización de la madre en el régimen de visitas y, el otro, al incumplimiento de la obligación alimentaria: «Es admisible la pretensión de imponer *astreintes* a la madre que se niega a cumplir el régimen de visitas convenido a favor del padre y homologado judicialmente, respecto del hijo menor de ambos, puesto que las mismas proceden respecto de todo tipo de obligación, tengan o no contenido patrimonial y sean o no de origen contractual»¹³¹ y «Si el acuerdo celebrado entre las partes respecto a los alimentos es reciente, no se ha invocado una variación de la situación de hecho considerada por aquéllas al tiempo de emitir su consentimiento y el alimentante ha incurrido en atraso, el apercibimiento de *astreintes* es ajustado a derecho en virtud de la índole de la prestación comprometida»¹³².

En materia alimentaria, existen otras posibilidades. Así, «Aun cuando no medie incumplimiento por parte del alimentante, es posible disponer la retención directa de la cuota alimentaria, oficiando a la empleadora del alimentante a efectos de que mensualmente haga el depósito judicial respectivo. Ello no debe ser considerado una medida cautelar, sino sim-

126. CNCiv., Sala K, 21 de mayo de 2002, S., M. J. y otro c. U., A. B., La Ley 2002-E, 604-DJ 2002-3, 415.

127. CNCiv., Sala E, mayo 31-988. S., R. c. T. de S., B., La Ley 1990-A, 70.

128. CNCiv., Sala F, 22 de septiembre de 1998, A. de B., M. A. y B., Ch., La Ley 2000-A, 552-DJ 1999-1, 1080.

129. MIZRAHI, Mauricio Luis, *Familia, matrimonio y divorcio*, cit., p. 446-447.

130. Artículos 666 bis del CC y 37 del Código Procesal.

131. CNCiv., Sala A, 29 de octubre de 2003, G.A., C. c. P.C., A.P., La Ley 2003-F, 1021.

132. CNCiv., Sala H, 29 de septiembre de 1997, Z., J. c. B., S., La Ley 1997-F, 770-DJ 1998-1, 497.

plemente una modalidad que tiende a hacer más regular y también más seguro, el procedimiento del cobro de la cuota»¹³³.

Esta modalidad, resulta útil en épocas de estabilidad económica aunque se encuentra acotada a quienes trabajan en relación de dependencia.

Frente a la queja del alimentante del efecto negativo que esta medida judicial podía producir ante la patronal, se ha señalado que de ningún modo afectaba su honor y que se podía hacer constar en el oficio donde se disponía la retención directa, que representaba –simplemente– una forma de pago¹³⁴.

Aunque excepcionalmente, se admite el embargo en garantía de la percepción de cuotas alimentarias futuras cuando circunstancias particulares permitan inferir que no mediará un cumplimiento voluntario por parte del deudor¹³⁵.

Firme la sentencia que fija la cuota alimentaria y ante su incumplimiento, procede la correspondiente ejecución que prevé el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en el Libro IV, Procesos Especiales, en los artículos 638 y siguientes bajo el título «Alimentos y litisexpensas».

Finalmente, cabe mencionar que en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 269¹³⁶ ha creado un Registro de Deudores Alimentarios Morosos¹³⁷ que impone a quienes adeuden total o parcialmente tres cuotas alimentarias consecutivas o cinco alternadas, una serie de restricciones e inhabilitaciones. Entre ellas: las instituciones y los organismos públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no pueden abrir cuentas corrientes, otorgar tarjetas de crédito, habilitaciones, concesiones, licencias o permisos a quienes se encuentren incluidos en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos (artículo 4) y cuando la explotación de un negocio, actividad, instalación, industria o local con habilitación acordada cambie de titularidad, debe requerirse a dicho Registro la certificación respectiva del enajenante y adquirente, (...) De comprobarse la existencia de deuda alimentaria, la transferencia no quedará perfeccionada hasta tanto se regularice la situación (artículo 8).

En fin, se acepta y, en rigor es sumamente utilizada, la intimación judicial a cumplir determinado deber, bajo apercibimiento en caso de incumplimiento de ponerlo en conocimiento de la justicia penal para que investigue la eventual comisión del delito de desobediencia judicial en los términos del artículo 239 del Código Penal¹³⁸.

133. CApel.CC Junín, octubre 2-1997, M., A.M. y S., H.A. s/divorcio, ED 11 de agosto de 1998.

134. BOSSERT, Gustavo A., *Régimen jurídico de los alimentos*, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 518.

135. CNCiv., Sala H, 2 de noviembre de 2000, L., G.C. v. D.B., J.C., JA 2001-IV-35.

136. Sanción de 11 de noviembre de 1999, promulgación de hecho de 16 de diciembre de 1999, BOCAB Ciudad de Buenos Aires de 5 de enero de 2000.

137. Siendo los registros locales, distintas provincias han creado sus respectivos Registros de deudores alimentarios morosos. Por ejemplo, la provincia de Santa Fe por Ley 11.945; la provincia de Entre Ríos por Ley 9424; la provincia de Córdoba por Ley 8892 y la provincia de Buenos Aires por Ley 13.074.

138. BOSSERT, Gustavo A., *Régimen jurídico de los alimentos*, cit., p. 519.

A modo de cierre, sólo me resta expresar que los operadores jurídicos tenemos el deber de propiciar aquellas soluciones que mejor satisfagan el interés de todos y cada uno de los miembros de la familia. Sería deseable que las obligaciones familiares fueran voluntariamente realizadas. De no ser así, será nuestra responsabilidad, desde el ámbito que cada cual ocupa, recurrir a la vía más idónea para remover los obstáculos que impiden un adecuado ejercicio de los derechos-deberes parentales.

Revista de Derecho de

familia

TRIBUNA ABIERTA

TRANSEXUALIDAD Y RÉGIMEN DE VISITAS

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

ABOGADA ESPECIALIZADA EN DERECHO DE FAMILIA. DOCTORA EN DERECHO

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, con motivo de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, que reguló la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, posibilita a la persona transexual corregir la inicial asignación registral de un sexo que no se corresponde con su identidad de género, así como el cambio de nombre, en consonancia con este último, bastando, para ello, con que acredite, mediante Informe de Médico o Psicólogo clínico, que le ha sido diagnosticada disforia de género, y que ha sido tratada, médicamente, durante, al menos, dos años, para acomodar sus características físicas a las correspondientes del sexo reclamado, según el artículo 4.1 de la citada Ley, lo que da derecho a poder solicitar la rectificación de la mención registral del sexo, que, según el artículo 5, tendrá efectos constitutivos –y no meramente declarativos–, incluso, y esto es una novedad importante, con carácter retroactivo, pues la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2007 así lo acordó.

En este trabajo, va a ser objeto de estudio y análisis una Sentencia, que, con motivo de una controversia en sede de Derecho de Familia, se suscitó en relación con una persona transexual y la problemática que surgió por una cuestión del derecho de visitas.

TRANSEXUALIDAD, INESTABILIDAD EMOCIONAL Y DERECHO DE VISITAS

En primer lugar, hay que analizar los Antecedentes que dieron, más tarde, lugar a la Sentencia que va a ser objeto de estudio, que fue dictada por el Tribunal Constitucional en fecha 22 de diciembre de 2008.

Los Hechos se recondujeron a los siguientes: El Juzgado de Primera Instancia de Lugo decretó la separación legal del matrimonio formado por el más tarde recurrente en amparo y la recurrida, aprobándose judicialmente un convenio regulador pactado entre los cónyuges, en el que, además de concederse la patria potestad a ambos esposos, y la custodia a la madre, se estableció, en cuanto al régimen de visitas, que el padre podría tener en su compañía al hijo los fines de semana alternativos, fijándose, asimismo, las reglas para la custodia del hijo menor durante las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano, dividiendo cada período en dos y asignando a cada progenitor la mitad correspondiente, con carácter rotatorio. Esta Sentencia fue dictada el 2 de abril de 2002.

El 24 de mayo de 2004, se presentó, por la esposa, demanda de modificación de medidas definitivas, interesando la privación de la patria potestad al padre y la inmediata y total suspensión del régimen de visitas y comunicación con el padre respecto del hijo, aduciéndose, como fundamento para ello, en primer lugar, cierto desinterés del padre sobre el niño, además de no abonar la pensión alimenticia, salvo en contadas ocasiones, y, en segundo lugar, el hecho de que, desde hacía unos meses, el padre se estaba sometiendo a un tratamiento de cambio de sexo, y que se maquillaba y se vestía, habitualmente, como una mujer.

En la vista oral del procedimiento de modificación de medidas, la madre se ratificó en su solicitud, oponiéndose el padre, que prestó declaración, manifestando que sus relaciones tanto con su hijo como con su esposa fueron normales, hasta que, a principio de 2004, empezó un tratamiento hormonal, vista su condición de transexual, teniendo la intención de continuar con el tratamiento hormonal y completar el cambio de sexo mediante intervención quirúrgica.

Por su parte, al menor se le oyó –contaba con seis años de edad–, manifestando éste que le gustaba estar con su padre, aunque prefería que no se maquillase. El Informe de la Psicóloga se decantó en el sentido de que, siendo reciente el inicio del tratamiento para cambio de sexo del padre, la permanencia continuada del menor, sin la presencia de la madre, podía constituir un situación de riesgo para la salud emocional del menor, pero no por la transexualidad en sí misma, aconsejando un régimen de visitas paulatino y según criterio de los profesionales del Punto de Encuentro, al menos hasta que el padre fuese intervenido quirúrgicamente y se encontrara en sus plenas facultades físicas y psicológicas, y con la disponibilidad y estabilidad que el hijo menor requiere.

La Sentencia, en procedimiento de modificación de medidas definitivas, desestimó la pretensión de privación de la patria potestad del padre, al entender que no consta acreditado que hubiera desatendido a su hijo de forma grave. En cuanto a la suspensión del régimen de visitas, el Juzgado acordó estimarla en parte, en el sentido de revocar el régimen establecido en la Sentencia de separación, pudiendo el padre tener en su compañía al menor, pero con un régimen de visitas que se desarrollarían en el Punto de Encuentro de la ciudad de Lugo, controladas por profesionales y con la presencia de ambos progenitores hasta que los profesionales lo estimaren oportuno, emitiéndose informes bimensuales al Juzgado a fin de realizar un seguimiento del desarrollo de las visitas.

Esta decisión se fundamenta en la inestabilidad emocional del recurrente, a la que se refiere el Informe pericial psicológico, provocada por el cambio de sexo y su proyección sobre la evolución educativa y emocional del menor. El Juzgado matizó afirmando que la

restricción del régimen de visitas no conllevaba una discriminación al padre por el hecho de ser transexual, sino que de lo que se trataba era de buscar soluciones adecuadas para el interés del menor, a fin de que éste, progresivamente, se fuera adaptando a la nueva situación de una manera adecuada.

El padre apeló la Sentencia de instancia, aportando declaración de un Psicólogo, que manifestó que no se objetiva ningún trastorno mental, siendo emocionalmente estable. Pero, la Sentencia de apelación invocó el principio del *favor filii*, confirmando íntegramente la modificación del régimen de visitas acordado por la Sentencia de instancia, al entender que el cambio de identidad sexual del padre biológico del menor debía ser asumido progresivamente por éste.

Por fin, el recurrente dirigió demanda de amparo, a lo que se opuso la recurrida, en el sentido de negar que se estuviera ante un supuesto de discriminación por razón de la transexualidad del recurrente en amparo, tratándose sólo de una modificación del régimen de visitas en interés del hijo menor.

El Ministerio Fiscal presentó escrito de alegaciones, interesando el otorgamiento del amparo, al entender que la modificación acordada del régimen de visitas supone un perjuicio para el padre, al pasar de un régimen normal de visitas a otro en el que éstas son supervisadas en un Punto de Encuentro.

El Fiscal, efectivamente, sostuvo que la decisión de restringir el régimen de visitas exige una justificación razonable y objetiva, que no se halle reorientada por una nueva condición sexual del padre, entendiéndose, asimismo, que la referencia a la inestabilidad emocional no se relaciona causalmente con el menor, no argumentándose tampoco de qué manera.

El Fiscal, en sus conclusiones, estimó que tanto la sentencia de instancia como la de apelación fracasan a la hora de establecer un nexo racional, objetivo y lógico entre el estado emocional del padre y su incidencia en el menor, de manera que, en base al mismo, se pudiera fundamentar el drástico cambio del régimen de visitas acordado inicialmente, lo que determina que debe entenderse infringida la prohibición constitucional de no discriminación, *ex* artículo 14 de la Constitución, pues es la nueva condición de transexual del padre la que ha motivado *de facto* esa decisión del cambio de dicho régimen, por lo que el Fiscal interesó que se declarase la lesión del derecho fundamental infringido y se decretara la nulidad de las Sentencias recurridas, interesando, asimismo, que se restableciera al recurrente en su derecho, acordando el mantenimiento del anterior régimen de visitas.

En los Fundamentos Jurídicos de esta Sentencia, el Tribunal Constitucional entendió que la demanda de amparo se dirigía contra ambas Sentencias, la de Instancia y la de Apelación, de acuerdo con reiterada doctrina constitucional que cita y que omito para evitar la farragosidad.

Considera el Alto Tribunal que, en lo sustancial, se sigue aplicando el régimen de visitas acordado en las Sentencias impugnadas en amparo, lo que supone una evidente limitación para los derechos del recurrente, en comparación con el acordado inicialmente en la Sentencia de separación que aprobó el convenio regulador.

El recurrente estimaba que los argumentos sustentados por las decisiones judiciales encubrían, o enmascaraban, una discriminación por razón de la orientación sexual, discriminación proscrita en el artículo 14 del Texto Constitucional, al haberse resuelto la restricción del régimen de visitas a su hijos por la reserva que suscita a los órganos judiciales su condición de transexual, prejuicio sin el cual dicha restricción no habría sido acordada.

El Alto Tribunal razona en el sentido de que el recurrente se define a sí mismo como transexual, constando que, desde el año 2004, viene sometándose a tratamiento hormonal para la reasignación de sexo –de varón a mujer–, y que se maquilla y se viste habitualmente como una mujer, no constando que haya finalizado dicho tratamiento, ni que se haya sometido a una intervención quirúrgica, entendida ésta como una fase del procedimiento médico de transformación. Tampoco consta que haya formalizado, en el Registro Civil, el cambio de sexo.

En cualquier caso, como ya ha quedado apuntado anteriormente, en la actualidad, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, posibilita a la persona transexual –mejor debería decir a la persona «que se siente transexual», ya que la reasignación del sexo sólo se produce, fisiológicamente, con la intervención quirúrgica– corregir la inicial asignación registral de un sexo que no se corresponde con su identidad de género, así como el cambio de nombre.

El Tribunal Constitucional razona afirmando que la Jurisprudencia viene distinguiendo entre la cláusula general de igualdad del primer inciso del artículo 14 de la Constitución, por la que se confiere un derecho subjetivo a todos los ciudadanos a obtener un trato igualitario de los poderes públicos, siempre que concurren supuestos idénticos y no existan razones que objetivamente justifiquen la diferenciación. A un tiempo, el Alto Tribunal entra a considerar el inciso segundo del citado artículo 14 de la Constitución, que prohíbe la práctica de comportamientos discriminatorios basados en alguno de los factores que allí se mencionan a modo de listado enunciativo y no cerrado, siguiendo los razonamientos de la Sentencia 75/1983, de 3 de agosto.

El Tribunal razona afirmando que no existe ningún motivo que lleve a excluir la cobertura del principio de no discriminación contenido en el inciso segundo del artículo 14 a una queja relativa a la negación del recorte indebido de derechos familiares a quien se define como transexual y alega haber sido discriminado precisamente a causa de dicha condición, por el rechazo e incompreensión que produce en terceros la disforia de género.

El artículo 14 de la Constitución, efectivamente, alude, en su inciso final, a la prohibición de discriminación por cualquier otra condición o circunstancia personal o social, cláusula esta que permite acoger, bajo su seno, precisamente a la transexualidad, con un amplia referencia a la Jurisprudencia del Tribunal Europeo, que afirma que las diferencias de trato basadas en la orientación sexual exigen razones especialmente importantes para ser justificadas. A continuación, el Alto Tribunal entra a considerar los principios básicos que rigen en materia de relaciones paternofiliales, entendiendo que es el interés –o beneficio– del menor el criterio que ha de presidir la decisión que, en cada caso, corresponda adoptar al órgano judicial competente, insistiendo en que, cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecte al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, pudiendo repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo

menor, será el interés de los progenitores –o el de uno de ellos– el que deba ceder frente al interés del hijo, que es prevalente.

El Tribunal, en consecuencia, estima que se está, en estos supuestos, ante un juicio de ponderación, identificando claramente los bienes y derechos en juego, los cuales pugna por cada lado, pero siempre intentando calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida que se adopte.

Estima el Tribunal –con criterio, a mi juicio, muy acertado y que, más tarde, tendré ocasión de comentar–, que, cuando lo que está en juego es la integridad psíquica del menor, no deviene necesario que se acredite consumada la lesión para poder limitar los derechos del progenitor, sino que basta con la existencia de un riesgo relevante de que la lesión puede llegar a producirse, tal como declaró, con acierto, la Sentencia 221/2002, de 25 de noviembre, así como la 71/2004, de 19 de abril. Se trata, como fácilmente puede comprenderse, de un riesgo consistente en la alteración afectiva de la personalidad del hijo menor, merced a un comportamiento socialmente indebido de su progenitor, «bien sea por la negatividad de los valores sociales o afectivos que le transmite durante el tiempo en que se comunican, bien por sufrir el menor de manera directa los efectos de actos violentos, inhumanos o degradantes a su dignidad ocasionados por el padre o la madre, o que de manera persistente alteran o perturban su psique. Sea cuales fueren los motivos de estas perturbaciones, incluso si se debieran a circunstancias incontrolables para el progenitor causante (depresiones o problemas mentales de diversa índole), resulta inequívoco y absoluto que el hijo menor no está en modo alguno obligado a sufrirlos, y sí la autoridad competente a arbitrar los instrumentos para evitarlo, incluso con restricciones y suspensiones de ese derecho de comunicación filial, según la gravedad de los hechos».

La sentencia se detiene a considerar que en modo alguno resulta constitucionalmente admisible presumir la existencia de un riesgo de alteración afectiva de la personalidad del menor por el mero hecho de la orientación sexual de uno u otro de sus progenitores. Sería, según criterio del Alto Tribunal, discriminatorio adoptar una decisión judicial consistente en suprimir, suspender o limitar el derecho de comunicación de los progenitores con sus hijos menores tomando como fundamento, de forma principal o exclusiva, la transexualidad del padre o de la madre, discriminación prohibida en el artículo 14 de la Constitución. Se refiere el Tribunal, asimismo, al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el que se reconoce el respeto de la vida privada y familiar (respeto que, por nuestra parte, en España, se garantiza por el artículo 18.1 de la Constitución).

Insiste el Tribunal en que la disforia de género en modo alguno puede erigirse como justificación objetiva y razonable para dispensar un trato discriminatorio en perjuicio del progenitor afectado por ella, en relación con sus hijos menores de edad.

Pero, una vez hechos estos razonamientos, el Tribunal se detiene en la consideración del principio llamado «beneficio» del menor, o «interés» del menor. El verdadero motivo fundamentador de la restricción del derecho de visitas reside, esencialmente, en mantener al hijo menor alejado de la inestabilidad emocional del padre, inestabilidad emocional puesta de manifiesto, con claridad, en el Informe pericial psicológico –algo que, por otra parte, creo que es inherente al proceso de cambio de sexo de cualquier persona–. Por tanto, no es, en definitiva, la transexualidad del recurrente la causa de restricción en el régimen de

visitas acordada en las sentencias objeto de impugnación, sino la situación de inestabilidad emocional por la que el padre atraviesa, lo cual, no cabe duda, a mi juicio, supone un riesgo relevante de alteración afectiva de la salud emocional y del desarrollo de la personalidad del menor, dada su edad –seis años–, en el momento de producirse la exploración judicial, y la etapa evolutiva en la que se encuentra.

La sentencia puntualiza afirmando que «un menor no tiene, ni moral ni jurídicamente, el deber de soportar un trato inadecuado y perturbador de sus padres por razón de los problemas personales que éstos padezcan, sean cuales fueren, incluyendo los derivados de una decisión libre de uno de los progenitores de someterse a un proceso de reasignación de sexo...».

El Tribunal parte de una valoración ponderada y objetiva de las pruebas practicadas en el proceso, en especial de la pericial psicológica, apreciando la existencia de un riesgo cierto, pudiendo llegar a producirse perjuicios para la integridad psíquica del menor, o para el desarrollo integral de su personalidad, de mantenerse el régimen originario de vistas. La medida adoptada de restricción se acuerda, por tanto, teniendo en cuenta el interés genuino y prevalente del hijo menor, y sin que esta decisión se haya visto influida por el dato de la transexualidad del padre, lo que conlleva descartar que las sentencias impugnadas hayan dispensado al recurrente un tratamiento jurídico desfavorable en el marco de sus relaciones paternofiliales, proscrito por el artículo 14 de la Constitución.

Suscita, inevitablemente, un comentario esta sentencia analizada. En primer lugar, hay que resaltar algunos aspectos del artículo 14 de la Constitución, precepto este que confiere un derecho subjetivo a todos los ciudadanos a obtener un trato igualitario de los poderes públicos, pero, lógicamente, siempre que concurren supuestos idénticos y no existan razones que, objetivamente, y con la adecuada y oportuna ponderación de intereses en juego, justifiquen la diferenciación.

La segunda vertiente del derecho fundamental a la igualdad viene referida en el inciso segundo del citado artículo 14, al prohibir expresamente la práctica de comportamientos discriminatorios basados en alguno de los factores que allí se mencionan a modo de listado enunciativo y no cerrado, tal como puntualizó la Sentencia 75/1983, de 3 de agosto.

En este sentido, María Isabel DE LA IGLESIA MONJE¹, al comentar esta sentencia, ha estimado que, desde esta perspectiva, no existe ningún motivo que lleve a excluir de la cobertura del principio de no discriminación contenido en el inciso segundo del mencionado precepto a una queja relativa a la negación o recorte indebido de derechos, en este caso familiares, a quien se define como transexual y alega haber sido discriminado precisamente a causa de dicha condición y del rechazo e incomprensión que produce en terceras personas la disforia de género. La constatación de que la transexualidad comparte, con el resto de los supuestos mencionados en el artículo 14 de la Constitución, el hecho de ser una diferencia históricamente arraigada y que ha situado a los transexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 de la Constitución, además del

1. DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, «Transexualidad y restricción del régimen de visitas», en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 713, mayo-junio 2009.

examen de la normativa que, *ex* artículo 10.2 de la Constitución, debe servir de fuente de interpretación del artículo 14.

La mención del artículo 10 de la Constitución hecha por la sentencia objeto de análisis me lleva a hacer algunas consideraciones. Efectivamente; el artículo 10 es un precepto paradigmático, porque se hace alusión a la dignidad de la personas, a los derechos inviolables que le son inherentes, al libre desarrollo de la personalidad, al respeto a la Ley y a los derechos de los demás, y a este conglomerado se le configura como fundamento del orden político y de la paz social.

Quizás uno de los conceptos más escurridizos, jurídicamente y axiológicamente, sea el de «dignidad» de la persona, así como el relativo al «libre desarrollo de la personalidad».

La dignidad, tras la Constitución de 1978, ha adquirido un rango, en nuestro país, que comporta –no cabe, hoy en día, dudar de ello– un significado claramente jurídico, pero también político y de cara a la vida social y familiar. Las Declaraciones Internacionales de Derechos la incluyen en su articulado. Pero, como ya expuse en otra ocasión², no se puede pensar que la dignidad sólo existe allá donde el Ordenamiento Jurídico la reconoce, protege y ampara, sino que hay que partir de la base –ineludible– de que la dignidad forma parte esencial de cada persona y, en consecuencia, su existencia es previa al Derecho. Según Miguel Ángel ALEGRE MARTÍNEZ, la dignidad no es lo que el Derecho dice que es, porque lo único a lo que podrán llegar las diversas «versiones» del reconocimiento, a nivel jurídico, de la dignidad será una aproximación, un retrato, más o menos fidedigno, de la dignidad de la persona. En consecuencia, hay que entender que el ámbito de la dignidad, o el marco en el que ésta puede –y debe– desenvolverse, supera los márgenes del Derecho, va más allá del Derecho.

Sobre este aspecto, e incidiendo ahora en el marco de las relaciones paternofiliales, habría que apuntar que hay una dificultad en orden a determinar quién decide sobre el posible atentado, o violación de la dignidad de la persona, tal como expresaban DE ESTEBAN Y GONZÁLEZ-TREVIJANO³. En el supuesto objeto de estudio, no cabe duda que el progenitor, recurrente, se sintió, en cierta manera, discriminado y, con ello, sintió, asimismo, cómo su dignidad, como persona humana, estaba en entredicho, por el hecho de haber dado el paso para la reasignación de sexo. Sin embargo, aunque la dignidad y la apreciación de su violación, o transgresión, corresponde a la propia persona, no ha de ser considerada solamente desde el punto de vista individual, porque, en este caso, las dosis de relativismo y subjetivismo serían muy grandes. Parece, siguiendo este razonamiento, que la dignidad humana va unida inseparablemente a una serie de derechos inviolables e irrenunciables, por lo que su concepto trasciende de lo que cada persona pueda considerar digno o indigno.

Estoy de acuerdo con la postura sostenida por GONZÁLEZ PÉREZ⁴, al afirmar que la persona va a conservar su dignidad desde el inicio de su vida y hasta el final de ésta, con in-

2. ROMERO COLOMA, Aurelia María, «Transexualidad y derecho a contraer matrimonio», en *Revista del Centro de Estudios Financieros* (CEFLEGAL), *Revista Práctica de Derecho*, agosto-septiembre 2004.

3. DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J., *Curso de Derecho Constitucional Español*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993.

4. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986.

dependencia –y sin perjuicio– de las circunstancias de tiempo y lugar, así como de otras circunstancias que pudieran acaecer en torno a la existencia de la persona como tal, porque el concepto de dignidad es inherente a la persona, no se separa de ésta, a pesar de las muchas y variadas circunstancias de la vida, por lo que el núcleo esencial de la dignidad acompaña a la persona, va íntima e indisolublemente ligada a ésta, aunque podrá entenderse, en determinados momentos, que ha quedado menoscabada, denigrada o vulnerada. Efectivamente; la noción que el recurrente en amparo –progenitor– tenía de su propia dignidad, en cuanto persona humana merecedora de respeto, se vio ciertamente menoscabada por el hecho de tomar la decisión de cambio de sexo. Pero, como vimos, la Sentencia va más allá de este hecho, sin duda, fundamental, al razonar en el sentido de que no era, en sí mismo considerado, el cambio de sexo, o ese proceso de transformación de hombre a mujer, lo determinante para tomar una medida de restricción del derecho de visitas para con el hijo menor de edad, sino la situación de inestabilidad psíquica que ello, no cabe duda, conlleva y comporta de forma inevitable.

La reasignación de sexo, en nuestro país, en la actualidad, puede configurarse como un derecho que entronca con el libre desarrollo de la personalidad y con las condiciones más favorables para que la persona pueda sentirse feliz y desarrollar plenamente su trayectoria vital, sin traumas. Por eso, la idea de dignidad no se puede separar de un cierto entorno o margen de libertad y de justicia, porque sólo de este modo se hará posible el desarrollo y desenvolvimiento de la personalidad. La dignidad lleva consigo la exigencia del libre desarrollo de la personalidad y, según el artículo 9.2 de nuestra Constitución, «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integre sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

La interrogante que se suscita, llegados a este punto, es la siguiente: ¿contraría a la dignidad de la persona y, en concreto, del recurrente en amparo, progenitor, la restricción que le fue impuesta en su derecho de visitas?

La respuesta a esta interrogante ha de ser negativa, a todas luces, desde mi punto de vista. El recurrente invoca su derecho, su beneficio, su interés, en gozar de la comunicación y estancia con su hijo menor, al que en nada ha perjudicado. Pero hay un extremo que no está presente en su razonamiento: se trata del interés, del beneficio, o del bienestar, del hijo, un hijo que, con la edad de seis años, aún no puede comprender ciertas cosas, ni asimilar determinadas circunstancias de la vida.

El derecho de visitas es algo muy serio, y, desde luego, próximo a derechos fundamentales. Pero este derecho de visitas no se configura, legalmente, de manera exclusiva ni excluyente, en beneficio del progenitor, sino que su configuración y desarrollo ha de estar enfocado al bienestar del niño, a su interés y beneficio. Éste ha de ser el principio prevalente, el que ha de regir en las relaciones paternofiliales, y no otro principio, ni otro interés, ni como en este caso analizado, el interés del progenitor.

El artículo 94 del Código Civil regula la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia del hijo como un derecho del que aquél podrá gozar en los

términos que se señalen judicialmente, pero «sin que pueda sufrir limitación o suspensión, salvo graves circunstancias que así lo aconsejen...».

Estimo que nos encontramos, en este supuesto analizado, ante una grave circunstancia, algo muy serio, como lo es el cambio de sexo del progenitor. No es una circunstancia baladí, ni mucho menos, y ha de ser tratada con sumo cuidado y cautela, porque estamos ante un hijo de seis años de edad, aún pendiente de configurar su personalidad.

Nadie duda que el derecho de visitas es también un derecho del progenitor, y es una manifestación del vínculo que une a éste con el hijo y que contribuye, de manera efectiva, al desarrollo de la personalidad afectiva de ambos, padre (o madre) e hijo. Pero el interés superior del niño opera como contrapeso de los derechos del progenitor, obligando al órgano judicial a una ponderación de las circunstancias concurrentes, sopesando la proporcionalidad de la media reguladora de la guarda y custodia.

Una Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de noviembre de 2002 –y, en similar sentido, la dictada por el mencionado Tribunal el 19 de abril de 2004– puso de relieve que, cuando lo que está en juego es la integridad psíquica del menor, no deviene necesario que se acredite consumada la lesión para poder limitar los derechos del progenitor, sino que basta con la existencia de un riesgo relevante de que la lesión puede llegar a producirse. Es decir, basta con el peligro, con la oportunidad de que la lesión pueda producirse de cara a un futuro más o menos próximo, aunque no se haya producido aún al día presente.

Hay que preguntarse en qué consiste ese riesgo, ese peligro. La respuesta viene determinada por la alteración efectiva –yo diría que también afectiva, emocional– de la personalidad del hijo menor de edad, merced a un comportamiento socialmente indebido –indebido en el sentido, estimo, de minoritario y perturbador, por cuanto no es un comportamiento mayoritario ni que pase desapercibido ante la sociedad– de su progenitor, bien sea por la negatividad de los valores sociales o afectivos que éste le transmite durante el tiempo que dura la comunicación entre ambos, padre e hijo, bien por sufrir el menor, de manera directa, los efectos de actos violentos, inhumanos o degradantes a su dignidad ocasionados por el padre o la madre, o que, de una manera persistente, alteran o perturban su psique.

La sentencia entiende, desde luego, que no se debe presumir la existencia de un riesgo de alteración efectiva de la personalidad del menor por el mero hecho de la orientación sexual de uno u otro progenitor. A mi juicio, no cabe admitir esta presunción *ipso facto*, pero no cabe duda, igualmente, que la orientación sexual de un progenitor es un factor a tener en cuenta cuando se trata del régimen de vistas, estancias y comunicación con el hijo, pero no porque esa orientación sexual, diferente a la mayoritaria, sea un factor constitutivo de una cierta lesión a la dignidad del progenitor –que no debería serlo, en todo caso–, sino por lo que tiene de perturbador para el hijo menor el ver a su progenitor como una persona «diferente» al resto de los progenitores.

Es evidente –y creo que nadie puede, hoy en día, ponerlo en duda– que una persona que se halle en un proceso de reasignación de sexo, pasando, como en el supuesto analizado, de hombre a mujer, sufre una serie de transformaciones tanto físicas como psíquicas, que, inevitablemente, se reflejarán en su comportamiento, actitudes, modo de pensar y de valorar los hechos y, en definitiva, en su personalidad. Cambiar de sexo no es un hecho ba-

ladí. Supone un proceso, la mayoría de las veces largo y costoso para la persona que toma la decisión de dar este paso, un paso que, desde luego, es problemático y que implica una serie de cambios, algunos de ellos drásticos, en su imagen y en su personalidad.

Todos estos cambios, esta transformación, en el seno de una relación paternofilial, con un derecho de visitas previamente establecido en sentencia de separación, para con su hijo menor, un hijo de seis años.

La inestabilidad emocional que, sin duda alguna, está presente en el marco de este proceso de transexualidad, y que ha de ser soportado por esta persona, no debe ser trasladable, de ninguna manera, al hijo. Recordemos que la Psiquiatría y la Psicología ya nos advierten que la edad infantil es un proceso en el que los hechos vividos se recuerdan con especial énfasis, sobre todo cuando esos hechos son traumáticos o discordantes. El niño es una persona en continua transformación: nace con un temperamento previamente determinado, pero su carácter se va forjando a golpes de su existencia. No es justo que la inestabilidad emocional, afectiva, sentimental y psíquica del progenitor transexual se traslade al hijo, porque ello, es muy posible, podrá marcarle de por vida en un sentido no precisamente positivo, sino negativo, incidiendo, por lo tanto, en la personalidad del hijo y en su comportamiento y actitudes ante la vida. El interés del menor, su beneficio, su bienestar, son, no cabe duda, prevalentes, han de estar por encima del interés del progenitor transexual, por ser el interés del hijo el más necesitado de protección, el que el Ordenamiento Jurídico ha de salvaguardar. Los juristas –y los Abogados de Familia, especialmente– hemos de velar por que el interés del hijo menor sea prioritario en el marco de las relaciones paternofiliales, y comprender que el niño es una persona en potencia, una delicada persona que no ha de sufrir determinados traumas, ni afrontar complejos ni inquietantes problemas. Sólo así se le podrá proteger frente a las incidencias de la vida y hasta que sea mayor de edad o, al menos, hasta que alcance un grado de madurez que le permita comprender ciertos comportamientos y actitudes de sus progenitores o, como en este caso, de uno de ellos.

Me interesa destacar, por si no ha quedado suficientemente claro, que la sentencia, objeto de análisis, de nuestro Tribunal Constitucional, fue impecable y sus razonamientos absolutamente certeros y claros.

Como expresaba Luis ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA⁵, la vertiente negativa del criterio protector del menor hace referencia a la supresión o eliminación de daños, o sea, de todo aquello que represente un detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia para el menor, constituyendo el beneficio o interés de éste y la eliminación de cuanto le sea perjudicial las pautas directivas del hacer jurídico en cualquier materia que afecte a los menores, siendo, en la práctica, más sencillo distinguir las actuaciones dañinas, peligrosas o perjudiciales –o que, potencialmente, pudieran serlo, habría que añadir–, que ponderar cuáles sean más beneficiosas que otras también benéficas.

5. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, «La participación del menor en el proceso matrimonial de sus padres», en *Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar*, Asociación Española de Abogados de Familia, Ediciones Dykinson, Madrid, 2002.

Revista de Derecho de

familia

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

**CONCLUSIONES DEL IV ENCUENTRO DE
MAGISTRADOS Y JUECES DE FAMILIA Y
ASOCIACIONES DE ABOGADOS DE FAMILIA**

VI JORNADAS NACIONALES DE MAGISTRADOS, JUECES DE FAMILIA, FISCALES Y SECRETARIOS JUDICIALES

VALENCIA, 26, 27 Y 28 DE OCTUBRE DE 2009

Sumario

I. NORMATIVA ACTUAL NACIONAL Y AUTONÓMICA SOBRE LOS PEF. EL DOCUMENTO MARCO DE MÍNIMOS PARA SU ACTUACIÓN

I.1. Sobre aspectos de la naturaleza y características de los puntos de encuentro

I.2. Sobre la intervención concreta y actuación de los puntos de encuentro

I.3. Sobre el contenido de las resoluciones judiciales que acuerden la derivación a puntos de encuentro

II. VIOLENCIA DE GÉNERO Y PUNTOS DE ENCUENTRO

III. RELACIONES ENTRE LOS JUZGADOS. LOS PEF Y LA COORDINACIÓN CON OTROS SERVICIOS SOCIALES

IV. BUENAS PRÁCTICAS PARA TODOS LOS OPERADORES JURÍDICOS EN LOS PROCESOS DE FAMILIA Y CAPACIDAD DE LAS PERSONAS

IV.1. Especialización de los operadores jurídicos

IV.2. Compromiso para favorecer los procesos de mutuo acuerdo o los acuerdos parciales sobre determinadas medidas

IV.3. Con la finalidad de alcanzar ese objetivo se consideran buenas prácticas las siguientes

A) Por los letrados. B) Por los jueces.

IV.4. Compromiso para que el proceso no incremente o lo haga lo menos posible el nivel de conflicto y el estrés de las partes y de las demás personas involucradas

A) Instalaciones. B) Práctica de las pruebas.

IV.5. Accesibilidad de ciudadanos y profesionales

IV.6. Normas de reparto

IV.7. Gestión de señalamientos

IV.8. Contenido de escritos y resoluciones

IV.9. Anexo

A) Fiscales. B) Secretarios Judiciales. C) Equipos técnicos.

V. INTERNACIONALIZACIÓN DE LA MATERIA DE FAMILIA Y MENORES: ESTUDIO DE LAS CONCLUSIONES OBTENIDAS EN SEMINARIOS EUROPEOS. LOS NUEVOS TEXTOS LEGALES

VI. LAS MEDIDAS EN RELACIÓN CON LOS HIJOS MENORES E INCAPACES: ESPECIALES PROBLEMAS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA Y SU INFLUENCIA EN OTRAS MEDIDAS. CONSECUENCIAS DE NO IMPUGNAR LA FILIACIÓN EN LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS. LA AUDIENCIA DEL MENOR. LAS VISITAS DE ALLEGADOS Y OTROS. EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: PROBLEMAS MÁS FRECUENTES

VI.1. Medidas personales en relación con los hijos

VI.2. Uso de la vivienda familiar

VI.3. Custodia compartida

VI.4. Audiencia de los menores

VII. LOS PROBLEMAS EN LA EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES DE FAMILIA

VII.1. Cuestiones procesales generales

VII.2. Obligaciones de carácter personal

VII.3. Obligaciones de carácter pecuniario

I. NORMATIVA ACTUAL NACIONAL Y AUTONÓMICA SOBRE LOS PEF. EL DOCUMENTO MARCO DE MÍNIMOS PARA SU ACTUACIÓN

1.^a Necesidad de reconocer y valorar el trabajo de los Puntos de Encuentro, recalcando su papel esencial en situaciones de crisis y conflictos familiares.

2.^a Necesidad de continuar y desarrollar el documento marco de mínimos.

3.^a Necesidad de potenciar la labor de comisiones interdisciplinarias para la regulación de los Puntos de Encuentro, con participación de todos los operadores que intervienen en ellos, siendo necesaria la constitución de un grupo de trabajo a tal efecto.

I.1. Sobre aspectos de la naturaleza y características de los puntos de encuentro

1.º Los Puntos de Encuentro deberán ser siempre en última instancia organismos de responsabilidad pública, independientemente de su titularidad pública o privada, sobre todo en el sentido de fijar la normativa a la que se ha de someter todo Punto de Encuentro.

2.º Se recomienda una cogestión entre las Consejerías de Asuntos Sociales y las Consejerías de Justicia.

3.º Los Puntos de Encuentro deberán ser órganos totalmente autónomos, admitiéndose un control exclusivamente financiero y estadístico.

4.º Es necesario que los Puntos de Encuentro estén plenamente disponibles al público, dentro de un horario adecuado, con apertura los trescientos sesenta y cinco días al año, incluyendo por tanto festivos y vacaciones.

5.º Es necesario que los Puntos de Encuentro dispongan de locales adecuados, recomendándose incluso que sean locales en planta baja y con espacios al aire libre.

6.º Todo Punto de Encuentro debe contar como mínimo con un Psicólogo, un Trabajador Social, un Educador y un Abogado.

I.2. Sobre la intervención concreta y actuación de los puntos de encuentro

1.º Se recomienda otorgar a los Puntos de Encuentro cierta autonomía a la hora de modular el régimen de visitas establecido en la resolución judicial, sin alterar su contenido sustancial.

Así, los Puntos de Encuentro podrán ejecutar inmediatamente variaciones no sustanciales del régimen de visitas establecido en la resolución judicial, cuando dichas modificaciones obedezcan a un acuerdo entre ambos padres o supongan una ampliación del régimen de visitas, sin necesidad de contar para ello con la autorización previa del órgano judicial. El Punto de Encuentro deberá poner inmediatamente en conocimiento del Juzgado que corresponda la modificación efectuada y las razones para ello, debiendo éste ratificar o no, en su caso, la variación efectuada. Esta facultad de los Puntos de Encuentro no podrá tener lugar en supuestos de violencia doméstica, en los que se deberá recabar en todo caso la autorización previa del Juzgado.

Por el contrario, nunca se podrá variar el tipo de intervención (visitas tuteladas, no tuteladas, simple seguimiento de las entregas y recogidas, etcétera) ni reducir o suspender las visitas sin previa autorización judicial.

2.º Los Juzgados deberán responder a estas comunicaciones de los Puntos de Encuentro a la mayor brevedad posible, recomendándose que la respuesta nunca se dilate más allá de las cuarenta y ocho horas.

3.º- Los Puntos de Encuentro no podrán acordar la intervención de terceras personas (abuelos, otros parientes, etcétera) sin previa autorización judicial.

I.3. Sobre el contenido de las resoluciones judiciales que acuerden la derivación a puntos de encuentro

Con carácter previo, debe recalcarse que la derivación a los Puntos de Encuentro debe estar presidida por los principios de excepcionalidad y temporalidad.

Las resoluciones judiciales deberán indicar, en cualquier caso:

1.º El tipo de intervención que se solicita: visitas tuteladas, no tuteladas, simple seguimiento de las entregas y recogidas, etcétera.

2.º El plazo de duración de la intervención del Punto de Encuentro, recomendándose a modo orientativo que no supere el plazo de un año, si bien puede ser prorrogable.

3.º Un horario de cumplimiento de las visitas, no superior a dos horas diarias, fijándose éste de forma flexible, con unos criterios mínimos, pero permitiendo cierta autonomía a los Puntos de Encuentro respecto de la fijación de la hora concreta, atendiendo a criterios de eficacia o disponibilidad.

Cualquier variación sustancial requerirá previa autorización judicial. Esta facultad de los Puntos de Encuentro no podrá tener lugar en supuestos de violencia doméstica, en los que se deberá recabar en todo caso la autorización previa del Juzgado.

4.º La periodicidad de los informes ordinarios de los Puntos de Encuentro, recomendándose que sean cada tres o cuatro meses, pudiendo emitirse o recabarse informes extraordinarios en cualquier momento si así lo exigen las circunstancias.

5.º- Se deberá acompañar el protocolo de derivación.

6.º Sería recomendable fijar reuniones periódicas entre el Juzgado y los Puntos de Encuentro, sin perjuicio de reuniones extraordinarias en supuestos de necesidad.

II. VIOLENCIA DE GÉNERO Y PUNTOS DE ENCUENTRO

1.ª En los casos de Violencia de Género la conflictividad que de ordinario se presenta en los procedimientos civiles de familia y en particular en todo lo concerniente al régimen

de guarda y custodia y fijación de visitas puede llegar a exacerbarse, debiendo el Juez/a extremar las cautelas para asegurar la efectiva protección integral de las víctimas de esa violencia.

2.^a No obstante lo anterior, se aprueba de forma mayoritaria que en tales casos no está justificado, sin más, la no fijación de visitas a favor del presunto maltratador o del maltratador ya condenado o la supresión de las visitas de las que ya viniera disfrutando.

3.^a Se aprueba igualmente de forma mayoritaria que la calificación de los hechos como Violencia de Género tampoco justificaría la derivación, en todo caso, por el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer, de las visitas acordadas al Punto de Encuentro Familiar.

Se mantiene por tanto la consideración del PEF como recurso subsidiario, incluso en los asuntos de la competencia de los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer.

4.^a Se concluye en la necesidad, a la hora de resolver sobre tales cuestiones, de atender a las circunstancias del caso concreto y, en particular, a los informes del Gabinete Psicosocial, sin utilizar por tanto criterios apriorísticos pues no todos los casos de Violencia de Género alcanzan la misma gravedad.

5.^a Igualmente, el Juez/a deberá valorar otros informes como los de las Unidades de Valoración Forense Integral adscritas a los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer.

6.^a Hay acuerdo en considerar que en muchos casos de Violencia de Género, los hijos e hijas pueden haber sido víctimas directas o indirectas de tal violencia o haber estado expuestos a la ella.

A tales efectos y con el fin de evitar una victimización secundaria de los menores sería conveniente que los informes concernientes a los mismos fueran elaborados por un único Equipo.

7.^a Por mayoría se concluye que no está justificada la creación de Puntos de Encuentro Familiar específicos para las derivaciones procedentes de los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer.

8.^a No obstante, existe acuerdo en estimar la necesidad de que el personal de los Puntos de Encuentro reciba formación especializada en Violencia de Género e Igualdad con el fin de poder detectar los casos en que los menores o la madre pudieran hallarse en una situación de riesgo.

9.^a Se acuerda que es efectivamente necesaria la elaboración de Protocolos específicos relativos a la forma de llevar a cabo las derivaciones y de articular las visitas en los casos de orden de protección o de Sentencia condenatoria, destacando la conveniencia de que por el Órgano Judicial se acompañe a la ficha de derivación el testimonio de la resolución. En el caso de medidas civiles acordadas en la orden de protección deberá el Juez/a comunicar al Punto de Encuentro la interposición, en su caso, de la demanda y la prórroga de la vigencia de tales medidas.

10.^a Una parte esencial de dichos Protocolos ha de ser la relativa a las medidas de seguridad, tanto dentro del Punto de Encuentro como en sus inmediaciones, con el fin de evitar un nuevo acto de violencia bien respecto de la mujer o bien respecto de los hijos.

Entre tales medidas se propone la designación por las partes de personas autorizadas para hacer las entregas y recogidas de los menores. Si no fuere posible tal designación, es conveniente distanciar suficientemente la entrega del menor por el progenitor custodio y la presencia del titular de las visitas en el centro, procurando que no coincidan físicamente en ningún momento.

11.^a Con el fin de garantizar la seguridad será necesario contar con la colaboración de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sin olvidar que la Policía Local puede desempeñar en estos casos un importante papel.

12.^a En los casos de Violencia de Género debe prestarse una especial atención a las posibles incidencias en el cumplimiento de las visitas, en particular en relación al quebrantamiento de una medida de protección o de una pena de alejamiento, debiendo dar cuenta inmediatamente al Juzgado tales hechos.

III. RELACIONES ENTRE LOS JUZGADOS. LOS PEF Y LA COORDINACIÓN CON OTROS SERVICIOS SOCIALES

1.º Se conviene en la necesidad de seguir trabajando para perfeccionar y ampliar el documento marco de mínimos para asegurar la calidad de los Puntos de Encuentro familiar aprobado por acuerdo de la Comisión Interautonómica de Directores y directoras Generales de la Infancia y Familias el 13 de noviembre de 2008. Se conviene en la necesidad de la especialización de la jurisdicción de Familia, así como la necesidad de que las Comunidades Autónomas se comprometan a facilitar formación a personal auxiliar de la Administración de Justicia y al personal de los PEF sobre el funcionamiento de ambas instituciones.

2.º Necesidad de establecer vías de coordinación con el Juzgado que garantice una comunicación constante y fluida entre el Juzgado y los PEF. A tal fin, se acuerdan las siguientes medidas:

A) Fijar reuniones PEF-Juzgado periódicas para el análisis de los asuntos en situación de activo en el PEF.

B) Necesidad de que el órgano judicial ponga en conocimiento del PEF los cambios que ocurren en el procedimiento o cualquier cambio que afecte al servicio (ejemplo: cambio de número o tipo de procedimiento). En el caso de que las visitas se estén llevando a cabo por auto de medidas previas o medidas civiles acordadas en el procedimiento penal, el Juzgado de Familia o en su caso, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer deberá comunicar al PEF la prórroga de las medidas previas, por la presentación de la demanda del pleito principal o en su caso, la ratificación de las medidas civiles.

C) Se solicita del C.G.P.J que valore la conveniencia para el futuro de que las comunicaciones Juzgado-PEF se hagan a través del correo electrónico de cada Juzgado existente en el PNJ, y al que cada entidad administrativa designe.

3.º Elaboración periódica de estadísticas para análisis del servicio y en orden a la previsión de nuevas creaciones que se ajusten a la demanda, evitando las listas de espera. Las Administraciones públicas competentes se comprometen a:

- Informar periódicamente al Juzgado de la existencia o no de listas de espera y del tiempo previsible de espera para el inicio de las visitas derivadas.
- Elaborar un estudio de distribución geográfica de los PEF en función de la población a atender y la posible cercanía al usuario.

4.º Necesidad de potenciar la temporalización del servicio y la búsqueda de métodos necesarios para orientar y apoyar a los padres, madres y familiares para que consigan la autonomía necesaria en el ejercicio de la coparentalidad sin depender del Servicio.

A tal fin se adoptan los siguientes acuerdos:

A) Se recomienda que las resoluciones judiciales fijen de inicio el tiempo de utilización del servicio, como criterio general, a fin de reforzar el principio de temporalización y subsidiariedad.

B) Se considera adecuada la fijación inicial del tiempo de utilización del PEF por el tiempo necesario según cada caso, y como máximo por el plazo de un año, prorrogable por la autoridad judicial o entidad derivante.

C) Excepciones a la temporalización inicial: 1) existencia de orden de alejamiento o de violencia de una parte a la otra sin dicha orden o hacia el menor (maltrato físico o psicológico o sospecha de abusos). 2) Menores cuyas familias con derecho de visitas posean alguna característica personal de riesgo para el menor que aconseje la supervisión del punto de encuentro (existencia de enfermedad mental o dependencia a sustancias tóxicas de los progenitores).

D) Necesidad de que se elabore una guía de servicios prestados por las Administraciones públicas competentes, de ayuda y protección a las familias en crisis, para conocimiento de Juzgados. Fiscalía y Servicios Psicosociales. Delimitación clara de los servicios que se pueden prestar desde cada recurso. Posibilidad de remitir directamente desde el Juzgado a las familias a otros servicios con el fin de que los padres adquieran las habilidades necesarias para normalizar las relaciones con los niños. Se conviene en la posibilidad de que el Juzgado haga esa derivación de forma simultánea a la remisión de la familia al PEF. Posibilidad de que sea el PEF quien haga una propuesta en tal sentido, a las partes o al Juzgado, en defecto de acuerdo.

5.º Necesidad de elaborar un Protocolo de derivación uniforme para todas las CCAA al que debe adjuntarse necesariamente: la sentencia o resolución judicial, informe psicosocial si existe, y cualesquiera otros informes de Servicios Sociales que obren en autos. Igualmente se deberá remitir las resoluciones penales que hayan recaído, siempre que consten unidas a los autos.

6.º Se acuerdan las siguientes medidas en orden a regular el contenido de los informes.

Deberán elaborarse los siguientes informes:

1. Informe inicial, poniendo en conocimiento del Juzgado el inicio de las visitas. Sería conveniente la remisión al Juzgado del plan de orientación y atención individualizada. El PEF deberá asignar 1 o 2 técnicos o profesionales de referencia a cada familia haciéndolo constar en dicho informe. Igualmente y en la hoja de derivación, el Juzgado deberá indicar una persona de referencia en cada procedimiento, sea el Trabajador Social o el personal auxiliar del Juzgado.

2. Informes de seguimiento con la periodicidad que en cada caso, fije el órgano judicial y en su defecto, cada 4 meses.

3. Informes de incidencias.

4. Informe final, con propuesta de prórroga, suspensión o finalización de las visitas. Subsistencia del régimen de visitas mientras que el Juzgado no se pronuncie en sentido contrario.

7.º Límites a la intervención del PEF:

A) La intervención del Punto de Encuentro Familiar sólo podrá finalizar por resolución judicial o administrativa, esta última en el caso de derivaciones por entidades de protección de menores.

B) El menor podrá no ser entregado al progenitor o persona autorizada que tenga que recogerlo cuando los profesionales del centro valoren que existen evidencias de que las condiciones físicas o psíquicas de éstos no sean las adecuadas para el cuidado del menor, dando cuenta inmediatamente al Juzgado.

C) Si el equipo técnico constatase la inviabilidad del proyecto de intervención, pondrá, de modo inmediato, en conocimiento del Juzgado la información de los hechos para que éste valore la posibilidad de suspender la prestación del servicio y podrá formular propuestas sobre la intervención de otros servicios sociales. Continuidad hasta la decisión del Juzgado.

D) El PEF no puede decidir unilateralmente suspender la prestación del servicio y dar de baja el expediente, debiendo poner en conocimiento del Juzgado las causas que así lo motiven para la resolución con la urgencia que el caso requiera.

8.º Se considera necesaria una reforma legislativa de la LEC en materia de ejecución de régimen de visitas para favorecer la actuación de oficio por el Juzgado en estos supuestos de intervención del PEF, así como una reforma general de la ejecución que contemple las especialidades de la jurisdicción de familia.

Todos los acuerdos han sido adoptados por unanimidad, excepto el relativo a la temporalidad en la derivación, y la conveniencia de remitir al Juzgado el plan de orientación y atención individualizada, que han sido aprobados por mayoría de los asistentes.

IV. BUENAS PRÁCTICAS PARA TODOS LOS OPERADORES JURÍDICOS EN LOS PROCESOS DE FAMILIA Y CAPACIDAD DE LAS PERSONAS

Se considera que son razones que justifican la elaboración de una Guía de buenas prácticas para los jueces y abogados que intervienen en los procesos de familia las siguientes:

- Necesidad de mejorar la calidad de la respuesta que desde el sistema jurídico-legal se da a los conflictos familiares y a las personas que se ven afectadas por ellos.
- Las especialidades que concurren en los procesos de familia y capacidad de las personas y muy especialmente cuando afectan a menores.
- La conveniencia de que mediante compromisos de los operadores jurídicos se consagren determinados *usos fori* que completen aquellos aspectos no regulados por las normas deontológicas o procesales pero que se consideran importantes para una mejor solución de este tipo de conflictos.

Se considera que debe ser un documento abierto que permita ir incorporando en momentos sucesivos aquellas iniciativas que se valoren como «buenas prácticas». Serían «buenas prácticas» en este tipo de procesos entre otras las siguientes.

IV.1. Especialización de los operadores jurídicos

Las características distintivas de los conflictos que subyacen bajo los procesos de familia e incapaces exigen de todos los operadores jurídicos que intervienen en ellos una formación especializada. Esa especialización profesional supone un plus sobre la que se posee para intervenir en los demás conflictos con proyección judicial. A este respecto se considera que además de los conocimientos jurídicos que exige esta materia, se deben poseer otros de naturaleza no jurídica como pueden ser los que versan sobre dinámica de conflictos, mediación familiar, psicología y violencia de género.

Las Escuelas de prácticas jurídicas de los Colegios de Abogados deben desempeñar un papel esencial en la formación inicial y permanente de los letrados en las especialidades de los conflictos/procesos de familia.

IV.2. Compromiso para favorecer los procesos de mutuo acuerdo o los acuerdos parciales sobre determinadas medidas

En los procesos de familia y muy especialmente cuando afectan a hijos menores, se reconoce que de las distintas alternativas procesales que existen para gestionar este tipo de conflictos, los procesos de mutuo acuerdo son los que inicialmente ofrecen una solución de más calidad. En los casos en los que no sea posible tramitar el procedimiento de forma consensual, deberán favorecerse los acuerdos parciales con el fin de acotar lo más posible las cuestiones sobre las que deberá recaer la decisión judicial impositiva.

IV.3. Con la finalidad de alcanzar ese objetivo se consideran buenas prácticas las siguientes

A) Por los letrados

- Agotar en la fase preprocesal todas las posibilidades de negociación con la otra parte, acudiendo a la vía contenciosa sólo cuando no sea posible alcanzar un acuerdo que se plasme en el preceptivo convenio regulador. Concretamente se considera imprescindible que se mantengan los contactos telefónicos, postales o las reuniones entre los letrados así como con las partes que sean necesarias a fin de facilitar dicha negociación.
- Informando a sus clientes sobre la mediación familiar y sobre las ventajas de los procesos de mutuo acuerdo frente a los de carácter contencioso, especialmente cuando existen hijos menores.

B) Por los jueces

- Promover en la medida de sus posibilidades servicios de mediación familiar intrajudicial e informando suficientemente de su existencia. A este respecto se considera un instrumento adecuado para ello el Protocolo para la implantación de servicios de mediación familiar intrajudicial en Juzgados y Tribunales que conocen de procesos de familia elaborado por el CGPJ, al que debe dar la mayor difusión posible.
- Facilitando información sobre la mediación, sus ventajas, la forma de acceder a ella y el contenido del artículo 770.7.^a de la LEC.
- Dando cumplimiento efectivo al contenido del artículo 771.2 de la LEC (intento de acuerdo) con una intervención no meramente ritual, especialmente cuando hay hijos menores.
- Facilitando la posibilidad de acuerdos entre las partes, acordando las suspensiones necesarias cuando se soliciten con tal finalidad y realizando nuevos señalamientos preferentes cuando no se alcancen dichos acuerdos para evitar demoras.
- En las vistas, facilitando la documentación/transcripción, preferentemente escrita, de los acuerdos a que lleguen las partes sin necesidad de suspensión del acto, salvo que así se pida por las partes o la complejidad de los acuerdos lo haga aconsejable.

- En la geografía de estrados se procurará facilitar el contacto de los letrados durante las vistas a fin de que puedan intercambiar opiniones profesionales y valorar conjuntamente las posibilidades de acuerdos que se les propongan. Igualmente deberá facilitarse el contacto de los letrados con sus respectivos clientes con esa misma finalidad, así como para facilitar el derecho de defensa. A este respecto se considera que los Juzgados de Familia deberían ser dotados de salas de vista adecuadas para facilitar esa labor.

IV.4. Compromiso para que el proceso no incremente o lo haga lo menos posible el nivel de conflicto y el estrés de las partes y de las demás personas involucradas

A) Instalaciones

- Se trasladará a los responsables de las instalaciones judiciales la necesidad de que las zonas de espera de Juzgados y Tribunales permitan mantener la adecuada privacidad y en su caso la separación física entre las partes y personas que les acompañen, muy especialmente en aquellos asuntos competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

B) Práctica de las pruebas

- Interrogatorios de las partes.

En los interrogatorios de las partes se ha de ser especialmente cuidadoso no sólo en la forma y tono de las preguntas sino en su contenido, a fin de no incrementar los niveles de conflicto en el grupo familiar. En los procesos que afectan a menores, los jueces tendrán una participación activa en los interrogatorios, especialmente cuando no asista a la vista el Ministerio Fiscal, potenciando las facultades que le confieren al juez los artículos 770.4 y 752.1 de la LEC.

Cuando exista un proceso penal en tramitación entre las partes ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, los letrados deberán ceñirse en el interrogatorio a las cuestiones estrictamente civiles, adviniéndoles el juez que no admitirá preguntas dirigidas exclusivamente a acreditar los hechos investigados en el proceso penal.

- Interrogatorio de testigos.

En relación al interrogatorio de testigos se valorará si resulta absolutamente imprescindible hacer comparecer como tales a familiares de las partes, dado que su presencia procesal puede inhabilitarles en la función de mediadores informales que pueden desempeñar en el conflicto familiar.

- Informes de los abogados.

Deberán evitarse dinámicas culpabilísticas y negativizadoras de la contraparte innecesarias, pues se estima que tras la reforma de 2005 carecen de relevancia jurídica y sólo generan un incremento del nivel de conflicto familiar.

- Audiencia de los menores.

A fin de velar por el interés superior del menor en esta diligencia judicial se tendrán en cuenta las siguientes consideraciones.

1) Momento de su práctica

En ningún caso se debe hacer comparecer a los menores en sede judicial salvo requerimiento expreso del Juzgado, dados los inevitables perjuicios (desasosiego, sentimientos de culpa, conflictos de lealtades) que tal diligencia judicial suele acarrearles.

En el Juzgado se procurará no hacer esperar a los menores, practicando la diligencia en el lugar más adecuado de que se disponga.

Cuando haya prestado declaración en un proceso penal competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, en el proceso civil de familia bastará con unir testimonio de dicha declaración.

2) Desarrollo de la exploración

Se consideran «buenas prácticas» a observar por los intervinientes en el desarrollo de la exploración las siguientes:

a) La exploración debe limitarse a ofrecer al menor un espacio adecuado para que exprese su opinión, preocupaciones y percepciones pero en ningún caso debe tener como finalidad obtener la respuesta al problema judicial de que se trate.

b) El juez debe explicar al menor de forma adecuada a su edad y madurez que será él, como juez, quien adopte la decisión y no el niño/a.

c) La exploración se realizará sin toga.

d) Es recomendable la intervención de un profesional (psicólogo, educador infantil, trabajador social) que coparticipe con el juez en la audiencia, bien a lo largo de todo su desarrollo, bien en las fases inicial (protocolo de acogida) y final (protocolo de despedida).

e) Se debe planificar con tiempo esa diligencia judicial, fijando el día y la hora que menos alteración genera en la vida del menor: coordinación con el centro escolar, no hacerle esperar en la sede judicial evitar su «victimización» innecesaria, etcétera.

f) Debe aplicarse un protocolo de acogida a fin de «situar» al menor: explicarle por qué se le ha llamado, dónde se encuentra, quiénes son las personas que están presentes, qué objeto tiene la entrevista, etcétera. Igualmente debe existir un protocolo de «despedida» que cumpla la finalidad de liberar al menor de posibles sentimientos de culpa, siendo recomendable finalizar la entrevista con temas «neutros» (aficiones, deportes) y en forma positiva, alabando su colaboración.

g) El juez debe hacer constar en todas las resoluciones de familia que afecten a menores, el modo en el que el derecho del menor a ser oído se ha concretado (directamente, a través de sus padres, de terceros, de profesionales). Si no ha sido oído, los motivos de tal omisión (por carecer de madurez, por resultar perjudicial a su interés, por no ser necesario dada la cuestión a debate).

- Pacificación del conflicto.

Tanto jueces como abogados deberán trabajar en el proceso con la finalidad de pacificar el conflicto que subyace bajo éste, evitando aquellas actuaciones que contravengan esa finalidad y tratando de descargarlo de la subjetividad que le aportan las partes. Especialmente los letrados tratarán de evitar la «personalización» del conflicto y de añadir emotividad al proceso.

- Informes de los ET.

Se dará traslado de éstos a las partes con la suficiente antelación a la vista (mínimo una semana). Dado que en muchas ocasiones dichos informes, además de su valor jurídico como prueba, contienen una «radiografía» del conflicto familiar y de sus posibles soluciones, se considera una buena práctica que los letrados trasladen su contenido literal a las propias partes para conocimiento de éstas.

- Documentos cruzados entre letrados en la fase preprocesal.

Se considera que no debe admitirse como prueba documental las cartas, faxes o correos cruzados entre los letrados en la fase preprocesal, dada su irrelevancia probatoria en la mayoría de los casos y la vulneración que la presentación en juicio de tales documentos puede suponer de las reglas deontológicas de la abogacía.

IV.5. Accesibilidad de ciudadanos y profesionales

En este tipo de procesos los jueces deben ser accesibles a los justiciables y a sus letrados, procurando no obstante no vulnerar el principio de igualdad de partes.

Se considera una buena práctica en las vistas que los jueces den a conocer a los justiciables aquellas personas que se encuentran interviniendo profesionalmente y que resultan desconocidas a las partes.

IV.6. Normas de reparto

En el reparto de asuntos de familia entre distintos Juzgados, se articularán sistemas que permitan concentrar en un solo Juzgado todos los procesos referidos a un mismo grupo familiar nuclear, facilitándose a tal fin todos los antecedentes que se conozcan para alcanzar ese objetivo.

Igualmente se deberán facilitar al Juzgado aquellos datos que puedan determinar el Juzgado competente cuando exista concurrencia competencial con el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

IV.7. Gestión de señalamientos

La gestión de la agenda de señalamientos y la duración de las vistas debe lograr, además de otros objetivos, evitar las esperas de los justiciables y profesionales.

A tal fin, los jueces deberán comenzar con puntualidad los señalamientos iniciales y los letrados adecuar la duración de sus informes al tiempo previsto para las vistas.

En todo caso si se produce un retraso significativo en el inicio de alguna vista, el juez deberá explicar a las partes y profesionales la causa de ésta.

IV.8. Contenido de escritos y resoluciones

En relación a los escritos de demanda y contestación, deberá procurarse ir hacia una «normalización» de éstos, al menos en la exposición de los hechos relevantes para la litis que deberán recogerse con claridad y en forma destacada. Las sentencias deberán redactarse en términos comprensibles para las propias partes, utilizando sólo expresiones técnicas cuando sea imprescindible y evitando formulaciones estereotipadas. Las decisiones que se adopten han de procurar resolver los conflictos con proyección de futuro.

ANEXO

Por la Asociación Española de Abogados de Familia se formulan las siguientes sugerencias respecto a «buenas prácticas» de otros operadores jurídicos en los procesos de familia.

FISCALES

1. Asignación de Fiscales especializados a los Juzgados y procesos de Familia.
2. Asignación a un mismo Fiscal de todo el procedimiento, así como incidentes, recursos y ejecuciones derivados del mismo. En su defecto, unidad de criterio.
3. Identificación del Fiscal interviniente en cada procedimiento.
4. Tramitación diligente economizando medios personales (preferentemente donde no hay Juzgados especializados).
5. Atención a los profesionales, partes y familiares que lo requieran.

6. Motivación de sus escritos, informes orales, y recursos.
7. Conocimiento de antecedentes y circunstancias familiares de los menores.
8. No interferencia en los acuerdos y materias de libre disposición.
9. Respeto a los acuerdos alcanzados por las partes siempre y cuando se proteja el interés del menor, evitando que la consulta con los Letrados sobre posibles objeciones se realice en presencia de las partes.
10. Análisis exhaustivo de los testimonios, documentos y características familiares en los procedimientos de Familia y en la adopción de medidas urgentes por los Juzgados de Violencia.

SECRETARIOS JUDICIALES

1. Diligencia, rapidez y previsión en los señalamientos de familia.
2. Accesibilidad a los profesionales y justiciables.
3. Modernización y actualización de los modelos tipo con lenguaje accesible para los ciudadanos.
4. Concentración de actuaciones.
5. Habilitación de espacios en las Oficinas y Secretarías para preservar la intimidad y bienestar de los menores.
6. Seguimiento y coordinación entre el Juzgado, con Equipos y con el PEF.

EQUIPOS TÉCNICOS.

1. Preparación científica adecuada.
2. Sensibilidad, cautela y profesionalidad.
3. Entrevistas contrastadas.
4. Informes objetivos tras recabar información de ambas partes, contrastando información.
5. Indicación en los Informes de las pruebas y medios técnicos empleados, así como de la documentación examinada.
6. Investigación y estudio por el Trabajador Social del entorno familiar y social, con visita y desplazamiento a los domicilios, colegios, centro de salud, etcétera.

7. Recurso al apoyo y colaboración de otros profesionales, tanto en el aspecto jurídico como técnico, así como del Instituto de Medicina Legal cuando fuere necesario.

8. Entrega de los Informes con una antelación mínima de una semana al señalamiento de la vista.

V. INTERNACIONALIZACIÓN DE LA MATERIA DE FAMILIA Y MENORES: ESTUDIO DE LAS CONCLUSIONES OBTENIDAS EN SEMINARIOS EUROPEOS. LOS NUEVOS TEXTOS LEGALES

Se considera necesaria la promulgación de una ley que regule los procedimientos internacionales que afectan al Derecho de Familia o bien, que tal regulación normativa se integre y desarrolle dentro del articulado que la Ley de Enjuiciamiento Civil dedica a los procesos de familia; legislación que, en todo caso, es necesario que se adapte a la vigente normativa comunitaria y mundial.

En materia de sustracción internacional de menores, debe procederse a una modificación integral de los artículos 1901 a 1909 de la vigente LEC para su adaptación a los vigentes instrumentos internacionales en la materia y a los supuestos de ausencia de normativa internacional. Es muy necesario, en concreto, contar con una regulación y procedimiento detallado de la forma de actuar en los supuestos de los artículos 11.6 a 8 del Reglamento Bruselas II bis.

En materia de sustracción internacional de menores, es necesaria una regulación positiva de las garantías en y para el retorno de menores, o *undertakings*, por exigencias directas, entre otros, del 11.4 y 45.2 punto 14 del anexo 4 del Reglamento Bruselas II bis, y como medida que fomenta el aumento de la confianza mutua entre países implicados en un proceso de sustracción. El ofrecimiento de protección al menor tras la restitución debe incluir detalladamente las medidas que se van a adoptar en el caso concreto para garantizar el bienestar del menor y tranquilizar así, y reforzar la confianza, del estado requerido, evitándose de esta forma usos excesivos y abusos indeseables del artículo 13 del Convenio de 25 de octubre de 1980.

En materia de sustracción internacional de menores, debe precederse a la regulación positiva de cuales sean las autoridades de certificación a los efectos del artículo 15 del Convenio de 25 de octubre de 1980.

En el área de la sustracción internacional de menores, el derecho a decidir sobre el lugar de residencia, es un elemento que caracteriza el derecho de custodia, y que puede ser ostentado incluso por una persona que sólo ejerza el derecho de visitas.

En materia de sustracción internacional de menores, es vital, dentro de un marco normativo de especialización de la jurisdicción de familia, el concentrar la competencia para conocer de estos procesos en un reducido número de órganos jurisdiccionales. Por ejemplo, cabría la posibilidad de que conozcan de esta materia las Audiencias Provinciales. En otro caso y como mínimo, deberían ser juzgados competentes para conocer de esta materia, con exclusividad, los especiales de familia, allí donde existan, con preferencia los de capitales de

provincia. La experiencia internacional ha demostrado la importancia de que sea un número reducido de jueces especializados los competentes en la aplicación de los Convenios de sustracción de menores.

A los efectos de las letras a) y b) del apartado II del artículo 2 del Reglamento 2201/2003, la referencia al derecho de la residencia habitual se extiende a sus normas de derecho internacional privado.

Se considera necesaria la regulación normativa en España de las comunicaciones judiciales directas. La importancia de las comunicaciones judiciales directas en casos de protección internacional de menores, muy particularmente por referencia a los artículos II.6 y 7, 15 y 55.c) del Reglamento Bruselas II bis en el área de la sustracción internacional de menores, la transferencia de la competencia a órgano mejor situado para conocer del asunto y en el área de la cooperación con Autoridades Centrales, debe ser objeto de desarrollo por la legislación interna española, incluso con miras a la futura vigencia del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 cuyos artículos 8 y 9 permiten el intercambio de opiniones entre las autoridades interesadas y cuyo artículo 31 impone a las Autoridades centrales la obligación de tomar las medidas apropiadas para facilitar las comunicaciones.

Es esencial el desarrollo de redes judiciales internacionales y nacionales para apoyar esas comunicaciones y la utilización de la Red Internacional de jueces de la Conferencia de La Haya. Se considera de la máxima utilidad el recurso a los miembros de la REJUE, Iber-Red y REDUE civil para la obtención de ayuda y asesoramiento en el área de la cooperación judicial civil y el recurso al prontuario, al Atlas judicial y a la base de datos de derecho de familia extranjero accesible en la intranet de la web del Poder Judicial español.

Se recalca que la Decisión núm. 568/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2009 que modifica la Decisión 2001/470/CE del Consejo por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, y que será aplicable a partir del 1 de enero de 2011, contiene la previsión de que las asociaciones profesionales que representen a los profesionales del Derecho, en particular los abogados y procuradores, los notarios y los agentes judiciales que contribuyan directamente a la aplicación de los actos comunitarios y los instrumentos internacionales relativos a la justicia civil, podrán convertirse en miembros de la Red a través de sus organizaciones nacionales con el fin de contribuir, junto con los puntos de contacto, a algunas de las tareas y actividades específicas de la Red.

Se necesita en España una regulación más detallada de la figura de la audiencia o exploración de menores que comprenda la forma de actuar en situaciones transfronterizas y las exigencias de la normativa internacional en estos casos, con elaboración de protocolos de actuación y guías de buenas prácticas.

A efectos de los artículos 16, 17 y 19 del Reglamento 2201/2003, en España se entiende presentada una demanda en la fecha de interposición de una solicitud de medidas previas, a la que en plazo legal ha seguido la presentación de la demanda principal.

Se considera de la máxima utilidad el conocimiento y el recurso a las decisiones sobre cuestiones prejudiciales emanadas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas acerca de la efectiva aplicación del Reglamento Bruselas II bis. Actualmente son accesibles en la web del Tribunal las Sentencias de 27 y 29 de noviembre de 2007, 11 de julio de 2008, 2 de abril de 2009 y 16 de julio de 2009, estando en trámite la cuestión prejudicial C-256/09 presentada por Alemania al Tribunal el 10 de julio de 2009.

La Directiva 2008/52/CE de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles debe ser incorporada a los derechos nacionales antes del 21 de mayo de 2011, lo que debe suponer para España un estímulo en la potenciación de los procesos alternativos de solución de conflictos.

VI. LAS MEDIDAS EN RELACIÓN CON LOS HIJOS MENORES E INCAPACES: ESPECIALES PROBLEMAS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA Y SU INFLUENCIA EN OTRAS MEDIDAS. CONSECUENCIAS DE NO IMPUGNAR LA FILIACIÓN EN LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS. LA AUDIENCIA DEL MENOR. LAS VISITAS DE ALLEGADOS Y OTROS. EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: PROBLEMAS MÁS FRECUENTES

VI.1. Medidas personales en relación con los hijos

PRIMERA.-El término custodia hace referencia al conjunto de derechos y obligaciones que nacen para el progenitor de su convivencia con los hijos menores, sin que ello implique para tal progenitor un estatus jurídico privilegiado frente al otro. A cada progenitor corresponde la custodia del menor y el ejercicio ordinario de la responsabilidad parental en los períodos de tiempo en que tiene al hijo consigo.

SEGUNDA.-Se insta al legislador a modificar el Código Civil y la legislación complementaria para sustituir los términos patria potestad por los de responsabilidad parental, definiendo el contenido de las funciones de ambos progenitores según el reparto de tiempo que les corresponda en el ejercicio de la custodia efectiva.

En tanto no se proceda a esa regulación se entenderá que el ejercicio de la responsabilidad parental, en los casos de ruptura de la pareja, se llevará a cabo conjuntamente por los progenitores, precisándose el consentimiento de ambos, o, en su defecto, autorización judicial, para adoptar las decisiones que afecten a los aspectos más trascendentes de la vida, salud, educación y formación del menor.

En particular, quedan sometidas a este régimen y no podrán ser adoptadas unilateralmente por el progenitor custodio, las decisiones relativas a fijación del lugar de residencia del menor, y los posteriores traslados de domicilio de éste que lo aparten de su entorno habitual; las referidas a la elección del centro escolar o institución de enseñanza, pública o privada, y sus cambios ulteriores; las relativas a la orientación educativa, religiosa o laica, y a la realización por el menor de actos de profesión de fe o culto propios de una confesión; el sometimiento del menor, de menos de 16 años, a tratamientos o intervencio-

nes médicas preventivas, curativas o quirúrgicas, incluidas las estéticas, salvo los casos de urgente necesidad, la aplicación de terapias psiquiátricas o psicológicas al menor y la realización por éste de actividades extraescolares deportivas, formativas o lúdicas, y, en general, todas aquellas que constituyan gastos extraordinarios que deban satisfacerse por ambos progenitores.

Notificada fehacientemente al otro progenitor la decisión que uno de ellos pretenda adoptar en relación con el menor, recabando su consentimiento a la decisión proyectada, se entenderá tácitamente prestado el mismo si, en el plazo de diez días naturales siguientes, aquél no lo deniega expresamente. En este supuesto será precisa la previa autorización judicial para poder ejecutar la decisión objeto de discrepancia.

Las decisiones relativas a aspectos o materias de la vida del menor distintas de las enunciadas, así como las de prestación de asistencia sanitaria en caso de urgente necesidad, corresponde adoptarlas al progenitor que tenga consigo al menor, en el momento en que la cuestión se suscite.

TERCERA.-El deber de información de los progenitores sobre todos los aspectos de importancia en la vida del menor, es un deber instrumental imprescindible para el correcto desempeño de las funciones inherentes a la responsabilidad parental. Para lograr su efectividad, se propone que las sentencias y/o convenios incorporen una medida de carácter personal de un tenor similar al siguiente:

«El progenitor con quien el menor convive habitualmente vendrá obligado a informar al otro progenitor de todas aquellas cuestiones trascendentales en la vida del menor, respecto de las cuales no pueda este último obtener directamente información. Igual deber pesa sobre el progenitor con quien no vivan habitualmente los hijos respecto de iguales cuestiones acaecidas en el tiempo que tenga consigo a los menores.

Los progenitores tienen derecho a solicitar y obtener de terceros, sean personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, cuanta información obre en poder de estos últimos sobre la evolución escolar y académica de sus hijos y su estado de salud física o psíquica.

El progenitor que esté percibiendo del otro pensión alimenticia para un hijo mayor de edad, no independiente económicamente, que con él conviva, tiene igualmente la obligación de informar al progenitor alimentante sobre la evolución académica y laboral del alimentista, si así le fuere solicitado».

CUARTA.-Se recomienda incluir en el convenio regulador y/o resolución judicial el deber del progenitor custodio, de entregar al otro progenitor, junto con los hijos menores, la documentación personal de éstos (libro de familia; pasaporte; DNI; tarjeta sanitaria; cartilla de vacunación), que será devuelta a aquél al reintegrarle al menor a la finalización de la estancia.

VI.2. Uso de la vivienda familiar

QUINTA.-a) Se propone la reforma del artículo 96 del Código Civil de forma que se proceda a una distribución del uso de la vivienda familiar entre las partes con plazos máximos legales de asignación y posible alternancia en el uso, atendidas las circunstancias, siempre que así se garantice el derecho de los hijos a habitar una vivienda en su entorno habitual. Dicha regulación debe comprender asimismo la concesión al juez de amplias facultades para, salvaguardando el referido derecho de los hijos, acordar, en los casos de vivienda familiar de titularidad común de los progenitores, la realización de dicho inmueble, siempre a petición de alguna de las partes, mediante su venta a terceros o adjudicación a una de ellas, en línea con lo establecido en el artículo 43 del Código de Familia de Catalunya.

La venta o adjudicación del inmueble sede de la vivienda familiar extinguirá automáticamente el derecho de uso constituido judicialmente.

b) Hasta que se produzca la reforma legal del artículo 96 del Código Civil, se acuerda que el mismo sea interpretado de forma que:

- La asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar sea un remedio subsidiario para los casos en que no se pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos.
- En todo caso, la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar, en los supuestos en que proceda, se haga siempre con carácter temporal.

c) No existe obstáculo para la aprobación de cláusulas contractuales incluidas en el convenio regulador por las que se establezca la extinción del derecho de uso por la convivencia marital del titular del derecho con una tercera persona en el domicilio familiar.

En caso de no haberse pactado en el convenio la extinción del derecho de uso por tal circunstancia, podrá solicitarse y obtenerse dicha medida a través del proceso de modificación de medidas, al considerar que la unidad familiar a cuyo favor se hizo la atribución del uso ha quedado sustancialmente alterada en su composición, dando lugar a una nueva unidad familiar, generándose una desafectación de la vivienda familiar respecto del uso inicialmente atribuido.

VI.3. Custodia compartida

SEXTA.-En cuanto a la procedencia de la custodia compartida en los casos en los que el Ministerio Fiscal emita informe desfavorable, se ha de interpretar la norma de forma sistemática, en el sentido de que esta circunstancia no impedirá que el juez, a pesar de dicho informe desfavorable, apruebe la guarda y custodia compartida cuando motivadamente considere que es lo más adecuado para el menor. No puede prevalecer la opinión del Mi-

nisterio Fiscal, puesto que ello podría ser inconstitucional, al limitar la condición decisoria del juez. No obstante, se estima conveniente que, por reforma legislativa, se suprima el requisito de que el informe del Fiscal tenga que ser favorable, y se dé una redacción similar a los casos de custodia compartida por acuerdo de los progenitores, en los que la ley establece que es necesario el previo informe del Ministerio Fiscal, con independencia del sentido del mismo.

SÉPTIMA.-El establecimiento de un régimen de custodia conjunta a solicitud de uno sólo de los progenitores, al amparo de lo dispuesto en el apartado 8 del artículo 92 del CC, no exige fundamentar que sólo con esta modalidad de custodia se protege adecuadamente el interés del menor, bastando razonar que es la opción de custodia considerada más beneficiosa para el menor en el caso concreto. Se insta del legislador una modificación del precepto en tal sentido.

OCTAVA.-Constituyen presupuestos objetivos que favorecen el establecimiento de un régimen de custodia conjunta o compartida los siguientes:

- a) Capacidad de comunicación de los progenitores, con nivel de conflicto entre los mismos tolerable.
- b) Existencia de estilos educativos homogéneos.
- c) Concurrencia de una dinámica familiar, anterior a la ruptura o al proceso, que evidencie una coparticipación de los progenitores en la crianza y cuidado de los menores, y ponga de manifiesto una buena vinculación afectiva de éstos con cada uno de aquéllos.
- d) Proximidad y/o compatibilidad geográfica de los domicilios de los progenitores, en los casos de custodia conjunta con domicilio rotatorio de los hijos en el de cada uno de progenitores.

NOVENA.- Es obligatorio establecer una pensión alimenticia en favor de los hijos en los casos de custodia compartida, sin perjuicio de tener en cuenta la distinta capacidad económica de los progenitores para fijar el *quantum* de la obligación alimenticia. Las fórmulas para su pago pueden consistir en alguna o algunas de las siguientes:

- a) Pago recíproco de pensión alimenticia en la cuantía que corresponda. En caso de igual o similar capacidad económica de los progenitores, podrá establecerse que cada uno soporte los gastos que genere la manutención de los hijos cuando los tenga en su compañía, abonando por mitad los gastos fijos ordinarios y los extraordinarios mediante domiciliación bancaria de sus pagos en una cuenta común que se nutra con iguales aportaciones dineradas de las partes.
- b) Ingreso de la pensión alimenticia establecida en una cuenta bancaria de titularidad conjunta de los progenitores y disponibilidad mancomunada, en la que se domicilien todos o parte de los gastos fijos que generen los hijos.

- c) Pago directo por un progenitor, o por ambos, a terceros de determinados gastos de los hijos.
- d) Combinación de cualquiera de las formulas anteriores.

VI.4. Audiencia de los menores

DÉCIMA.-Se estima muy acertada la modificación llevada a cabo por la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial, en el artículo 770, regla 4.^a, párrafo 2o, *in fine* de la LEC, al equiparar el régimen de audiencia de los menores propio de los procesos contenciosos con el establecido para los de mutuo acuerdo en el artículo 777.5 de la LEC.

En interpretación de dicho precepto, ya aprobado por las Cortes Generales, y pendiente de publicación y posterior entrada en vigor, se considera necesario practicar la audiencia del menor, cuando tuviere suficiente juicio y, en todo caso, si fuere mayor de 12 años, en los procesos contenciosos en que se discutan medidas personales que afecten al régimen de custodia y estancias de dicho menor con sus progenitores.

Podrá prescindirse de dicha audiencia cuando la opinión del menor ya sea conocida a través del informe pericial psicosocial emitido por el equipo técnico del Juzgado.

VII. LOS PROBLEMAS EN LA EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES DE FAMILIA

VII.1. Cuestiones procesales generales

1.º Se subraya la necesidad de establecer un trámite específico en la Ley de Enjuiciamiento Civil, tanto con relación a incumplimientos en materia de guarda como de régimen de comunicaciones, tal y como se puso de manifiesto anteriormente en los Encuentros de 2003 y 2008. En concreto, en este último encuentro ya se concluyó: «Necesidad de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de ejecución específicamente para adecuarse y poder llevar a cabo la efectividad de las medidas decretadas en los procesos de familia».

2.º No cabe hablar de ejecución provisional. Ya en el I Encuentro se dijo: La tramitación en la ejecución provisional se habrá que ajustar, en cuanto a su desarrollo, al trámite procesal previsto para la ejecución ordinaria de resoluciones judiciales. No es aplicable a las ejecuciones de familia el trámite específico de la ejecución provisional. Todas las medidas (incluida la pensión compensatoria) son ejecutables desde que se dicta sentencia en primera instancia y sin que los efectos de las dictadas en segunda instancia puedan tener efecto retroactivo, salvo que la sentencia de segunda instancia expresamente establezca tal carácter retroactivo, y en el II Encuentro: No cabe ejecución provisional en las medidas dictadas en los procesos de familia: debe acudir a la ejecución ordinaria, de conformidad con lo establecido en el artículo 774.5 de la Ley 1/2000. Resulta necesario reiterarlo en este Encuentro.

3.º Resulta aconsejable no acumular la ejecución de los distintos pronunciamientos derivados de una resolución de familia, en atención de los diferentes trámites y naturaleza de los distintos incumplimientos, debiendo instarse y llevarse a cabo una ejecución individualizada de cada uno de los pronunciamientos derivados de una resolución de familia (visitas, uso domicilio y dineraria). (A una conclusión similar se llegó en el Encuentro de 2008).

Sin embargo, no es deseable la distinción entre ejecución y oposición, como sucede en algunos Juzgados.

4.º Contra las resoluciones judiciales sobre los *exequatur* debería darse el recurso de apelación. Esta falta de recurso cuando resolvía el Tribunal Supremo tenía sentido pero no lo tiene ahora cuando quienes resuelven sobre la admisión del *exequatur* y el ordenamiento español está basado en las dos instancias.

5.º La notificación del Auto despachando ejecución, artículo 553.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando resulta fallida en el domicilio recogido en la demanda ejecutiva, podrá hacerse por teléfono citando al ejecutado en Secretaría y allí notificarle el Auto personalmente, al amparo del artículo 152 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

6.º Debería hacerse pleno uso de las multas coercitivas del artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tanto para ejecución dineraria como no dineraria, y no quedarse en un simple apercibimiento que en la inmensa mayoría de los casos no se materializa.

VII.2. Obligaciones de carácter personal

1.º Deberá acudir a su ejecución, como obligación personalísima de hacer (artículo 709), con las especialidades derivadas de su naturaleza y lo dispuesto en el artículo 776, bajo criterios de agilidad y celeridad.

2.º Los conflictos en orden a distribución o elección de períodos vacacionales no precisan de un proceso de ejecución, y cuando se encuentren derivadas las visitas al Punto de Encuentro Familiar, es aconsejable que dichos centros medien en orden a la distribución de los períodos vacacionales, pudiendo establecerse protocolos de actuación al efecto.

Del mismo modo, las visitas derivadas a Punto de Encuentro Familiar mediante resolución judicial (auto medidas o sentencia), o en su caso, las que fijen regímenes progresivos, podrán ser objeto de seguimiento y progresividad, bien en los propios autos principales, o abriendo de oficio pieza de ejecución al efecto.

3.º En estas ejecuciones se estima necesaria la intervención del Ministerio Fiscal en su trámite y en la vista que pudiera celebrarse, la cual resulta conveniente en la fase de oposición a la ejecución, incluso de oficio o a instancias del Ministerio Fiscal.

4.º Como medidas efectivas ejecutivas, deberá acudir previamente a los servicios de mediación o otros medios que faciliten la resolución consensuada del conflicto, pudiendo hacerse efectiva en ejecución la derivación al Punto de Encuentro Familiar correspondien-

te, o establecer regímenes progresivos, sin necesidad de remitir a las partes al procedimiento de modificación de medidas.

VII.3. Obligaciones de carácter pecuniario.

1.º En las Demandas Ejecutivas, cuyo objeto sea la reclamación de cantidades por impago de la hipoteca, a la que está obligada la parte demandada, es requisito necesario para su admisión a trámite la acreditación documental por parte de la ejecutante, de haber hecho frente al pago de dicha cantidad, para evitar así los efectos que pudiera tener, en su caso, en la posterior liquidación de la Sociedad de Gananciales.

2.º En los supuestos de Demandas Ejecutivas por impagos de la pensión, se deberá presentar la cantidad reclamada de manera desglosada con relación a los meses y anualidades que en su caso se devenguen, así como los índices de actualización utilizados con indicación a los períodos de referencia, esto es, por ejemplo, enero-diciembre, noviembre-noviembre, etcétera.

3.º Ratificando la conclusión de las III Jornadas en relación al procedimiento a seguir para determinar si se está o no ante un gasto extraordinario y su reclamación, el más adecuado será el previsto en los artículos 712 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y caso de reclamarse éstos, se deberá efectuar en Demanda Ejecutiva independiente de la reclamación en concepto de atrasos por impago de pensión. Una vez se hayan determinado éstos, procederá en su caso, el Despacho de Ejecución.

4.º No procederá nueva Demanda Ejecutiva para reclamar las cantidades que se devengan en concepto de costas, como consecuencia de una Demanda a su vez Ejecutiva. En estos supuestos, se continuarán las actuaciones necesarias hasta el total abono de éstas, en aquella que las originó.

5.º En los casos de Demanda Ejecutiva cuyo objeto sea el lanzamiento de la vivienda en los supuestos que en sentencia se haya establecido su uso alternativo, será de aplicación lo estipulado en el artículo 704.1 en cuanto al plazo para desalojarlo, contándose a partir de la fecha de efectivo desalojo, el plazo respecto de la ejecutante de dicho uso.

6.º Para supuestos en los que se condena a la entrega de un capital, sea como pensión compensatoria (lo que permiten expresamente los artículos 97 del Código Civil después de la reforma de la Ley 15/2005, de 8 de julio y el artículo 85.2 del Codi de Família de Catalunya), sea como consecuencia de la indemnización del artículo 1348 del CC, sea como consecuencia de la adjudicación de bienes indivisos, etcétera, se considera necesario que la actividad del Juzgado no tendría que ir más allá de proteger el crédito y asegurar para el acreedor que percibiera lo que se le adeuda en cuanto la sentencia de la apelación confirme la de instancia.

7.º Es aconsejable fijar en la sentencia la disposición del artículo 148 del Código Civil, aun cuando no se hubiese solicitado expresamente en la demanda.

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	7,5
1998	5,5
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)	5,5
2009 (desde el 1-IV hasta el 31-XII)	4
2010	4

SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL (SMI) PARA 2010

21,11 euros/día o 633,30 euros/mes.

ÍNDICE DE PRECIOS DE CONSUMO (DATOS INTERANUALES)

Año	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Septiem.	Octubre	Noviem.	Diciem.
1984	12,1	11,9	12,2	11,2	11,3	11,4	12,7	12,0	11,4	10,5	10,0	9,0
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	

**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	1.170,5	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	225	259	293	327	361	395	429	463	497	531	565	599	633	
650	224	258	292	326	360	394	428	462	496	530	564	598	632	
700	222	257	291	325	359	393	427	461	495	529	563	597	631	
750	221	255	289	323	358	392	426	460	494	528	562	596	630	
800	220	254	288	322	356	390	424	459	493	527	561	595	629	
850	219	253	287	321	355	389	423	457	491	526	560	594	628	
900	218	252	286	320	354	388	422	456	490	524	558	592	627	
950	217	251	285	319	353	387	421	455	489	523	557	591	625	
1.000	216	250	284	318	352	386	420	454	488	522	556	590	624	
1.050	215	249	283	317	351	385	419	453	487	521	555	589	623	
1.100	213	247	281	316	350	384	418	452	486	520	554	588	622	
1.150	212	246	280	314	348	382	417	451	485	519	553	587	621	
1.200	211	245	279	313	347	381	415	449	484	518	552	586	620	
1.250	210	244	278	312	346	380	414	448	482	516	550	585	619	
1.300	209	243	277	311	345	379	413	447	481	515	549	583	617	
1.350	208	242	276	310	344	378	412	446	480	514	548	582	616	
1.400	207	241	275	309	343	377	411	445	479	513	547	581	615	
1.450	205	239	274	308	342	376	410	444	478	512	546	580	614	
1.500	204	238	272	306	341	375	409	443	477	511	545	579	613	
1.550	203	237	271	305	339	373	407	442	476	510	544	578	612	
1.600	202	236	270	304	338	372	406	440	474	508	543	577	611	
1.650	201	235	269	303	337	371	405	439	473	507	541	575	609	
1.700	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

AVANCES JURISPRUDENCIALES

PATRIA POTESTAD

El cambio de colegio es una decisión que forma parte de la patria potestad y resuelta la cuestión por medio de auto contra éste no cabe recurso.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 16 de septiembre de 2009.

Se deja sin efecto la privación de la patria potestad que se acordó en la sentencia de divorcio dado el interés demostrado por el padre biológico de mantener una relación con el menor, para lo que en estos momentos se considera capacitado, tanto por haber superado sus problemas personales como por tener el niño once años de edad.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 1 de julio de 2009.

GUARDA Y CUSTODIA

El Tribunal anula la sentencia de la Audiencia Provincial que otorgó la custodia a la madre dejando sin efecto la custodia compartida acordada por la sentencia del juzgado sin motivar las razones por las que desechaba la custodia compartida.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 8 de octubre de 2009.

Atribución de la custodia de los hijos al padre al haber sido la madre privada de su custodia en resolución penal por un presunto maltrato de aquélla hacia sus hijos.

AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 3 de julio de 2009.

La menor tiene actualmente dieciséis años y en la exploración ha dejado claro su deseo de vivir con su hermana y con su padre, por lo que dada su edad sus deseos tienen especial relevancia, máxime cuando de esa manera se consigue que ambas hermanas, que mantienen buena relación, vivan juntas.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 29 de junio de 2009.

La alternativa de la custodia paterna no restauraría sin más la situación anterior, pues resulta que tampoco el padre vive ya en Petrer además de que el tiempo transcurrido desde entonces no garantiza en modo alguno que la hipotética reintegración del menor a su antiguo colegio y localidad de residencia diera los resultados apetecidos. Por todo ello ha de mantenerse el criterio del Juzgado que desestima la modificación de la custodia instada por el padre.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 11 de junio de 2009.

Si el padre no se opuso en su escrito de contestación de la demanda a la custodia materna, es improcedente que en la vista del juicio pida la custodia compartida puesto que ello vulnera el principio de contradicción.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 11 de junio de 2009.

RÉGIMEN DE VISITAS

La solución dada por el Juzgador de instancia de fijar un tiempo de seis meses antes de cumplirse la sentencia parece adecuada, ya que está orientada a que el menor encuentre como algo normal el estar los fines de semana y otros períodos con el padre, con anterioridad a que el régimen se amplíe al horario de pernocta.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 30 de septiembre de 2009.

El interés del menor debe ser valorado por la Audiencia Provincial y no por el Tribunal Supremo a menos que en las actuaciones figuren «graves circunstancias que aconsejen otra cosa», y, por tanto, si la Audiencia consideró que procedía la supresión de la pernocta en las visitas intersemanales, debe mantenerse tal criterio, ya que, además, los informes del equipo psicosocial aunque son preceptivos no son vinculantes.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2009.

Siendo enriquecedora la relación abuelo-nieto no tiene que reducirse a un mero contacto pudiendo fijarse un régimen más extenso. Las malas relaciones que puedan existir entre los abuelos maternos y el padre del menor cuya madre falleció no deben influir en la concesión de las visitas.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de julio de 2009.

La pernocta con el padre resulta desaconsejable habida cuenta de que éste regenta un bar de copas y admite el consumo semanal de cocaína en cantidad aproximada de 1 gramo, coincidiendo habitualmente con el fin de semana.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 16 de junio de 2009.

Partiendo de la inexistencia de maltrato alguno hacia los hijos, no puede admitirse la supresión del derecho de visitas, al no disponer la Sala de argumentos que nos hagan pensar que un régimen debidamente controlado y supervisado, como el establecido en la instancia, suponga un perjuicio para los menores, régimen muy limitado y que se acompaña de garantías, como es la intervención de terceras personas, que podrán supervisar la forma en que se llevan a cabo.

AP Alicante, Sec. 9.ª, Sentencia de 8 de junio de 2009.

VIVIENDA Y AJUAR FAMILIAR

Corresponde a quien utiliza el domicilio familiar por decisión jurisdiccional recaída en los procesos matrimoniales la satisfacción de los gastos ordinarios de la Comunidad de Propietarios así

AVANCES JURISPRUDENCIALES

como el dispendio de basura. En cambio deberán de atender por mitad las cuotas hipotecarias del inmueble familiar, seguros e impuesto sobre bienes inmuebles.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 3 de septiembre de 2009.

Se califica como precario la cesión gratuita realizada por una hermana a favor de otra no pudiendo considerarse que estamos ante un comodato.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de junio de 2009.

Teniendo en cuenta que la adquisición del vehículo fue muy próxima a la crisis matrimonial y se trata de una decisión unilateral del esposo, se acuerda que el préstamo personal solicitado para aquella compra se haga efectivo únicamente por el esposo sin perjuicio de lo que se acuerde en el procedimiento de liquidación de gananciales.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 16 de junio de 2009.

La atribución del uso de la vivienda familiar se extiende también al uso del trastero y de la plaza de garaje.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 16 de junio de 2009.

Tampoco resulta ajustada a Derecho la pretensión del recurrente de quedar exento, en el ámbito de este procedimiento, de la obligación de satisfacer la mitad del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, al ser una obligación derivada de la titularidad de dicho bien, que siendo de cuenta de la sociedad de gananciales, conforme establece el artículo 1362.2.ª del CC, deben asumir ambos cónyuges en este momento.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 11 de junio de 2009.

Teniendo en cuenta que la esposa no contestó en tiempo a la demanda, por lo que fue declarada en rebeldía, es indudable que precluyó el momento procesal en que podía haber hecho la petición de que a ella y a «sus hijos» se les atribuya el uso de la vivienda, por lo que no es posible atribuirle un uso del domicilio no solicitado, ya que al no haber hijos menores de las partes que precisen de especial protección, este pronunciamiento es de justicia rogada, y además no puede ser considerada en esta alzada procedimental, al constituir una petición formulada *ex novo*.

AP Alicante, Sec. 9.ª, Sentencia de 2 de junio de 2009.

PENSIÓN ALIMENTICIA

La reclamación de los seguros médicos de los menores deviene improcedente dado que ya se consideraron para la determinación de las pensiones alimenticias, en base al artículo 259 del Código de Familia de Catalunya, dentro del concepto de asistencia médica.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 3 de septiembre de 2009.

Extinción de la pensión alimenticia de la hija que abandonó sus estudios a los 16 años, colocándose voluntariamente en disposición de poder trabajar en aquellas ocupaciones a las que pue-

de accederse desde dicha preparación, y tuvo desde entonces varios trabajos de poca entidad, abandonados voluntariamente, no habiendo acreditado que en la actualidad lleve a cabo una búsqueda activa de empleo, lo que supone que ella misma, con su inactividad, ha creado esa situación de necesidad.

TSJ Aragón, Sentencia de 2 de septiembre de 2009.

A pesar de que los padres reciben ayudas sociales, se fija una pensión alimenticia de 150 euros a favor de la hija común de 8 años de edad.

AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 29 de julio de 2009.

El padre es titular de una explotación de ganado bovino de carne. No se ha aportado, sobre la rentabilidad que tal explotación le reporta, otra prueba que las declaraciones efectuadas por él a efectos del IRPF, prueba que no puede aceptarse por sí sola suficiente para acreditar su alegación de insuficiencia de ingresos al resultar de ésta que en el citado impuesto está sometido al régimen de estimación objetiva o módulos.

AP Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 18 de junio de 2009.

Se deja sin efecto la relación de gastos de carácter extraordinario que se contienen en la sentencia, debiendo decidirse la cuestión individualmente cuando se presente la necesidad de un gasto extraordinario.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 16 de junio de 2009.

Se reduce la cuantía de la pensión alimenticia dado que la madre, quien tiene la custodia, ha comenzado a trabajar percibiendo un salario aproximado de 1.000 euros.

AP Alicante, Sec. 9.ª, Sentencia de 15 de junio de 2009.

No hay méritos para entender que en esta natural evolución salarial haya incidido ningún evento que pueda merecer la condición de alteración sustancial de las circunstancias, en los términos previstos en el artículo 91 *in fine* del Código Civil, y por tanto procede mantener la pensión alimenticia en la cuantía en que fue establecida.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 11 de junio de 2009.

PENSIÓN COMPENSATORIA

El que cada cónyuge tenga su trabajo independiente no es obstáculo para que pueda fijarse una pensión compensatoria si existe desequilibrio económico en el momento de la separación.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de julio de 2009.

La posibilidad de que la esposa encuentre trabajo, no sólo se presenta en estos momentos complicada por la situación del mercado laboral, vinculado a su falta de formación, sino aun más

AVANCES JURISPRUDENCIALES

porque tiene a su cargo un niño que sólo tiene tres años. No es procedente, en consecuencia, fijar un límite temporal a la pensión compensatoria.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 29 de junio de 2009.

No puede pretenderse que, a causa de los desiguales ingresos de los litigantes, el deudor de la pensión haya de abonarla indefinidamente cuando la convivencia se prolongó durante un período de tiempo muy escaso. La ex esposa es titular de varios vehículos lo que revela un alto nivel de vida, sea o no propiciada por la ayuda de sus padres, y en consecuencia debe extinguirse la pensión compensatoria.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 15 de junio de 2009.

Teniendo en cuenta que prácticamente desde el inicio del matrimonio la esposa estuvo dedicada al cuidado del hijo y que previamente había estado incorporada al mercado laboral, por lo que se le presume una aptitud profesional, así como su edad (nació en 1978), procede limitar la duración de la pensión compensatoria al período de dos años a contar desde la fecha de la presente resolución y establecerla, dados los ingresos del esposo, en la cuantía de 400 euros mensuales.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 11 de junio de 2009.

CUESTIONES PROCESALES

Se desestiman las medidas cautelares instadas por la madre para autorizar el cambio de colegio de los menores, sin perjuicio de lo que se acuerde en el procedimiento principal de modificación de medidas.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 7 de septiembre de 2009.

Nulidad de lo actuado en la pieza separada de medidas provisionales al no haberse suspendido la vista tras solicitar el demandado abogado y procurador del turno de oficio, dándose la circunstancia de que sí se suspendió el plazo para contestar a la demanda.

Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 174/2009, de 16 de julio.

No se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por no haberse practicado la audiencia de un menor en un procedimiento de modificación de medidas habida cuenta que aquél fue oído por el equipo psicosocial que emitió un informe, no siendo necesario en estos casos que el tribunal practique la audiencia del menor.

Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 163/2009, de 29 de junio.

Aunque la esposa no solicitó pensión compensatoria mediante la correspondiente demanda reconvencional, procede su concesión al haberse solicitado por el esposo en su demanda la no fijación de aquélla, habiendo formado parte del debate litigioso la procedencia o no de su establecimiento.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 16 de junio de 2009.

Se declara la nulidad de la sentencia de separación al haberse emplazado al demandado por medio de edictos al ser supuestamente desconocido tanto su domicilio como su paradero, pese a que la esposa conocía su domicilio real con anterioridad al planteamiento del pleito.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 2 de junio de 2009.

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Habiéndose establecido en la sentencia la obligación de pago de 650 euros en concepto de cargas del matrimonio y siendo la hipoteca la única carga existente, se desestima la demanda de ejecución al haber acreditado el esposo que ingresó la cantidad reclamada en la C/C donde estaba domiciliada la hipoteca.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 30 de septiembre de 2009.

Aunque se reconoce la posibilidad de que las pensiones alimenticias tengan efecto retroactivo, no puede deducirse en la demanda ejecutiva la pretensión de tal efecto retroactivo cuando la declaración jurisdiccional de la retroactividad no está contenida en la resolución judicial que se ejecuta.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 30 de septiembre de 2009.

Habiéndose dictado un auto de medidas fijando la pensión alimenticia, el posterior convenio regulador reduciendo la cuantía de la pensión sólo tiene efecto desde que fue aprobado por la sentencia de divorcio.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 28 de septiembre de 2009.

La mejor forma de solucionar los problemas no sólo existentes sino los futuros que se pudieran producir cuando el padre fuera a recoger o entregar a sus hijos al domicilio materno, es que intervenga el Punt de Trobada, tal como lo acordó la resolución recurrida.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 28 de septiembre de 2009.

No puede despacharse ejecución de una sentencia extranjera al no haberse obtenido previamente el *exequatur*.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 14 de septiembre de 2009.

Si en el convenio regulador se acordó la venta de la vivienda familiar debe admitirse la demanda de ejecución sin necesidad de que las partes acudan a un procedimiento declarativo.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 14 de septiembre de 2009.

Reclamados por la esposa el pago de los gastos de comunidad, se estima la oposición del esposo en base al documento privado suscrito por éste con el Administrador de la Comunidad en el que se llega a un acuerdo de pago aplazado.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 7 de septiembre de 2009.

Cambio de custodia provisional a favor del padre al constatarse un reiterado incumplimiento de la madre del régimen de visitas.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Auto de 30 de junio de 2009.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Los gastos inherentes a los bienes comunes aún no liquidados y sufragados por uno de los cónyuges han de generar un derecho de crédito a su favor que puede incardinarse dentro del pasivo ganancial al practicarse la liquidación.

AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 19 de junio de 2009.

Siendo los débitos causados en el ejercicio de una actividad comercial de carácter ganancial y anteriores a la disolución de la sociedad conyugal, es claro que de tales deudas responden los bienes integrantes de dicha sociedad.

AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 19 de junio de 2009.

Se deniega el nombramiento de administrador judicial para una sociedad limitada de la que son únicos socios los cónyuges al no haberse logrado explicitar circunstancia alguna reveladora de riesgo porque el esposo se mantenga en el cargo de administrador que siempre ostentó, no vislumbrándose riesgo de indefensión para una valoración del negocio empresarial.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 18 de junio de 2009.

No pueden incluirse en el activo los saldos existentes en las cuentas bancarias de una sociedad limitada aunque ésta sea propiedad de los cónyuges, pues dichas cantidades forman parte del fondo patrimonial de dicha sociedad sujeta a trámites disolutorios específicos.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 18 de junio de 2009.

Si la sociedad de gananciales se disolvió por el fallecimiento de uno de los cónyuges la competencia para conocer del procedimiento de liquidación corresponde también al Juzgado de Familia.

AP Asturias, Sec. 7.ª, Auto de 17 de junio de 2009.

Se desestima la petición de indemnización del artículo 1438 del CC ya que la parte infringe el claro mandato establecido en el artículo 219 de la LEC, que obliga a cuantificar el importe de lo reclamado pues se limitó a pedir en la demanda que se declarase su derecho a obtener tal compensación en la cuantía que «el Juez señalará», sin ni siquiera indicar cuáles fueran las bases de las que debiera partirse para cuantificar esa supuesta deuda.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 26 de mayo de 2009.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo, contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad. Para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 31 de julio de 2009.

Aunque la oposición al desamparo se presentó fuera del plazo establecido en el artículo 780 de la LEC, debe admitirse a trámite, dado que la notificación no se hizo con precisión y claridad, la posibilidad de recurrir, plazos, formas y demás extremos necesarios para el acceso a los recursos.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Auto de 3 de junio de 2009.

Se confirma la declaración de desamparo ante la creciente obesidad del menor.

AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 25 de mayo de 2009.

CUESTIONES PENALES

Se declara la nulidad de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial que modificando los hechos probados de la sentencia del Juzgado condenó a un señor como autor de un delito de lesiones en el ámbito familiar cuando había sido absuelto por el Juzgado de lo Penal.

Tribunal Constitucional, Sec. 2.ª; Sentencia 144/2009, de 15 de junio.

Se declara la nulidad de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial que condenó a un señor por el delito de impago de pensiones sin darle la posibilidad de ser oído por el Tribunal de Apelación, teniendo en cuenta que fue absuelto por el Juzgado de lo Penal.

Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 144/2009, de 15 de junio.

SUCESIONES

No puede ejercitarse la acción de rescisión por lesión cuando la partición realizada ha sido solamente parcial quedando aún bienes sin partir.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de septiembre de 2009.

La madre de los litigantes ostentaba la vecindad civil catalana en el momento de su fallecimiento al quedar derogado el artículo 14.4 del CC (en su antigua redacción) por la entrada en vigor de la

AVANCES JURISPRUDENCIALES

Constitución y tener desde esa fecha la autonomía para adquirir una vecindad civil distinta de la de su marido por residencia de diez años en un lugar distinto del correspondiente a la vecindad civil que se ostenta. En consecuencia la ley reguladora de la sucesión será la catalana.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de septiembre de 2009.

Revocación de la donación efectuada por los padres a un hijo al haberse incumplido por éste la condición de convivir en la misma casa y mantener una explotación agrícola. No es obstáculo para la revocación que partes de las fincas donadas fuesen privativas del esposo y que éste hubiese fallecido con anterioridad a la interposición de la demanda.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 3 de julio de 2009.

OTRAS CUESTIONES

La expulsión de un menor de un centro de enseñanza privado por no seguir las normas de convivencia impuestas por el centro no vulnera su derecho a la educación.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 13 de octubre de 2009.

Se reconoce una indemnización por daños morales al padre a quien la madre impidió la relación personal con el hijo a pesar de que se le atribuyó judicialmente la custodia.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de junio de 2009.

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 Lex Nova, calle General Solchaga núm. 3, 47008 Valladolid, Tel.: 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.