Revista de Derecho de
familia
DOCTRINA · JURISPRUDENCIA · SECCIÓN PRÁCTICA · NOTICIAS

Revista de
Derecho
de Familia
núm. 43
abril·junio 2009

Director:
Antonio Javier
Pérez Martín

Sumario

Presentación	**3**
Índice	**5**
Estudios Doctrinales	**21**
Jurisprudencia	**123**
Resoluciones de la DGRN	**247**
Sección Práctica	**257**
Derecho comparado	**271**
Tribuna abierta	**309**
Publicaciones, Noticias y Datos de interés	**327**
Avances Jurisprudenciales	**333**

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 cederese 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.

El modelo del artículo 96 del CC está agotado, se necesita uno nuevo

Hasta que fuimos presa del boom inmobiliario las reglas del juego estaban claras, antes de casarse se tenía ahorrado un dinero y después se accedía a una vivienda de acuerdo con las posibilidades económicas de cada pareja y para completar el pago se suscribía un préstamo hipotecario a quince años (es lo que había) que se iba pagando con más o menos dificultad. Si se producía la crisis de pareja, o se había finalizado de abonar el préstamo o quedaban sólo unos años para amortizarlo. Dentro de las medidas que debían adoptarse en el procedimiento de separación (el divorcio no era automático) se encontraba la atribución del uso y tal y como indicaba el artículo 96 del CC se atribuía a los hijos y al progenitor que ostentaba la custodia. La carga económica del cónyuge que tenía que abandonar la vivienda era temporal y, pasados unos años, desaparecía el pago mensual de la hipoteca.

¿Qué pasó después? Pues sencillamente que cualquier pareja, tuviese o no algo ahorrado, se lanzaba sin problema alguno a comprar una vivienda ya que la financiación bancaria se obtenía fácilmente y a devolver en los años que uno quisiese (por qué no a los cincuenta años) y sobrepasando incluso el importe del préstamo el valor de tasación del inmueble (daba para comprar el 100% de la vivienda y todos los muebles). A los pocos años surge la crisis de pareja (como no hay que aguantar lo más mínimo, el divorcio cuanto antes) y la situación económica de muchos matrimonios es desoladora: tienen hipotecadas la mitad de sus vidas para pagar la casa, los muebles, el coche y en algunos casos los superviajes. Además, la crisis puede haberles afectado perdiendo alguno de ellos (si es que ambos trabajaban) el empleo o reduciendo de una forma importante sus ingresos. Y claro, hay que adoptar las medidas para regular jurídicamente la crisis y nos encontramos con el artículo 96 del CC, sí aquel artículo que se aplicaba en los años 80 y 90. Entonces, la vivienda que tienen a medias con el banco dejará de utilizarse por uno de los cónyuges, pero habrá que seguir, diez, veinte, treinta, cuarenta o cincuenta años, pagando la hipoteca. Como es de esperar, las cuentas no salen y los ingresos no pueden cubrir todos los gastos. La situación económica del progenitor excluido del uso entra en total recesión.

Nos dice el artículo 3 del Código Civil que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas. Pues bien, la realidad social actual no puede ser más desastrosa, aumenta el número de parados, los que mantienen su empleo ven reducidos sus ingresos y a pesar de que nos digan que el IPC ha bajado, la mayoría de las cosas que utilizamos diariamente siguen estando muy caras. ¿Qué hacemos entonces con la vivienda? Pues mucho nos tememos que, salvo que los cónyuges lleguen a un acuerdo sobre su destino, en los juzgados y tribunales se aplicará con todo su rigor el artículo 96 del Código Civil, con la consecuencia de que mes a mes seguirán cargándose en la cuenta bancaria las cuotas correspondientes del préstamo hipotecario hasta que llegue un momento en el que el ahogo económico de los cónyuges impida pagar más cuotas y el banco sin apiadarse de las circunstancias ejecute la hipoteca. En

ese momento, ya no hay ningún interés digno de protección, el progenitor que tiene la custodia y los hijos tendrán que abandonar la vivienda y buscar alguna solución para el alojamiento, ya sea en régimen de alquiler o trasladarse a convivir con algunos familiares.

Es posible que en muchos casos la cuestión económica no tenga remedio, ni en el momento de dictarse la sentencia de separación o divorcio ni después, así que la atribución del uso siguiendo las pautas establecidas en el artículo 96 del Código Civil permitirá que los hijos tengan provisionalmente resuelto el problema de vivienda. Pero habrá que cuestionarse si en otros casos existen soluciones para impedir que la entidad bancaria termine adjudicándose el inmueble. Lógicamente estas soluciones pasan por eliminar el gravamen de uso casi perpetuo que otorga el citado artículo a favor de los hijos y del progenitor que con ellos conviva. Una Sentencia de la Sec. 3.ª de la AP de Las Palmas de 4 de junio de 2008 así lo ha entendido razonando lo gravoso que representa para el cónyuge excluido del uso la perpetuación en el tiempo del uso por el cónyuge custodio y los hijos, soportando al mismo tiempo el pago de la mitad de la gravosa hipoteca –en otros casos su totalidad– y teniendo que atender a sus propias necesidades de habitación. La sentencia se decantó por limitar temporalmente por tres años el uso a favor de los hijos. La esposa, en su recurso de apelación, alegó que «el artículo 96 del CC no limita el derecho de uso exclusivo, siempre y cuando existan hijos menores de edad, ya que vincula dicho uso a las cargas educacionales de los hijos dimanantes de las obligaciones de la patria potestad», pero la sentencia de la Audiencia desestimó el recurso y señaló que si bien en línea de principio asiste la razón a la apelante, «no es cierto que el artículo 96 del CC cree un derecho de uso ilimitado a favor del progenitor custodio y los hijos menores ya que dicho precepto se limita a señalar que en la sentencia se atribuirá el uso al cónyuge custodio e hijos, no que ese uso sea incondicional y no sujeto a otro término que el fin del derecho a alimentos de los hijos o de la convivencia con el progenitor custodio. Antes al contrario, la realidad social, con la elevada carestía de las viviendas en la sociedad urbana moderna, obliga a las resoluciones judiciales en cada vez mayor medida a limitar ese derecho de uso, fijando un término final, que en general toma en consideración el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales y establece a la vez un plazo máximo para que tenga lugar dicha liquidación. Así se protegen, por un lado, los intereses de los hijos y del cónyuge progenitor –intereses de mayor grado de protección legal, ciertamente– pero también el interés del otro progenitor, que no por ser de inferior grado es absolutamente irrelevante. Atribuir el uso de la vivienda indefinidamente, soportando el excluido del uso el gravamen de la hipoteca, supone en los tiempos actuales una virtual privación de los derechos dominicales de dicho cónyuge cotitular, y una solución inaceptable para la adecuada composición de todos los intereses legítimamente atendibles en la unidad familiar».

No se trata de aplazar el fin de la crisis de pareja hasta que la vivienda se venda ya que no hay peor que dos personas tengan que soportarse cuando los sentimientos van por distintos caminos, pero sí arbitrar soluciones en función de las circunstancia que concurran en cada supuesto. No podemos caer en el error de garantizar el interés prioritario de los menores a corto plazo, habrá que poner las miras más altas para garantizarles que a medio plazo el problema de alojamiento estará resuelto y si no puede ser en una vivienda en propiedad, al menos en una en régimen de alquiler que satisfaga sus necesidades.

ESTUDIOS DOCTRINALES

El contrato de unión civil: la regulación de su contenido y efectos
Ángel Luis Rebolledo Varela 23

La ejecución forzosa de las obligaciones de entrega de cosa determinada en los procesos de familia (II)
Juan Pablo González del Pozo 55

Sobre la competencia objetiva y territorial para el dictado de órdenes de protección
José Luis Rodríguez Lainz 95

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PENSIÓN COMPENSATORIA

No habiéndose fijado en la sentencia de divorcio pensión compensatoria a pesar de que sí se estableció en la sentencia de separación, carece la ex esposa de título para instar la ejecución de la pensión fijada en la separación, ya que las medidas de la sentencia de divorcio sustituyen en su integridad a las de la separación.
Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Auto 396/2008, de 22 de diciembre. 125

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Vulneración a la tutela judicial efectiva al impedirse que un menor extranjero declarado en desamparo pudiese oponerse a su orden de repatriación negándosele la posibilidad de nombrar un defensor judicial ya que existían intereses contrapuestos con la entidad pública que había asumido su tutela y que era partidaria de la repatriación.
Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 183/2008, de 22 de diciembre. 128

FILIACIÓN

La estabilidad familiar no es el criterio que debe regir la interpretación del artículo 136 del CC y por tanto debe aplicarse el principio de verdad biológica, por lo que no puede entenderse caducada la acción de impugnación de paternidad interpuesta por el marido al haberse ejercitado dentro del año desde que tuvo conocimiento de que no era el padre biológico.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 3 de octubre de 2008. **133**

La fecha en que tuvo conocimiento el marido de un informe médico que pone de manifiesto su esterilidad, sirve de comienzo del *dies a quo* del plazo de caducidad de la acción de impugnación de la paternidad.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 16 de octubre de 2008. **136**

Se declara caducada la acción de impugnación de la paternidad por el transcurso de un año desde que el esposo tuvo conocimiento de su supuesta no paternidad ya que la interposición de una anterior demanda de impugnación, que no fue admitida a trámite, no interrumpió el plazo de caducidad.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de octubre de 2008. **138**

ALIMENTOS

El artículo 148 del CC no es aplicable a aquellos supuestos en los que se modifica la cuantía de la pensión alimenticia, por lo que la nueva pensión sólo debe abonarse desde la fecha de la sentencia que la determina. Para que tenga efectos con anterioridad deberán solicitarse las medidas provisionales previstas en el artículo 775.3 de la LEC.
Ni el mero transcurso del tiempo, ni la liquidación de la sociedad de gananciales, ni el nacimiento de un nuevo hijo del obligado al pago de la pensión compensatoria son motivos hábiles para que aquélla se extinga.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 3 de octubre de 2008. **140**

A pesar de que se haya dictado sentencia de separación, debe admitirse la posibilidad de que entre los esposos se reclamen pensiones alimenticias si uno de ellos acredita el estado de necesidad, no siendo obstáculo que en el convenio regulador ambos renunciasen expresamente a reclamarse pensión compensatoria.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de octubre de 2008. **148**

PENSIÓN COMPENSATORIA

Al presumirse que la esposa no va a poder procurarse en poco tiempo un medio de vida que le permita prescindir de la pensión compensatoria y que no va a lograr por sí desenvolverse autónomamente y superar el desequilibrio, no puede fijarse una limitación temporal a la pensión compensatoria.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 9 de octubre de 2008. **151**

Teniendo en cuenta que el matrimonio sólo duró cinco años; que la esposa que actualmente tiene 55 años ha trabajado ininterrumpidamente durante el período de convivencia y que no existe descendencia, la diferencia de ingresos con el esposo sólo justifica una pensión compensatoria temporal durante cinco años.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de octubre de 2008. **153**

Aunque la esposa tiene una corta experiencia temporal, su edad, 29 años, unido a que no existe descendencia, justifican la fijación de una pensión compensatoria temporal durante siete años, tiempo que se considera suficiente para que pueda procurarse un medio de vida que haga innecesario seguir percibiendo la pensión.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de octubre de 2008. **158**

No procede fijar temporalidad a la pensión compensatoria, cuando la esposa tiene 50 años, experiencia laboral muy reducida y lejana en el tiempo, y durante los 18 años de matrimonio se dedicó al cuidado de los hijos.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de octubre de 2008. **160**

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Fallecido uno de los cónyuges, la liquidación de la sociedad de gananciales instada por los herederos debe tramitarse ante el juzgado del domicilio del demandado.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 15 de octubre de 2008. **163**

SUCESIONES

Los actos o acuerdos pre-particionales que vayan configurando la partición no necesitan ser aprobados judicialmente, sin que por tanto tenga que intervenir en ellos el defensor judicial. Una vez realizada totalmente la partición es cuando debe intervenir el defensor judicial y cuando se precisa la aprobación judicial.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 15 de octubre de 2008. **163**

AUDIENCIAS PROVINCIALES

PATRIA POTESTAD

Si bien efectivamente aparecen datos suficientes para acordar la privación de la patria potestad, el juzgador de instancia, a la vista de que efectivamente y al parecer, según los indicios concurrentes, el padre ha ido evolucionando positivamente, acuerda no la privación de dicha patria potestad, sino su suspensión, pensando en la posibilidad de que en un futuro pueda rehabilitarse la misma, lo cual no es en principio inadecuado.
AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 12 de diciembre de 2008. **166**

GUARDA Y CUSTODIA

Dado que, según el informe pericial, el deseo del hijo de 14 años de convivir con su padre transciende a una simple compatibilidad de aficiones y caracteres, no existiendo ninguna razón objetiva ni subjetiva para considerar inhábil al citado progenitor, no parece aconsejable imponer el mantenimiento de una convivencia con la madre que, al menos por el momento, el hijo no desea. No es obstáculo que los otros dos hijos menores permanezcan con la madre.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 7 de octubre de 2008. **167**

Se atribuye la custodia a la madre dado que el menor tiene condicionada o mediatizada su voluntad por parte del padre y está siendo víctima de un síndrome de alienación parental, indisponiéndolo contra su madre y familia materna; viéndose envuelto en un severo conflicto emocional ante las disputas de los padres que está interfiriendo en su proceso de maduración emocional.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 24 de octubre de 2008. **168**

La oposición expresa del Ministerio Fiscal a la custodia compartida hace inviable dicho pronunciamiento.

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 29 de octubre de 2008. **169**

Se otorga la custodia a la madre ya que, según el informe pericial, tiene más presencia en cuestiones propias del ámbito doméstico y más interés por la marcha de los estudios.

AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 31 de octubre de 2008. **169**

Se atribuye la guarda y custodia de los hijos al padre ya que conviven con él desde la separación de hecho, no habiéndose acreditado la existencia de ningún síndrome de alineación parental.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 10 de noviembre de 2008. **170**

Se estima la demanda de modificación de medidas y se atribuye al padre la custodia del hijo al ser la única medida posible para lograr la normalización de la relación paterno-filial al haber fracasado el cumplimiento del régimen de visitas no existiendo ninguna causa objetiva que impida esta relación.

AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 12 de noviembre de 2008. **171**

Se revoca la custodia compartida acordada por el juzgado ya que el menor sólo tiene tres años, y la Sala considera que esta edad es insuficiente para asegurar que ese cambio mensual de *status* de vida con uno u otro progenitor no afecte al desarrollo de su incipiente personalidad.

AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 26 de noviembre de 2008. **173**

Resulta contraproducente que el padre pida el cambio de custodia y no cumpla el régimen de visitas y que, según la declaración de una de las profesoras, no haya asistido nunca al centro escolar para interesarse por el progreso de su hijo.

AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 1 de diciembre de 2008. **175**

Se acuerda mantener la custodia compartida, si bien ampliando el período de estancia del hijo con cada progenitor que pasa a ser de tres meses.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 22 de diciembre de 2008. **175**

No puede dejarse de atender el deseo de la menor de 10 años de edad, por cuanto ella razona las circunstancias que le determinan a preferir una guarda y custodia por su padre.
AP Jaén, Sec. 3.ª, Sentencia de 26 de diciembre de 2008. **177**

Se mantiene la custodia compartida por meses ya que este sistema ha venido funcionando con normalidad y aunque ahora se encuentra deteriorada la relación entre los progenitores puede restablecerse por el bien y el interés de los menores.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 29 de diciembre de 2008. **177**

RÉGIMEN DE VISITAS

Todo el tema litigioso gira en torno a las visitas de la abuela paterna, que en el Auto recurrido se establecen todos los domingos del año, desde las 11 a las 13,30 horas. La madre, custodia de la niña, solicita que las visitas se restrinjan a los domingos alternos haciéndolas coincidir con las visitas que a su vez corresponden al padre de la menor y dicha pretensión está justificada.
AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 3 de octubre de 2008. **178**

Se considera adecuado que cuando la menor cumpla tres años comience el régimen de visitas ordinario incluyendo la pernocta.
AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 7 de octubre de 2008. **179**

La escasez de recursos en el punto de encuentro –que cuenta con sólo tres personas– o su saturación –por el número de personas que debe atender– no pueden ser argumentos para impedir su utilización al ciudadano que no tiene obligación de soportar las deficiencias de los servicios públicos.
AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 20 de octubre de 2008. **180**

Los puntos de encuentro no pueden saturarse y sólo podrá acordarse que la recogida y entrega tengan lugar en éste en casos verdaderamente necesarios, además este lugar siempre supone algo anómalo para los hijos que perciben una situación rara de tener que acudir a un lugar extraño.
AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 23 de octubre de 2008. **180**

Tenemos que poner especial énfasis en la inexistente relación de los abuelos con la nieta, que ahora, y compartimos la expresión de la Juez *a quo*, repentinamente quieren tener, cuando no se ha constatado interés alguno de éstos durante todos estos años para tener la adecuada relación con su nieta. Se viene a reconocer además que, conociendo que el padre de la niña no pagaba la pensión alimenticia, para nada han colaborado en la manutención de ésta.
AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 11 de diciembre de 2008. **181**

Desde que la niña cumpla un año de edad, pasará las noches en compañía de su progenitor en ocasión de las visitas y estancias programadas en sentencia.
AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 17 de diciembre de 2008. **181**

No procede acceder a la petición de que las recogidas y entregas se lleven a efecto en el punto de encuentro ya que ninguna razón determina ahora la intervención de organismos o terceros, ni se advierte en ello necesidad, oportunidad y conveniencia, téngase presente que no es dable judicializar aun más y en exceso la problemática para estos niños, cuando en meritados inicios y términos de contactos no se ha producido conflicto alguno, siendo lo único detectado que la progenitora femenina no valora la importancia que para la plenitud de los menores tiene su relación con la figura paterna, y es únicamente aquella quien ha de variar de actitud, facilitando el correcto cumplimiento del régimen de visitas.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 18 de diciembre de 2008. **182**

VIVIENDA FAMILIAR

En el momento de decidir la atribución del uso no tiene incidencia que la esposa, con ocasión del desencadenamiento de la crisis matrimonial, abandonara su vivienda, porque eso no elimina su condición de vivienda familiar.
AP Cantabria, Sec. 2.ª, Sentencia de 7 de octubre de 2008. **184**

Teniendo en cuenta que cada uno de los cónyuges es propietario con carácter privativo de una vivienda, habiendo alquilado la esposa la que es de su propiedad, procede atribuirle el uso de la vivienda familiar limitando dicha atribución hasta que se extinga el contrato de arrendamiento que concertó.
AP Guipúzcoa, Sec. 3.ª, Sentencia de 10 de octubre de 2008. **184**

Extinción del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a la esposa que lleva ocupándola durante un período superior a dieciséis años; por lo que, aunque hubiese procedido una atribución temporal de esa vivienda a la esposa, ésta siempre se hubiese resuelto con un límite muy inferior a ese período de tiempo.
AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 24 de noviembre de 2008. **185**

Estimación de la demanda de desahucio por precario interpuesta por los padres del esposo contra la nuera. Todo lo relativo a la construcción de la vivienda en el inmueble propiedad de los demandantes, y si existe o no crédito de la sociedad de gananciales, será cuestión a dilucidar en otro procedimiento, pero respecto a lo que aquí no cabe entrar.
AP Córdoba, Sec. 1.ª, Sentencia de 27 de noviembre de 2008. **186**

Se rechaza la excepción de litisconsorcio pasivo necesario fundada en no haber sido llamada a juicio de desahucio por precario la hija de la demandada, actualmente mayor de edad, que ocupa la vivienda junto con su madre.
AP Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 1 de diciembre de 2008. **187**

La circunstancia de que el esposo se encuentre actualmente de baja laboral no es motivo para dejar sin efecto la atribución que se le hizo al mismo del uso del local de la planta baja de la vivienda familiar.
AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 17 de diciembre de 2008. **190**

PENSIÓN ALIMENTICIA

Teniendo en cuenta la situación laboral eventual del hijo mayor de edad, dado que consta acreditado que no se le prorrogaría al momento del vencimiento del contrato por tres meses, procede darle una oportunidad formativa temporal al hijo por término de dos años.
AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 1 de octubre de 2008. **191**

La sentencia determinó que los gastos de guardería debían ser abonados por partes iguales. Dicho gasto dejó de producirse a finales del mes de junio, cuando se inició el período vacacional del menor, si la apelante decidió llevar a su hijo durante dicho período vacacional a la guardería, resulta evidente que tal decisión obedeció a su propia comodidad, por cuanto la madre pudo disfrutar también de vacaciones durante ese mes.
AP Guipúzcoa, Sec. 2.ª, Auto de 28 de octubre de 2008. **192**

El padecer un infarto de miocardio es una circunstancia susceptible de tener influencia en los ingresos del afectado, pero no es menos cierto que este padecimiento no tiene por qué ser incapacitante y que, con un debido control, el paciente puede reintegrarse a su vida laboral activa, como sucede en el presente caso.
AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 28 de octubre de 2008. **193**

Al haberse trasladado la hija mayor a estudiar a Madrid, residiendo en un colegio mayor, se extingue el deber del padre de abonar pensión de alimentos a la madre, asumiendo aquél directamente todos los gastos de la hija.
AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 19 de noviembre de 2008. **194**

Las fotocopias de dos recibos, en los que figura el mismo número 18, emitidos en los meses de enero y febrero de 2008 por once días de clases impartidas a un alumno cuyo único dato identificativo es «Manuel», y suscritos por una persona cuyos datos no constan, no son suficientes para acreditar la realidad del gasto extraordinario de educación.
AP Sevilla, Sec. 2.ª, Auto de 26 de noviembre de 2008. **194**

Se considera excesiva para un hijo una pensión alimenticia equivalente al 30% de los ingresos líquidos del padre.
AP Cantabria, Sec. 2.ª, Sentencia de 28 de noviembre de 2008. **195**

En la sentencia de cuya ejecución se trata se estableció, como condicionante de la exigibilidad ejecutiva de los gastos extraordinarios, el acuerdo de las partes, que debía ser acreditado documentalmente y de forma fehaciente, y es lo cierto que tales requisitos no concurren en el caso examinado.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 2 de diciembre de 2008. **196**

PENSIÓN COMPENSATORIA

No procede limitar temporalmente la pensión compensatoria ya que si bien es cierto (y así lo reconoció la esposa) que en un futuro cobrará una pensión de jubilación del régimen de

trabajadores autónomos, no consta cuál va a ser su cuantía y el fondo de pensiones en absoluto es tan representativo como para poder considerar que aquélla sea titular de un patrimonio saneado. El esposo, por el contrario, es un empresario con unos saneados ingresos por razón de su actividad.
AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 3 de octubre de 2008. **197**

No es admisible denegar la pensión compensatoria por el hecho de que el marido y la mujer trabajen y obtengan ingresos propios derivados de su actividad profesional, pues no es ése el parámetro a tener en consideración a los efectos de su concesión o denegación sino, más concretamente, si al momento del cese de la convivencia matrimonial se produce desequilibrio a uno de los cónyuges en relación con la situación que tuviera con anterioridad.
AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 15 de octubre de 2008. **198**

La cantidad de 6.000 euros solicitada por la esposa en concepto de pensión compensatoria se considera proporcionada a esta situación, aunque no la modalidad elegida de una prestación única, que sumiría en una dificultad importante al obligado a su abono. Por ello, se opta por su distribución temporal, lo que también faculta el artículo 97 del CC, en un período de tres años, distribuyéndose las cantidades en 150 euros mensuales.
AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 4 de noviembre de 2008. **199**

Se fija la pensión compensatoria en dos fases, la primera de carácter transitorio, a razón de 300 euros al mes hasta la venta de la vivienda familiar o alzamiento de los embargos que pesan sobre ella, pasando posteriormente al 30% de los haberes líquidos del ex esposo.
AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 1 de diciembre de 2008. **199**

No sirve de argumento, para la supresión de la pensión compensatoria, que la esposa haya estado disfrutando de tal derecho desde 1994, pues no puede olvidarse que tales medidas rigen por acuerdo, de manera que no es posible la extinción cuando en aquel momento se tuvo la oportunidad de limitar temporalmente la pensión y no se hizo.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 19 de diciembre de 2008. **200**

Un contrato de trabajo para la formación con una duración de seis meses no es motivo para la extinción de la pensión compensatoria.
AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 22 de diciembre de 2008. **201**

CONVENIO REGULADOR

Nulidad del pacto en virtud del cual el padre, propietario al 50% de la vivienda familiar junto a la madre, renunciaba a su propiedad en favor de ésta, a cambio de que ella se hiciera cargo en exclusiva de las futuras necesidades alimenticias de la hija común.
AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 29 de octubre de 2008. **201**

CUESTIONES PROCESALES

El hecho de que el demandado estuviera en situación procesal de rebeldía sólo a él le es imputable, por lo que fue su desidia e inactividad lo que impidió personarse en tiempo y forma a fin de

defender sus intereses, no siendo admisible pretender basar su disconformidad con la fijación de una pensión compensatoria en el desconocimiento de que la esposa la hubiese solicitado.
AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 29 de octubre de 2008. **202**

Aunque se permita la admisión de nuevos hechos, el principio de la doble instancia marca unos límites a esa posibilidad, por lo que es inadmisible dar entrada en este proceso a los hechos alegados sólo cuatro días antes de la fecha fijada para la resolución del recurso, ya que lo contrario dejaría a la parte actora sin posibilidad de hacer alegaciones y a ambos de proponer y practicar prueba sobre estos nuevos hechos.
AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 29 de octubre de 2008. **203**

Quien voluntariamente se aquietó en la primera instancia a defender sus intereses y fue declarado en rebeldía, no puede ahora con ocasión del recurso de apelación introducir un relato fáctico completa y diametralmente opuesto al alegado en el escrito rector iniciador de las actuaciones procesales, sin que conste que dichos hechos se han producido con posterioridad a dictarse la sentencia.
AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 30 de octubre de 2008. **204**

No procede acordar por vía del artículo 158 del CC el cambio de custodia por incumplimiento del régimen de visitas ya que no concurren los presupuestos establecidos en el citado precepto que exige la prueba sobre las circunstancias que negativamente producen consecuencias y perturbaciones dañosas para los hijos.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 16 de diciembre de 2008. **205**

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Habiéndose condicionado el pago del exceso de adjudicación a la venta de un local por parte de la esposa, transcurridos casi cinco años desde la fecha del convenio regulador, sin que dicho local se vendiera ni fuera entregada al esposo la cantidad pactada, se condena a la esposa al pago de los 12.020 euros, con una fecha límite para su abono, que la sentencia de instancia ha establecido en un año a partir del dictado de dicha resolución.
AP Guipúzcoa, Sec. 2.ª, Sentencia de 10 de octubre de 2008. **206**

Ineficacia del convenio al que han llegado la hija mayor de edad y la madre a fin de que ésta le abone la pensión directamente a ella a pesar de que aquélla convive con el padre. Si la madre quiere recuperar el dinero que ha entregado a la hija deberá reclamarlo a ésta que ya es mayor de edad y debe responder de sus actos.
AP Álava, Sec. 1.ª, Auto de 22 de octubre de 2008. **208**

No puede aceptarse la compensación alegada por el ejecutado con el exceso de cuantía en el abono de mensualidades pasadas o anteriores, no sólo porque dichos pagos se efectuaron de manera voluntaria respondiendo a la mera liberalidad del ahora ejecutado, sino que en ningún caso cabe compensarlas como pago de pensiones posteriores o venideras, debiendo cumplirse por este último con la obligación de pago de las cantidades reclamadas dado el carácter tasado de los motivos de oposición.
AP Sevilla, Sec. 2.ª, Auto de 27 de noviembre de 2008. **210**

La competencia para conocer de la acción de cobro de lo indebido (alimentos) corresponde al Juzgado de Primera Instancia ordinario y no al Juzgado de Familia.
AP Sevilla, Sec. 2.ª, Auto de 27 de noviembre de 2008. **211**

Habiéndose adjudicado el derecho de uso de la vivienda por plazos alternativos de años sucesivos en favor de ambos cónyuges, no procede conceder el plazo de un mes al ex esposo para abandonar la vivienda al apreciarse que se trata de una pretensión que implica un manifiesto abuso de derecho.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 2 de diciembre de 2008. **211**

La imposición de multas coercitivas por el incumplimiento del régimen de visitas sólo es procedente cuando se esté ante un patente y manifiesto incumplimiento exteriorizado mediante una conducta rebelde del ejecutado que no deje margen de duda alguno de su voluntad abiertamente impeditiva u obstativa de cumplir aquello a lo que se encuentra judicialmente obligado.
AP Cáceres, Sec. 1.ª, Auto de 19 de diciembre de 2008. **212**

REGÍMENES ECONÓMICOS

Estando disuelta la sociedad de gananciales no se puede imputar un crédito a una sociedad que ya no existe, por lo que no podrá figurar en el pasivo el crédito del ex esposo por el pago de las cuotas del préstamo hipotecario, sin perjuicio de que la mitad de lo pagado se reclame al ex cónyuge con la que permanece en comunidad de bienes hasta que culmine la liquidación.
AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 1 de octubre de 2008. **213**

La escasa duración del matrimonio no impide que se declare en parte privativa y en parte ganancial la vivienda familiar que se adquirió por el esposo mucho antes de contraerse el matrimonio.
AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 7 de octubre de 2008. **213**

El hecho de que los cónyuges desconocieran la existencia de bienes gananciales por considerar que todavía no era de su propiedad la finca adjudicada por el Patronato Municipal no supone alterar la realidad de la existencia de los derechos adquiridos sobre esta finca que tenían un evidente carácter ganancial. Por otra parte, no puede aplicarse el instituto de la prescripción adquisitiva o usucapión por cuanto que no concurre uno de los requisitos esenciales para su apreciación, la posesión en concepto de dueño, siendo reiterada la jurisprudencia que declara que no posee en concepto de dueño el copropietario frente a los demás condueños.
AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 29 de octubre de 2008. **214**

Apreciación de oficio de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario al solicitarse en la demanda la nulidad de una escritura de compraventa instada frente a uno solo de los cónyuges, retrotrayéndose las actuaciones al momento de admisión a trámite de la demanda para llevarse a efecto el emplazamiento del otro cónyuge.
AP Córdoba, Sec. 1.ª, Sentencia de 30 de octubre de 2008. **215**

Actualización del precio del inmueble abonado constante la sociedad de gananciales en función del valor que tiene en el momento de la liquidación y no en base al incremento del IPC.
AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 3 de noviembre de 2008. **216**

Se desestima la demanda interpuesta por el esposo contra la esposa en un matrimonio regido por el sistema de separación de bienes, en la que aquél reclama el pago de 6.000 euros que le entregó, al considerarse que hubo un acto de liberalidad y no un préstamo.
AP Málaga, Sec. 5.ª, Sentencia de 20 de noviembre de 2008. **217**

Aunque la compra del inmueble se hizo por el esposo antes de contraerse el matrimonio, la circunstancia de otorgarse la escritura pública constante el matrimonio y establecerse en ella la adquisición para la sociedad de gananciales, sin hacer ninguna referencia al origen del dinero, conlleva que el inmueble tenga carácter ganancial.
AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 27 de noviembre de 2008. **219**

Carácter ganancial del inmueble al resultar ineficaz el documento privado suscrito en su día por las partes en el cual el esposo donaba a la esposa su mitad del inmueble, dado que, al tratarse de un bien inmueble precisaba de escritura pública (artículo 633 del CC).
AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 3 de diciembre de 2008. **220**

Los juzgados de familia no tienen competencia para tramitar la petición de autorización judicial para la enajenación de bienes gananciales (artículo 1377 del CC) correspondiendo su conocimiento a los Juzgados de Primera Instancia ordinarios.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 4 de diciembre de 2008. **220**

La cantidad de 1.500 euros que en concepto de litisexpensas se fijaron en el procedimiento de divorcio, al ser de cargo de la sociedad de gananciales, como una carga del matrimonio, ha de constar en el pasivo de la sociedad y por dicho importe.
AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 12 de diciembre de 2008. **222**

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Para dejar sin efecto el desamparo no sólo es necesario el deseo del progenitor, sino que es exigible esa prueba plena que comporta la seguridad de que la menor va a estar convenientemente atendida, por lo que no caben, pues serían gravemente perjudiciales, nuevos intentos que al final fracasarían.
AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 20 de octubre de 2008. **222**

La suspensión de las relaciones familiares no puede tildarse de desproporcionada e irracional, pues el mantenimiento de visitas entre los familiares biológicos, en especial los progenitores, y los hijos menores debe ceder excepcionalmente cuando, en atención a las circunstancias concurrentes, se pretende facilitar el acogimiento integrador con familia alternativa que les proporcione estabilidad y normalice su vida.
AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 14 de noviembre de 2008. **223**

Se desestima la adopción solicitada respecto a un menor que se encontraba conviviendo con el promotor del expediente al amparo de la *kafala* constituida en Marruecos.
AP Cádiz, Sec. 5.ª, Auto de 11 de diciembre de 2008. **223**

Nos hallamos ante un supuesto excepcional tanto por su prolongación en el tiempo, como porque la Consejería ha agotado todas las posibilidades a su alcance para reintegrar a los menores a su entorno familiar y todo se ha demostrado inútil, ante la actitud recelosa, rencorosa y hostilidad de los progenitores, lo que aconseja mantener la medida de desamparo adoptada por la entidad pública.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 17 de diciembre de 2008. **224**

FILIACIÓN

Se desestima la acción de impugnación del reconocimiento de paternidad, dado que el actor cuando prestó su consentimiento a la paternidad de la menor, tenía o podía tener las mismas dudas que ahora manifiesta en la demanda, por lo que su reconocimiento fue voluntario y libre, exento de cualquier vicio en el consentimiento que pudiera invalidarlo.

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 30 de octubre de 2008. **226**

En la contestación a la demanda no se niega la existencia de relaciones íntimas, sino que simplemente no tiene la certeza necesaria para reconocer que es padre del menor, por lo que solicita la práctica de la prueba biológica de paternidad. En consecuencia, no procede privar al padre de la patria potestad.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 21 de noviembre de 2008. **226**

UNIONES DE HECHO

La demandante si bien fue partícipe en el desarrollo de los negocios del compañero sentimental durante el largo lapso de convivencia *more uxorio*, tal participación no puede ser calificada de relevante a la hora de deducir que de ella se han seguido actos o decisiones determinantes para la adquisición del patrimonio. Aparece la conviviente como empleada en sus dos tiendas (también lo eran sus dos hermanas), y en otras ocasiones desempeñaba meras labores administrativas, entre las que quedarían comprendidas el cobro de rentas o recepción de llamadas y faxes, actos todos que podemos calificar como irrelevantes, por lo que no se ha demostrado que la demandante haya sufrido, en razón de su convivencia *more uxorio*, una pérdida de oportunidad que al presente deba ser resarcida.

AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 6 de octubre de 2008. **227**

Estimación de la demanda de desahucio por precario interpuesta por un conviviente contra otro después del cese de la relación de pareja, al carecer aquélla de ningún título para ocuparlo, no existiendo descendencia de la relación.

AP Málaga, Sec. 5.ª, Sentencia de 7 de noviembre de 2008. **230**

Se desestima la demanda interpuesta por el conviviente de hecho al no probar la existencia de hechos concluyentes capaces de evidenciar la invocada comunidad entre ambos, ya que cada litigante mantuvo durante la relación como pareja de hecho su propia cuenta bancaria donde residenciaban sus ingresos.

AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 23 de diciembre de 2008. **231**

CUESTIONES PENALES

Aunque fue condenada por el Juzgado de lo Penal, la Audiencia absuelve a la madre del delito de desobediencia, ya que si las visitas no se llevaron a cabo fue por la expresa negativa del hijo de 12 años de edad y por el largo transcurso de falta de relación del hijo con el padre. No se constata la existencia de SAP, debiendo recordarse que «la ciencia nos dice que la razón más probable para que un niño rechace a un progenitor es la propia conducta de ese progenitor».
AP Vizcaya, Sec. 6.ª, Sentencia de 9 de junio de 2008. **234**

Condenan al esposo por un delito societario al privar a la esposa del derecho de información y participación en la gestión de una sociedad limitada familiar.
AP Castellón, Sec. 1.ª, Sentencia de 14 de octubre de 2008. **238**

JUZGADOS DE 1.ª INSTANCIA

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Embargan a la madre por 46.900 euros ante los incumplimientos del régimen de visitas. Se le impuso una multa de 600 euros por cada fin de semana.
Juzgado de 1.ª Instancia núm. 22 de Madrid, Auto de 15 de enero de 2009. **242**

CUESTIONES PENALES

Se absuelve a la madre del delito de desobediencia por el incumplimiento del régimen de visitas al no constar requerimientos personales y no apreciar una abierta negativa al cumplimiento del régimen de visitas.
Juzgado de lo Penal núm. 16 de Madrid, Sentencia de 16 de diciembre de 2008. **243**

GUARDA Y CUSTODIA

Se atribuye la custodia al padre dado que se aprecia una situación de trastorno de personalidad en la madre (ya diagnosticado y que ha motivado su ingreso urgente con carácter involuntario en unidad psiquiátrica hospitalaria) que no se puede confundir con el cuadro que puede presentar un maltratada, aun cuando por desgracia se lleguen a confundir situaciones de neurosis, cuadros de ansiedad, paranoias y trastornos de personalidad con la sintomatología que presentan mujeres que sufren maltrato.
Juzgado de 1.ª Instancia núm. 7 de Sevilla, Auto de 16 de marzo de 2009. **244**

RESOLUCIONES DE LA DGRN

FILIACIÓN

El Ministerio de Justicia autoriza la inscripción en el Registro Civil de dos bebés hijos de un matrimonio de varones homosexuales que los concibieron en Estados Unidos con una madre de alquiler.
Resolución de 18 de febrero de 2009. 249

REGÍMENES ECONÓMICOS-MATRIMONIALES

Estando inscrita la finca a nombre de la esposa del demandado con arreglo al régimen económico-matrimonial alemán, que es el régimen de participación, es claro que no puede anotarse el embargo por deudas del marido.
Resolución de 12 de diciembre de 2008. 254

Se deniega la anotación de embargo de la mitad indivisa de un inmueble que figura inscrito a favor de la sociedad de gananciales. No es obstáculo para ello que el embargo se acordase a instancia de la ex esposa y que, según manifiesta, el inmueble es el único bien a liquidar.
Resolución de 16 de enero de 2009. 254

SUCESIONES

No es inscribible en el Registro una escritura de aceptación de herencia y entrega parcial de legados a favor de uno de los legitimarios, efectuada unilateralmente por el heredero legitimario, sin previa intervención de los demás legitimarios en la disolución de la sociedad de gananciales y partición de la herencia.
Resolución de 9 de marzo de 2008. 255

SECCIÓN PRÁCTICA

El acuerdo sobre la custodia compartida y su eficacia en los tribunales. 259

Casos prácticos. 264

DERECHO COMPARADO

Un «fantasma» recorre latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial. 273

TRIBUNA ABIERTA

La Ley Colaborativa: una nueva fórmula para la solución alternativa de los conflictos de familia.
Jorge A. Marfil 311

Capacidad de testar de la persona anciana: problemática jurídica y aspectos prácticos
Aurelia María Romero Coloma 315

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

Datos de interés. 329

AVANCES JURISPRUDENCIALES

Separación, divorcio y nulidad. 335

Patria potestad. 335

Guarda y custodia. 335

Régimen de visitas. 335

Vivienda y ajuar familiar. 336

Pensión alimenticia. 337

Pensión compensatoria. 337

Cuestiones procesales. 338

Ejecución de sentencia. 338

Regímenes económico-matrimoniales. 340

Uniones de hecho. 342

Cuestiones penales. 342

Sucesiones. 342

Revista de Derecho de

familia

ESTUDIOS DOCTRINALES

EL CONTRATO DE UNIÓN CIVIL: LA REGULACIÓN DE SU CONTENIDO Y EFECTOS*

ÁNGEL LUIS REBOLLEDO VARELA

Catedrático de Derecho Civil. Abogado. Universidad de Santiago de Compostela

RESUMEN

La existencia como una realidad social de las uniones estables de pareja, sin perjuicio del acceso al matrimonio por personas del mismo sexo, sigue requiriendo una atención por parte del Legislador. Es necesario que más allá del reconocimiento de unos ciertos derechos en el ámbito público (fiscalidad, pensiones, acceso a viviendas protegidas, etc.) afronte una regulación de las uniones de hecho en el ámbito del derecho privado, con un reconocimiento de efectos jurídicos civiles. Ello ha de hacerse partiendo de la voluntad de la pareja expresada a través del contrato de unión civil pero imponiendo unos efectos mínimos de derecho imperativo y proporcionando una normativa de carácter supletorio. El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de derecho civil que realiza el artículo 149.1.8 de la Constitución, sin perjuicio del respeto a la legislación propia de aquellas Comunidades con derecho civil propio, hace imprescindible una legislación estatal cuyo sentido y contenido es objeto de reflexión en este artículo.

ABSTRACT

The existence of stable unmarried couples, without prejudice to marriage between people of the same sex, still needs attention from the Legislator. It is necessary that the Legislator faces the stable unmarried couples from the Private Law scope, recognizing them civil juridical effects, besides the recognition of some rights in the public scope (tax law matters, public allowances, access to state-subsidized housing). This must be done departing from the couple's will expressed by the civil union contract, but imposing some minimum effects of imperative law, and setting also a special regulation. The sharing of faculties between the State and the Autonomic Communities concerning Civil Law, which is established by the article 149.1.8 of the Constitution, and without prejudice to the own legislation of those Communities which have their own Civil Law, makes a state legislation indispensable. The subject of reflection in this work is precisely the sense and content of that state legislation.

(*) Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación SEJ2006-04391/JURI «La actualización del derecho sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia», del que el autor es investigador principal.

Sumario

I. LAS UNIONES ESTABLES DE PAREJA COMO REALIDAD SOCIAL

II. LAS UNIONES ESTABLES DE PAREJA COMO REALIDAD JURÍDICA: FORMAS DE AFRONTARLA

III. EL SENTIDO GENERAL DE LA REGULACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO ESTABLES: SU RELACIÓN CON LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL

IV. LEGISLACIÓN ESTATAL *VERSUS* LEGISLACIONES AUTONÓMICAS

V. UNA CUESTIÓN PREVIA: LOS CONFLICTOS DE DERECHO INTERREGIONAL PRIVADO

VI. CONFIGURACIÓN LEGAL DE LOS REQUISITOS DE LA UNIÓN ESTABLE DE PAREJA: PRUEBA DE SU EXISTENCIA

VI.1. Exigencia o no de una declaración de voluntad expresa de constitución de una unión estable de pareja

VI.2. Prueba de la existencia de una unión estable de pareja

VI.3. Requisitos subjetivos

VII. EFECTOS JURÍDICO-CIVILES DE LAS UNIONES ESTABLES DE PAREJA

VII.1. Principio de autonomía de la voluntad, derecho dispositivo y derecho imperativo

VII.2. Eficacia *inter partes* o frente a terceros

VII.3. Los pactos de convivencia

VII.4. Regulación en defecto de pacto

A) Régimen económico y vivienda. B) Derechos económicos a la extinción de la convivencia. C) Derechos en caso de extinción por fallecimiento. D) Otros derechos. E) Reformas procesales.

VIII. LOS EFECTOS DE LAS UNIONES ESTABLES DE PAREJA ALEGALES

I. LAS UNIONES ESTABLES DE PAREJA COMO REALIDAD SOCIAL

Desde una perspectiva actual, y especialmente desde la reforma del artículo 44 del CC por la Ley 13/2005, de 1 de julio, que obliga a prescindir de cualquier diferencia de trato por razón de sexo, la convivencia de dos personas con vocación de permanencia en una relación análoga a la matrimonial es una evidente realidad social, como tal perfectamente admitida por una abrumadora mayoría de nuestra sociedad, respetuosa con las decisiones basadas

en el ejercicio de la libertad individual. Cuestión distinta es el debate tanto jurídico como social que se puede plantear sobre cuáles han de ser sus consecuencias.

Por otra parte, parece igualmente claro que esta forma de convivencia no se configura realmente como una alternativa a la institución matrimonial que, al igual que en el resto de los países de nuestro entorno cultural, sigue constituyendo el modelo básico de la vida en pareja y, en definitiva, de la institución familiar. Así, aparte de apreciarse la existencia de un sector social que efectivamente opta, como consecuencia de razones de muy diferente tipo, por descartar el formalizar su unión a través del acceso al matrimonio, en un número muy importante de supuestos lo que se aprecia es una simple forma diferente de acceder a las relaciones estables de pareja, no ya directamente a través del matrimonio sino a través de una convivencia marital previa, que en muchos casos acaba en la institución matrimonial, lo que si bien no constituye en absoluto un fenómeno nuevo sí tiene actualmente unos perfiles cada vez más característicos.

Y es que dicha convivencia es cada vez más larga lo que produce que los intereses personales y económicos se entremezclen de manera más profunda, que surjan con frecuencia hijos comunes y, en definitiva, que en muchas ocasiones la convivencia de hecho no concluya con el matrimonio sino con la ruptura voluntaria o el fallecimiento, con las consiguientes dificultades para canalizar y resolver un conflicto de intereses que, sostienen muchos, guarda muchas similitudes con la ruptura de la convivencia de las parejas unidas con vínculo matrimonial, por lo que las soluciones deben ser las mismas –lo que alcanza, obviamente, a los efectos de la propia convivencia en situación de normalidad tanto *inter partes* como en relación con los terceros–, al menos en sus aspectos más relevantes. Sin embargo, frente a ello otros consideran que quienes optan libremente por relaciones de pareja en cualquiera de sus formas pero con el elemento identificador de ausencia de vínculo matrimonial, no deben recibir una respuesta similar, que incluso puede sorprender a alguno de los convivientes en su buena fe, sobre todo desde que la institución matrimonial está totalmente abierta a todas las personas sin discriminación por identidad de sexo.

II. LAS UNIONES ESTABLES DE PAREJA COMO REALIDAD JURÍDICA: FORMAS DE AFRONTARLA

Y ésta es la primera duda que surge en cuanto se afronta la realidad social de las uniones de hecho. ¿Deben tener algún tipo de efecto o consecuencia legal o mantenerse al margen del Derecho? Además de una realidad social incuestionable ¿deben ser también una realidad jurídica?

Abandonadas ya antiguas tesis sobre que la unión estable de hecho implica una situación alegal o ajurídica, y dejando aparte que incluso el derecho a establecer una unión de pareja estable se puede llegar a fundamentar en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1.1 de la CE) –*vid*. STS de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 7148)–, se puede afirmar que existe un cierto consenso en que se trata de una realidad social que presenta unos problemas que deben recibir una respuesta jurídica[1], que hasta no hace mucho tiempo

1. Sobre el debate de la conveniencia y necesidad o no de una regulación de las parejas de hecho y los problemas que surgen de su institucionalización y regulación sistemática, *vid*. Amunategui Rodríguez, *Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pp. 123 y siguientes.

ha ido moviéndose entre intervenciones puntuales del legislador estatal[2] y construcción de una doctrina jurisprudencial en absoluto unánime ni con una línea doctrinal clara –basta ver la citada STS de 12 de septiembre de 2005, con los votos particulares incluidos–, deficiencias que han querido ser suplidas por las Comunidades Autónomas mediante la aprobación de una legislación propia con unos resultados que, como es conocido, no parece que hayan alcanzado el objetivo pretendido, y ya no sólo por el discutido problema de sus competencias en materia de derecho civil ni por la disparidad de criterios legales recogidos –muchos menos de los que aparentemente pudiera pensarse ante las constantes fuentes de inspiración de unas legislaciones en las precedentes, especialmente en la Ley catalana 10/1998 y, en algunos aspectos, en la Ley francesa 99-944, de 15 de noviembre de 1999, del pacto civil de solidaridad y del concubinato–, sino por la forma de afrontar la regulación de las uniones estables de pareja.

Y es que dado el estado de la cuestión tal y como se configura en la actualidad, en que ya no basta con tratar de resolver cuestiones puntuales mediante la aplicación jurisprudencial de principios generales de Derecho como el enriquecimiento injusto o la protección del conviviente más débil, las preguntas que hay que plantearse y resolver son varias. ¿Debe el legislador limitarse al reconocimiento de la autorregulación que los particulares realicen de su relación o debe intervenir configurando una regulación jurídica de carácter dispositivo o incluso imperativo en algunos aspectos? Además, si se opta por la configuración de un contrato de unión civil o simplemente por una definición legal de lo que se entiende por unión de hecho, o unión estable de pareja o cualquiera que sea la denominación que quiera dársele, especificándose sus requisitos con carácter constitutivo, tal y como han realizado las Comunidades Autónomas que han aprobado normas sobre esta materia, ¿debe excluirse el reconocimiento de efectos jurídicos a las formas de convivencia que no se ajusten a las previsiones del legislador?

La tesis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aun con la falta de una línea doctrinal unánime pero tal y como parece haber quedado definida en la importante STS de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 7148) –cuya doctrina han seguido sentencias posteriores como las SSTS de 8 de mayo y 29 de abril de 2008 (RJ 2008, 2833 y 2683)–, es un poco ésa. Nada que objetar a la validez y eficacia de los pactos que los convivientes puedan suscribir para regular sus relaciones patrimoniales, especialmente para el momento de la extinción de la convivencia pactando, en su caso, las compensaciones económicas que estimen conveniente. Pero fuera del pacto, asunción de la decisión de no contraer matrimonio y, por lo tanto, libre ruptura de la convivencia sin consecuencias de ningún tipo y, por supuesto, durante su existencia, ninguna modificación de las reglas generales sobre adquisición y titularidad de los bienes, administración y disposición así como responsabilidad, tanto *inter partes* como frente a terceros.

2. Sin ánimo exhaustivo, *vid.* artículo 101 del CC, en el que se contempla la extinción de la pensión compensatoria establecida conforme al artículo 97 del CC cuando el acreedor contraiga nuevo matrimonio «o por vivir maritalmente con otra persona»; artículo 320 del CC: el Juez podrá conceder la emancipación a petición de los hijos mayores de 16 años si quien ejerce la patria potestad contrajere nupcias «o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor»; artículo 108 del CC: equiparación de la filiación matrimonial y no matrimonial a todos los efectos; Disposición Adicional Tercera de la Ley de 11 de noviembre de 1987 que permite la adopción conjunta de la pareja de hombre y mujer no casados; en el CP, artículo 23 (de la circunstancia mixta de parentesco) se equipara al cónyuge a la persona ligada, de forma estable por análoga relación de afectividad; artículo 3 de la Ley Orgánica de 24 de mayo de 1984 reguladora del *habeas corpus*, en que se permite instarlo no sólo al cónyuge del detenido sino también a la persona unida a él por análoga relación de afectividad; artículo 391.1 de la LOPJ al regular las incompatibilidades y prohibiciones de jueces y magistrados; artículo 10 de la Ley de 26 de marzo de 1984 reguladora del derecho de asilo y la condición de refugiado, que en su artículo 10 se refiere al cónyuge del asilado (para concederle también el asilo) o a la persona «con la que se halle ligado por análoga relación de afectividad y convivencia»; en general la equiparación que se realiza en la LAU de 1994.

Frente a ello, el espíritu de la STS de 17 de junio de 2003 (RJ 2003, 4605): la unión establece de pareja es una modalidad de familia, aun sin descendencia –lo que ya había admitido la STC 222/1992, de 11 de diciembre (RJ 1992, 222)–, aunque sin equivalencia con el matrimonio, por lo que no cabe trasponerle el régimen jurídico de éste, salvo en algunos de sus aspectos. Sin embargo, la conciencia de los miembros de la unión de operar fuera del régimen jurídico del matrimonio *(o de la unión estable tal y como la ha configurado el legislador, se puede añadir*) no es razón suficiente para que se desatiendan las importantes consecuencias que se pueden producir en determinados supuestos, entre ellos el de la extinción.

Realmente, las dos concepciones no son tan contrapuestas como en principio pudiera parecer, y precisamente su carácter complementario o no es un necesario punto de partida sobre el que hay que pronunciarse cuando se afronta la necesidad o no de una regulación de las parejas de hecho y el llamado contrato de unión civil, teniendo en mente, como, a mi modo de ver, se hace un tanto necesario, el camino iniciado por la Ley francesa de 15 de noviembre de 1999, con las modificaciones introducidas por la Ley de 23 de junio de 2006, sobre el pacto civil de solidaridad y el concubinato.

La indiscutible admisión actual de la unión estable de pareja no hace en absoluto cuestión controvertida que el legislador puede y debe dar cauce jurídico a los pactos que los convivientes quieran establecer para regular su convivencia *more uxorio*, y que tal cauce no debe ser, simplemente, el reconocimiento de su validez y eficacia y la aplicación o remisión general a la normativa de los contratos como sistema de autorregulación de los intereses de los particulares (lo que, por cierto, realizan bastantes Comunidades Autónomas que han legislado sobre esta materia). Si el matrimonio no es simplemente un contrato sino un negocio jurídico de familia, cualquiera que sean los matices entre una y otra institución, tampoco el acuerdo entre dos personas para establecer una vida en común *more uxorio* es simplemente un contrato, sino otra cosa, también un negocio jurídico de familia, como claramente se deriva de la doctrina del Tribunal Constitucional que no identifica familia con matrimonio [SSTC 184/1990, de 15 de noviembre (RTC 1990, 184), 222/1992, de 11 de diciembre (RJ 1992, 222) y 155/1998, de 13 de julio (RTC 1998, 155)].

Y no parece ya discutible que el legislador, atendiendo no sólo a la demanda social –cuya cuantificación, obviamente, puede ser discutible– sino, sobre todo, a las constantes indicaciones del Tribunal Supremo que en sus sentencias recuerda la necesidad de una regulación legal, debe configurar el marco jurídico para que quienes desean establecer una relación de convivencia *more uxorio* al margen de la institución matrimonial –y sobre la base del respeto del principio de autonomía de la voluntad para regular su vida en común–, lo hagan dentro de unos principios, conforme a unos requisitos y con unas consecuencias mínimas fundamentalmente en sus relaciones patrimoniales, arbitrando también a través de normas de derecho supletorio aquellas soluciones que le puedan dar un contenido útil al pacto cuando los convivientes no han explicitado su voluntad en otro sentido. En otras palabras, la regulación del contrato de unión civil, intento que, hasta la fecha, han querido afrontar un número relevante de Comunidades Autónomas, la mayoría de ellas más con voluntad política que con medios y soluciones jurídicas adecuadas[3].

3. Recordemos que las legislaciones autonómicas aprobadas hasta la fecha –por orden cronológico, lo que permite ver las influencias y el progreso en las decisiones adoptadas– son las siguientes: Ley 10/1998, de 15 de julio, Cataluña, modificada por la Ley 3/2005, de 8 de abril; Ley 6/1999, de 26 de marzo, Aragón, modificada por la Ley 2/2004, de 3 de mayo; Ley

Ahora bien, la segunda cuestión es si al margen del matrimonio y del contrato de unión civil deben reconocerse, con eficacia jurídica, otras formas de convivencia *more uxorio*. Institucionalizada y regulada la unión de hecho formalizada conforme a los requisitos exigidos, cualquiera que sea en lo que consista tal formalización, una parte de la realidad social seguirá manteniéndose al margen pero conviviendo de hecho. Ello es lo que ha venido sucediendo hasta la aprobación por algunas Comunidades Autónomas de su legislación propia, y sigue sucediendo ante la falta de contenidos civiles en la mayoría de ellas, en relación con las tradicionales uniones de hecho. La jurisprudencia ha ido configurando sus efectos y la pregunta no es otra que si éstos han de seguir manteniéndose como ahora o han de quedar excluidos para el futuro, como parece intuirse tras la lectura de algunas resoluciones judiciales. Y si se mantienen, si ha de limitarse el legislador a su reconocimiento genérico –como ha hecho el legislador francés en el artículo 515.8 del Code y la figura que denomina concubinato– y deben seguir dejándose a la creación y reconocimiento jurisprudencial –con doctrina contradictoria y a la espera siempre de la última decisión del Tribunal Supremo de acuerdo con su composición en un momento determinado– o, por el contrario, regular unos mínimos efectos.

III. EL SENTIDO GENERAL DE LA REGULACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO ESTABLES: SU RELACIÓN CON LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL

Se han comentado las dos grandes posiciones que se pueden sostener en relación con la regulación con que el legislador puede afrontar las uniones estables de pareja. Y la pregunta es si debe tender hacia su equiparación con la institución matrimonial o mantenerla como institución diferenciada.

La posición que hasta la fecha ha adoptado la jurisprudencia del Tribunal Supremo –dejando aparte, de momento, la doctrina del Tribunal Constitucional–, aquí sí de manera unánime y seguida por las Audiencias Provinciales, es negar la equiparación jurídica del matrimonio con las uniones de hecho, de manera que, en el régimen del Código Civil y ante la ausencia de normativa sobre esta materia, no se admite la posibilidad de una general aplicación analógica de las normas específicas del matrimonio, ni sustantivas ni procesales y, a lo sumo, tan sólo se llega en ocasiones a considerar algún efecto en concreto (adjudicación del uso de la vivienda familiar del artículo 96 del CC, pensión compensatoria del artículo 97 del CC), siempre con gran controversia y con doctrina contradictoria, lo que no obsta a que las soluciones a los problemas jurídicos que se plantean entre los convivientes[4] se busquen por otros cauces (compensaciones económicas por enriquecimiento injusto, apreciación de comunidad de bienes con fundamento en la voluntad expresa o tácita de los miembros de la pareja, nunca como simple consecuencia de la convivencia).

6/2000, de 3 de julio, Navarra; Ley 1/2001, de 6 de abril, Valencia; Ley 11/2001, de 19 de diciembre, Madrid; Ley 18/2001, de 19 de diciembre, Baleares; Ley /2002, de 23 de mayo, Asturias; Ley 5/2002, de 16 de diciembre, Andalucía; Ley 5/2003, de 6 de marzo, Canarias; Ley 5/2003, de 20 de marzo, Extremadura; Ley 2/2003, de 7 de mayo, País Vasco; Ley 1/2005, de 16 de mayo, Cantabria; Disposición Adicional Tercera Ley 2/2006, de 14 de junio, Galicia, modificada por Ley 10/2007, de 28 de junio.

4. Los efectos de la convivencia y su ruptura en las uniones de hecho en relación con los hijos comunes, a la vista del principio de igualdad y no discriminación por razón de la filiación (artículos 39.2 de la CE y 108 del CC) tienen otros cauces de solución, especialmente desde la reforma de la LEC y el artículo 770.6 de la LEC, que canaliza a través del mismo procedimiento que cuando existe vínculo matrimonial las reclamaciones en las materias más urgentes (guarda, custodia y alimentos de los hijos menores).

Por lo que respecta a la posición del legislador autonómico, con algunas excepciones, parece haber sido asumir esta doctrina. Así, aunque aparentemente la opción del legislador del País Vasco (Disposición Adicional Primera de la Ley 2/2003), y con toda claridad del legislador gallego (Disposición Adicional Tercera de la Ley 10/2007)[5], es la total equiparación al matrimonio en el ámbito de sus propias normas, el resto de los legisladores autonómicos optan por atribuirle unos efectos concretos, con mayor o menor amplitud, en muchas ocasiones desvinculados de una pretendida equiparación a los cónyuges, aunque a veces su contenido sea coincidente, pero ello referido al ámbito del derecho privado pues, y esto es importante resaltarlo, en el ámbito del derecho público la posición del legislador autonómico es contundente: total equiparación al matrimonio[6], sin que, por otra parte, se perciba con claridad cuál es la razón jurídica de tan llamativa diferenciación entre el derecho público y el derecho privado, como no sea la falta de competencias de muchas Comunidades Autónomas para legislar sobre esta materia y establecer la equiparación.

Con tales antecedentes jurisprudenciales y legales, cabe entonces preguntarse cuál debería ser el sentido de una regulación sobre los efectos jurídicos de las uniones estables de pareja y cuáles serían en general los parámetros constitucionales en los que tal regulación debería moverse. En otras palabras, cuáles son las opciones del legislador y si alguna de ellas le viene impuesta, bien a favor de la equiparación o, precisamente, a favor de la discriminación. El TC, desde luego, no considera inconstitucional que el legislador «discrimine» a favor del matrimonio no equiparando a sus efectos a las uniones estables de pareja. Como dice en su Sentencia 184/1990, de 15 de noviembre (RTC 1990, 184), «no serán necesariamente incompatibles con el artículo 39.1 de la Constitución aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que faciliten o favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (artículo 32.1 de la Constitución), siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir *more uxorio*».

Por otra parte, ello quiere decir algo más que la simple constitucionalidad de la no equiparación de efectos entre el matrimonio y las uniones estables de pareja, ya que ésta tiene a su vez sus límites constitucionales, pues la STC 222/1992, de 11 de diciembre (RJ 1992, 222), precisamente señala que, sin perjuicio del carácter específico de las normas de la institución matrimonial, nada impide que algunos de sus aspectos se extiendan a las uniones de hecho, siendo incluso inconstitucional que no se extiendan en aquellos casos en que se puede estimar vulneración del principio de igualdad jurídica del artículo 14 de la CE.

Con estas premisas cabe decir que, por supuesto, cualquier regulación debe partir del principio de autonomía de la voluntad de los interesados en establecer el régimen jurídico que estimen conveniente dentro de unos límites por lo que, una vez que en materia de filia-

5. La Ley 2/2006, de 16 de junio, de Derecho Civil de Galicia, en la que se contienen continuas referencias a los cónyuges en la regulación de importantes instituciones de derecho de contratos, familia y sucesiones, en su Disposición Adicional Tercera.1, con las modificaciones de redacción que le dio la Ley 10/2007, establece que «a los efectos de aplicación de esta ley, se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, *con lo que se extienden a los miembros de la pareja los derechos y las obligaciones que esta ley reconoce a los cónyuges*».

6. *Vid.* artículo 18 de la Ley aragonesa 6/1999, artículo 12 de la Ley navarra 6/2000, artículo 9 de la Ley valenciana 1/2001, Disposición Adicional Segunda de la Ley balear 18/2001, artículo 9 de la Ley madrileña 11/2001, artículo 9 de la Ley asturiana 4/2002, artículo 22 de la Ley andaluza 5/2002, artículo 12 de la Ley canaria 5/2003, artículo 12 de la Ley extremeña 5/2003, Disposición Adicional Segunda de la Ley vasca 2/2003, artículo 14 de la Ley cántabra 1/2005.

ción y sus consecuencias no se establecen diferencias –sin perjuicio de los matices que puedan existir en materia procesal–, nada debe obstar a que los convivientes opten por que se les apliquen algunos efectos en principio derivados de la institución matrimonial, en concreto los que regulan sus relaciones patrimoniales tanto durante su convivencia como a su extinción.

Pero a partir de ahí, a la pregunta de si el legislador debe proceder a la equiparación de la unión estable de pareja con el matrimonio la respuesta probablemente debe ser negativa. Matrimonio y unión estable de pareja son dos realidades sociales diferentes respecto de las que, como ya declaró el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 184/1990, de 15 de noviembre (RTC 1990, 184), 222/1992, de 11 de diciembre (RJ 1992, 222), 155/1998, de 13 de julio (RTC 1998, 155), el artículo 39 de la CE no postula una paridad de trato en todos los aspectos ya que el matrimonio y la unión estable de pareja no son situaciones equivalentes. Es cierto que, en mi opinión, con ello tampoco queda resuelta claramente la cuestión de si postula –no sólo si hace posible– una disparidad de trato, pero una vez admitida la posibilidad de disolución del matrimonio por divorcio a solicitud unilateral de uno de los cónyuges y de establecer el vínculo matrimonial entre personas del mismo sexo (artículo 44 del CC)[7], es asumible la declaración de las SSTS de 19 de octubre de 2006 (RJ 2006, 8976), 5 de diciembre de 2005 (RJ 2005, 10185) y 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 7148), de que quienes conforman una unión estable de pareja son personas que no quieren acceder a la institución matrimonial y a sus consecuencias[8]. Es cierto que, en algunas ocasiones, ello no es predicable de ambos convivientes pero ni aun así parece que proceda que la decisión del legislador sea la equiparación. Por otra parte, razones puramente prácticas hacen imposible una decisión de ese tipo.

En conclusión, puede decirse, sin profundizar en planteamientos constitucionales meramente pergeñados[9], que una regulación de las uniones estables de pareja no ha de limitarse a sentar simplemente como principio la equiparación a la institución matrimonial, en decisiones legislativas tan drásticas como la simple, pero de trascendencia total, adición del párrafo 2.º del artículo 44 del CC, por no tener mucho sentido ofrecer simplemente otra de forma de acceso a lo que en último término no sería otra cosa que la misma institución matrimonial. Pero cuáles han de ser sus efectos específicos y hasta dónde se les puede extender ciertos efectos hasta ahora exclusivos de la regulación del matrimonio, es sobre lo que el legislador ha de pronunciarse.

7. Históricamente, las primeras legislaciones europeas tenían como objetivo la regulación de las parejas homosexuales, que no podían contraer matrimonio, para equipararlas y atribuirles el mismo régimen jurídico de las parejas heterosexuales que deciden contraer matrimonio. Así la Ley danesa de 7 de junio de 1989, Ley islandesa de 12 de junio de 1996, Ley noruega de 1 de agosto de 1993, Ley sueca de 23 de junio de 1994. Este objetivo se mantiene en la Ley alemana de 16 de febrero de 2001 y el mismo modelo de unión civil homosexual ha sido adoptado por el legislador inglés y suizo en 2004. Por el contrario, otras legislaciones afrontan la regulación de las uniones de hecho desvinculadas de una situación previa de imposibilidad de acceder al matrimonio. Así la Ley holandesa de 17 de diciembre de 1997, Ley belga de 23 de noviembre de 1998, la Ley francesa de 15 de noviembre de 1999 y, sobre todo, todas las legislaciones autonómicas que, salvo la Ley catalana 10/1998, no establecen distinción alguna en relación con el sexo de los convivientes. Puede verse Alonso Pérez, *El reconocimiento de las uniones no matrimoniales en la Unión Europea. Análisis y sipnosis de las leyes autonómicas en vigo*r, Bosch Editor, Barcelona 2007, pp. 41 y siguientes.

8. Tradicionalmente, como señala Martínez Aguirre, la tipología de las parejas de hecho respondía a los que no se casan porque no quieren, ya sea por razones ideológicas, económicas, jurídicas, sociales, etc., y quienes no se casan porque jurídicamente no pueden. «Las uniones de hecho: Derecho aplicable», *Actualidad Civil*, 1999-4, p. 1101. Entre ellos se incluían tradicionalmente las personas del mismo sexo y los que no podían casarse por estar ligado alguno de los convivientes con vínculo matrimonial con un tercero. Ante la existencia del matrimonio sin distinción de sexo de los contrayentes y el acceso al divorcio del artículo 86 del CC podría llegar a pensarse que, hoy en día, quien se mantiene en unión estable de pareja simplemente es porque no desea contraer matrimonio.

9. *Vid.* Gavidia Sánchez, «La libertad de elección entre el matrimonio y la unión libre», *Derecho Privado y Constitución*, núm, 12, 1998, pp. 69 y siguientes.

IV. LEGISLACIÓN ESTATAL *VERSUS* LEGISLACIONES AUTONÓMICAS

A la hora de reflexionar sobre la necesidad de una normativa sobre el contrato de unión civil y, en general, sobre las uniones estables de pareja, enseguida surge la cuestión de quién debe efectuar la regulación, ¿el Estado o las Comunidades Autónomas? ¿Debe existir una regulación única aplicable en todo el Estado Español que ponga término al aparente maremagno de una legislación territorialmente fragmentada y que responde a criterios diversos? ¿Hasta dónde alcanza la competencia de las Comunidades Autónomas para legislar sobre esta materia?

Ya se ha señalado anteriormente que la necesidad de una regulación por el Legislador de las uniones estables de pareja y del contrato de unión civil aparece reclamada por la propia jurisprudencia para poner término a una cierta inseguridad jurídica existente. Pero las mismas decisiones de los tribunales, que poco a poco, aunque con dificultades, contradicciones y votos particulares, han ido perfilando una doctrina en torno a su régimen jurídico, no hacen reproche alguno, al menos de momento, al hecho de que las Comunidades Autónomas hayan legislado sobre la materia, tan sólo refiriéndose a las mismas para destacar su inaplicabilidad al caso concreto por razones de entrada en vigor, pero que no han dudado en aplicarla cuando así ha sido el caso.

Y es que, a mi modo de ver, la regulación por cada Comunidad Autónoma del régimen jurídico de las parejas de hecho, en sí misma, no debe ser considerada un inconveniente, pues la diversidad legislativa es un hecho que acompaña al Estado Autonómico, una diversidad legislativa que alcanza también a las materias propias del derecho civil en los términos previstos en el artículo 149.1.8 de la CE sin que por ello, tal y como se ha señalado, se afecte al principio de igualdad de trato del artículo 149.1.1 de la CE[10]. Además, y sin perjuicio de la necesidad de atender puntualmente a cada legislación en concreto dentro de su ámbito de aplicación –tema, como se dirá, ciertamente problemático–, si se analizan las diversas leyes autonómicas, a mi modo de ver, se observa que las diversidades en muchas ocasiones son cuestión de matices, de importantes consecuencias prácticas en el caso concreto, pero técnicamente matices, pues en donde residen las mayores diferencias es en el propio concepto de unión estable de pareja y aún ahí se observa una gran influencia de unas leyes en otras.

Ahora bien, el problema surge porque establecer un régimen jurídico de las uniones estables de pareja más allá de ciertos aspectos de índole administrativa (acceso a viviendas protegidas, traslados de funcionarios, tratamiento tributario, etc.) obliga a incidir en normas de derecho civil, fundamentalmente en el ámbito del derecho de familia y sucesiones, e incluso procesal, y es sabido que el artículo 148.1.8 de la CE reserva la competencia al Estado sobre la legislación civil sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan, mientras que, a su vez, el artículo 149.1.6 de la CE hace lo propio con la legislación procesal, eso sí, sin pérdida de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho substantivo de las Comunidades Autónomas.

10. En este sentido, Roca Trías, «Repensar la pareja de hecho», en *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*, Manuales de Formación Continua 28, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 413.

Debe entonces considerarse que la regulación de las parejas de hecho –y dejando aparte otros sectores del Ordenamiento Jurídico– va a requerir incidir en materias de derecho civil y procesal para las que no todas las Comunidades Autónomas tienen competencia, sino sólo aquellas con derecho civil propio, esto es, País Vasco, Baleares, Cataluña, Galicia, Aragón y Navarra –a las que si el Tribunal Constitucional no dice lo contrario, que probablemente lo diga, habrá que añadir la Comunidad Valenciana–, por lo que es fácil constatar que algunas de las Comunidades con legislación propia en esta materia se limitan a establecer la equiparación en el ámbito del Derecho Público autonómico y Función Pública de igual carácter, materia sí de su ámbito competencial, mientras que realmente tienen muy poco contenido en la regulación de los aspectos civiles de la institución (por ejemplo, Ley valenciana 1/2001, Ley madrileña 11/2001, Ley asturiana 4/2002, Ley canaria 5/2003) lo que, por otra parte, no podría ser de otra manera. En definitiva, se limitan a un reconocimiento más o menos genérico de la validez de los pactos de convivencia (en algún caso, incluso con una redacción meramente aparente como la Ley andaluza 5/2002, al referirse a un contenido puramente civil del que la Administración informará a los interesados), en ocasiones de dudosa constitucionalidad[11], lo que no pueden hacer, y no hacen, otras legislaciones como, por ejemplo, la Ley valenciana 1/2001.

Pero aun con referencia a las Comunidades Autónomas con derecho civil propio es discutible atribuirles una competencia total para configurar la regulación en los términos que estimen conveniente, pues no hay que olvidar la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con la interpretación del artículo 149.1.8 del CC en el sentido de extender la competencia a instituciones ya existentes y a otras con las que guarden conexión, pero no de una forma ilimitada (*vid*., sobre todo, SSTC 88/1993, de 12 de marzo y 156/1993, de 6 de mayo), por lo que no todas las Comunidades Autónomas con competencias en derecho civil pueden afrontar la regulación de la institución con la misma extensión. Tal problemática, a la luz, entre otras, de las SSTC 121/1992, de 28 de septiembre y 47/2004, de 25 de marzo, es extensible a la regulación de los aspectos procesales desde el momento en que las singularidades en esta materia que se permiten a las Comunidades Autónomas «han de limitarse a aquellas que, por su conexión directa con las particularidades del derecho substantivo autonómico, venga requeridas por éstas».

No parece entonces descabellada la necesidad y oportunidad de una legislación estatal en materia de uniones estables de pareja, y no tanto por poner término a una diversidad legislativa que en sí misma no es contraria a la estructura de un Estado Autonómico, sino por articular adecuadamente tal regulación en el marco constitucional[12], dando respuesta en las vertientes civil y procesal a la problemática que plantean las uniones de hecho cualquiera que sea la Comunidad Autónoma en que se resida o la vecindad civil que ostenten los miem-

11. Véase el artículo 7 de la Ley extremeña 5/2003, reconociendo el derecho a una compensación económica o el artículo 4.2 de la Ley madrileña 11/2001, estableciendo un auténtico derecho de pensión compensatoria, al que también se refiere el artículo 10 de la Ley andaluza 5/2002.

12. El problema de la posible inconstitucionalidad de las leyes, o alguno de sus aspectos, aprobadas por las Comunidades Autónomas en materia de parejas de hecho aparece como una preocupación constante en la doctrina. *Vid.* Amunategui Rodríguez, *Uniones de hecho...*, cit., pp. 289 y siguientes; Rodríguez Ruiz, «Posición constitucional de las parejas de hecho», en *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*, Manuales de Formación Continua 28, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 37 y siguientes. Como es conocido, en su momento se interpusieron recursos de inconstitucionalidad sólo contra la Ley navarra 6/2000 y la Ley vasca 2/2003, y no tanto por un problema de competencias sino por la admisibilidad de la adopción conjunta por parejas de hecho del mismo sexo, debate actualmente superado al quedar inmerso en la problemática de la reforma del párrafo 2.º del artículo 44 del CC en relación con la adopción simultánea por ambos cónyuges contemplada en el artículo 175.4 del CC.

bros de la pareja, todo ello con respeto a lo establecido por aquellas Comunidades Autónomas con derecho civil propio y dentro del ámbito de sus competencias en esta materia.

Desde esa perspectiva de una legislación estatal es desde la que se va a reflexionar en este estudio, es decir, esbozar las bases de un debate sobre el contenido de una regulación jurídica por el Estado de las uniones estables de pareja. Pero ello con una orientación concreta. No se trata tanto de plantear la realización de una labor de armonización de las legislaciones de las Comunidades Autónomas por una presunta bondad intrínseca que ello tendría, sino de exponer la cuestión desde la perspectiva de un Derecho práctico y vivido en el que cualquiera que sea la respuesta que se dé por el Legislador efectivamente solucione los conflictos jurídicos que plantean las uniones estables de pareja, especialmente en los momentos de extinción de la unión, bien por fallecimiento o por ruptura de la convivencia, de manera que la Ley sea un instrumento hábil para dar respuesta a la muchas veces inevitable confrontación de intereses que se han de resolver bien en un acuerdo extrajudicial o directamente en los Tribunales.

Para el análisis propuesto, además de las aportaciones doctrinales que se consideran más relevantes dentro de la línea argumental práctica que se pretende desarrollar –y que en absoluto tiene carácter exhaustivo y su cita responde exclusivamente a un criterio personal para este estudio en concreto–, se van a tener en cuenta no sólo las referencias de Derecho comparado, fundamentalmente el pacto civil de solidaridad del Code francés, sino sobre todo las legislaciones autonómicas. En cuanto a los antecedentes de una legislación estatal cuya tramitación se inició en su día sin conclusión alguna, esto es, principalmente, la Proposición de Ley de Reconocimiento de Efectos Jurídicos a las parejas de hecho estables, presentada en 1997 por Coalición Canaria (BOCG de 14 de abril de 1997), y la Proposición de Ley Orgánica de Contrato de Unión Civil, presentada también en 1997 por el Grupo Popular (BOCG de 29 de septiembre de 1997), en mi opinión, están ampliamente superadas por la evaluación posterior jurisprudencial y legislativa por lo que, sin perjuicio de su interés como antecedente[13], no tienen mucha utilidad actualmente.

V. UNA CUESTIÓN PREVIA: LOS CONFLICTOS DE DERECHO INTERREGIONAL PRIVADO

La coexistencia actual de una diversidad de legislaciones autonómicas en materia de uniones estables de pareja, y su claro mantenimiento en el futuro, al menos con referencia a aquellas Comunidades Autónomas con competencias en derecho civil que le dotan a la institución de un perfil propio, hace necesaria una reflexión inicial sobre cómo deben de resolverse los problemas de Derecho interregional privado. Las legislaciones autonómicas, al establecer su ámbito de aplicación siguen criterios muy variados: legislaciones que prevén que se apliquen si uno de los dos miembros tiene vecindad administrativa en la Comunidad Autónoma (artículo 1.1 de la Ley catalana 10/1998, artículo 2.2 de la Ley vasca 2/2003), o

13. Para una exposición crítica de tales proposiciones de Ley *vid*. Talavera Fernández, *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Comares, Granada, 2001, pp. 255 y siguientes. Asimismo García Gómez, «El contrato de unión civil. Reflexiones sobre la conveniencia de una regulación de las uniones de hecho», en *Matrimonio y uniones de hecho*, coordinado por Martínez Gallego, Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, pp. 122 y siguientes, donde se recogen también otras propuestas legislativas.

con mayor precisión, que alguno de sus miembros se encuentre empadronado en la Comunidad Autónoma (artículo 1.3 de la Ley valenciana 1/2001, artículo 1.2 de la Ley madrileña 11/2001, artículo 2 de la Ley extremeña 5/2003), o estén empadronados los dos (artículo 2 Ley asturiana 4/2002), o sin estar empadronados al menos uno de sus miembros tenga su residencia habitual en la Comunidad Autónoma, o tenga la vecindad civil (artículo 2.3 de la Ley navarra 6/2000), o uno de ellos tenga la vecindad civil con sumisión expresa de ambos a la legislación autonómica (artículo 1.2 de la Ley balear 18/2001).

Ante tal disparidad de criterios, aquí sí que existente, conviene tener en cuenta que, de acuerdo con la reserva que al Estado se hace, en todo caso, de la competencia sobre las normas para resolver los conflictos de leyes en el artículo 149.1.8 de la CE, en los términos sentados por la Sentencia del Tribunal Constitucional 156/1993, de 6 de mayo, no son las propias Comunidades Autónoma quienes pueden dictar normas de conflicto aunque sea disimuladamente, en mi opinión, a través de preceptos que regulan el ámbito de aplicación. En este sentido, a los efectos puramente administrativos, de aplicación de la normativa de Derecho Público de la Comunidad Autónoma, nada impide que el criterio de empadronamiento, o simplemente residencia habitual, de uno de los miembros de la pareja sea suficiente para la aplicación de la normativa autonómica. Pero en cuanto a los aspectos civiles, entiendo que deben resolverse con aplicación del artículo 9.2 y 9.8 del CC, es decir, la legislación aplicable al matrimonio[14].

VI. CONFIGURACION LEGAL DE LOS REQUISITOS DE LA UNIÓN ESTABLE DE PAREJA: PRUEBA DE SU EXISTENCIA

VI.1. Exigencia o no de una declaración de voluntad expresa de constitución de una unión estable de pareja

Parece claro que no toda convivencia de hecho entre dos personas constituye en sentido jurídico una unión de hecho o unión establece de pareja pues han de darse determinadas circunstancias[15]. En principio, los propios perfiles definitorios podrían derivarse de una situación puramente fáctica, y así es como lo ha venido delimitando el Tribunal Supremo desde la Sentencia de 18 de mayo de 1992 (RJ 1992, 4907), entendiendo que la convivencia *more uxorio* «ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunidad de vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar».

Tal configuración, que ciertamente tiene unos elementos mínimos diferenciadores que han permitido resolver casuísticamente cuándo nos encontramos ante una unión estable de pareja con consecuencias jurídicas individualizadas, tiene sin embargo unas consecuencias

14. Sobre los problemas de ámbito de aplicación y derecho interregional privado en legislación sobre uniones estables de pareja puede verse Ruiz Ferreiro, *Parejas de hecho y conflictos de leyes internos*, Estudios de Deusto 68, núm. 108, 2002, pp. 141 y siguientes.

15. Sobre la problemática de los requisitos exigibles para la constitución de una unión estable de pareja *vid*. Ortuño Muñoz y Vega Sala, «Derecho Civil. Constitución de la convivencia *more uxorio*», en *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*, Manuales de Formación Continua 28, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 84 y siguientes.

muy concretas. Partiendo de la voluntariedad de la convivencia *more uxorio* –siempre se exige una relación de afectividad análoga a la conyugal[16]–, basta la concurrencia de ésta durante un período mínimo de tiempo que permita concluir su estabilidad para que, prescindiendo de cualquier voluntad de las partes en tal sentido, se le considere unión de hecho y, en consecuencia, se le aplique su régimen jurídico aun cuando al iniciarse o mantenerse la convivencia sus miembros ignoraran su existencia y contenido, con una aplicación inexorable del clásico principio recogido en el artículo 6.1 del CC de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento.

Realmente tal es la filosofía que late originariamente en el tratamiento de las uniones de hecho y cómo fue enfocado por las primeras resoluciones judiciales: consecuencias jurídicas a una situación puramente fáctica. Así se concebía en la Proposición de Ley de Coalición Canaria y así es recogido por el artículo 1.1 de la Ley catalana 10/1998 para las uniones estables heterosexuales, al entender por tales «la unión estable de un hombre y una mujer, ambos mayores de edad, que, sin impedimento para contraer matrimonio entre sí, hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de dos años», criterio de aplicación automática que también es seguido por el artículo 3.1 de la Ley aragonesa 6/1999 para todo tipo de parejas sin distinción por razón de sexo (2 años), artículo 2.2 de la Ley navarra 6/2000 (un año), artículo 1 de la Ley canaria 5/2003 (un año), Disposición Adicional Tercera de la Ley gallega 2/2006 (un año).

Así pues, desde este enfoque, existe unión de hecho cuando concurre la convivencia marital durante un período mínimo de tiempo, plazo que en algunos casos se excepciona eliminándolo, en concreto cuando la pareja tenga descendencia común (artículo 1.2 de la Ley catalana 10/1998, artículo 2.2 de la Ley navarra 6/2000, artículo 1 de la Ley canaria 5/2003, artículo 4.3 de la Ley cántabra 1/2005) aunque, desde luego, se sigue exigiendo la convivencia.

Frente a esta concepción, otra forma contrapuesta de regulación es la que, en principio, el mayor o menor tiempo de convivencia marital es irrelevante pues la aplicación del régimen jurídico de las uniones de hecho exige de manera imprescindible y con carácter constitutivo la manifestación formal de una declaración de voluntad en tal sentido, bien independiente o a través de su constatación en el Registro especial creado al efecto, o incluso con cumplimiento simultáneo de ambas exigencias. No existe, pues, una aplicación automática de un régimen jurídico específico a las uniones de hecho sino que ello se sustenta en la libre voluntad de los convivientes, es decir, en un contrato de unión civil.

Y así, y dejando aparte aquellas legislaciones en que este sistema coexiste con el de la aplicación automática[17] tal criterio acaba prevaleciendo en las legislaciones más moder-

16. Por ello, en general, y con algunos matices, en todas las legislaciones autonómicas, se consideran como requisitos imprescindibles para hablar de una unión de hecho una determinada capacidad de obrar (mayoría de edad o menores emancipados), la inexistencia de un impedimento que imposibilite a los miembros de la pareja contraer matrimonio entre sí (parentesco en línea recta o colateral) y que no formen pareja estable con otra persona. En este sentido, parece claro que la unión estable de pareja no es predicable de cualquier forma de vida en común o de cohabitación entre dos personas, sino que ha de ser una convivencia marital, lo que precisamente implica que en la exigencia de los requisitos subjetivos estén latiendo los propios de la institución matrimonial. Sobre el concepto de convivencia *more uxorio* y las circunstancias fácticas que son predicables de la misma para ser calificable como tal, puede verse la SAP de Málaga, Sección 4.ª, de 26 de febrero de 2004 (JUR 2004, 106076).

17. Tal sucede con el artículo 1.1 de la Ley catalana 10/1998, artículo 3.1 de la Ley aragonesa 6/1999, artículo 2.2 de la Ley navarra 6/2000, artículo 4 de la Ley cántabra 1/2005, en donde, sin plazo alguno de convivencia previa, exterioricen su voluntad en escritura pública, a lo que el artículo 3.2 de la Ley asturiana 4/2002 añade también la inscripción directa en el Registro especial.

nas, que exigen como mínimo simplemente una declaración de voluntad de carácter formal (como el artículo 5 de la Ley andaluza 5/2002) o la inscripción constitutiva en un Registro Especial creado al efecto, de carácter autonómico y diferente a los registros municipales[18] eso sí, sin exigirse ya ningún plazo mínimo de convivencia aunque no siempre[19]. Pero es más, siguiendo el criterio que ya recogía el artículo 19 de la Ley catalana 10/1998 para las parejas homosexuales, no faltan tampoco legislaciones que además de la inscripción en el Registro exigen también escritura pública en la que se plasme una voluntad de constitución de la unión estable (Disposición Adicional Tercera de la Ley gallega 10/2007).

Sin perjuicio de la libre opción del legislador sobre uno u otro modelo, desde el punto de vista del conflicto y de la problemática real, a mi juicio no es difícil establecer una relación directa entre los requisitos exigibles para considerar legalmente constituida una unión establece de pareja y los efectos jurídicos que produce o se le reconocen a ella. No cabe duda de que si tales efectos son mínimos, de índole administrativa (*vid*. artículo 9 de la Ley catalana 10/1998, o la Ley valenciana 1/2001, o la Ley madrileña 11/2001), o referidos a aspectos básicos de la convivencia –contribución a los gastos comunes– y a las consecuencias de su cese –atribución temporal de pensión alimenticia o del uso de la vivienda hasta entonces común– ningún problema de especial complejidad se plantea por la aplicación del régimen jurídico a las relaciones estables de pareja no constituidas formalmente y sí reconocidas exclusivamente en base a una convivencia de hecho de una duración mínima (o sin requisito temporal cuando existe descendencia común) que, en todo caso, parece oportuno establecer para darle una seguridad a la exteriorización o publicidad de la existencia de una convivencia estable[20]. Tampoco serán necesarios, como se verá, otros requisitos subjetivos de inexistencia de vínculo matrimonial con tercero. Las cuestiones serán simplemente probatorias de la existencia de la convivencia y su duración, para lo cual no hay ninguna razón para limitar o imponer determinados medios de prueba siendo admisibles todos aquellos que son válidos en Derecho.

Ahora bien, cuando los efectos se extienden más allá, bastante más allá, en una equiparación legal del conviviente de hecho al cónyuge en materia sucesoria, o en materia de régimen económico-matrimonial, o simplemente en una modificación del régimen jurídico general de atribución de titularidad de los bienes y normas sobre actos de disposición, o surgen derechos compensatorios o indemnizatorios a la extinción de la convivencia, es evidente que la conflictividad se incrementa de manera exponencial, y el problema ya no se limita a acreditar la existencia o no de una convivencia que se pueda calificar de estable y con análoga afectividad que la relación conyugal, sino de que, de manera inesperada, puedan surgir consecuencias que alguno de los convivientes, o normalmente los dos hasta la ruptura de la relación y consiguiente asesoramiento legal, habían rechazado desde el momento en que su opción fue excluir la institución matrimonial.

18. Artículo 1.3 de la Ley balear 18/2001, artículo 3 de la Ley vasca 2/2003, Disposición Adicional de la Ley gallega 10/2007 y artículo 6.2 de la Ley cántabra 1/2005, que sigue admitiendo los registros municipales.

19. Por ejemplo, el artículo 1 de la Ley valenciana 1/2001 y artículo 1.1 de la Ley madrileña 11/2001, que exigen un período mínimo de convivencia de 1 año y manifestación de voluntad de someterse a la Ley expresada mediante la inscripción con carácter constitutivo en el Registro administrativo; mismo criterio general del artículo 2 de la Ley extremeña 5/2003.

20. La SAP de Murcia, Sección 5.ª, de 7 de febrero de 2006 (JUR 2006, 141698), recuerda con acierto cómo el Tribunal Supremo no condiciona el reconocimiento de la situación de convivencia de hecho al transcurso de un determinado período de tiempo.

Por ello, para la atribución de estos efectos –y no para los básicos, ni tampoco para los libremente pactados–, quizá sea oportuna ya no sólo una exigencia más rigurosa de los requisitos subjetivos –inexistencia de vínculo matrimonial con terceros– sino también una constatación clara de la voluntad de las partes en tal sentido, de manera que no sea suficiente la mera convivencia de hecho aunque se extienda durante un período de tiempo que indica estabilidad (o descendencia común)[21]. En definitiva, el planteamiento de la regulación o no de dos modelos de convivencia *more uxorio*, en términos similares a la opción del legislador francés en la regulación del pacto civil de solidaridad y lo que denomina concubinato. El primero se concibe en el artículo 515.1 del Code como un contrato concluido por dos personas físicas mayores de edad, sexo diferente o del mismo sexo, para organizar su vida común, que se fundamenta, pues, en una voluntad de los convivientes exteriorizada en tal sentido. El segundo, conforme al artículo 515.8 del Code, es directamente una unión de hecho, caracterizada por una vida en común que presenta un carácter de estabilidad y continuidad, entre dos personas, de sexo diferente o del mismo sexo, que viven *more uxorio*. Es el primero, en su carácter de contrato de unión civil, el que despliega todos sus efectos y el que debe exigir la constancia de una voluntad clara de asunción e integración en la institución, mientras que el segundo puede mantenerse en una situación puramente fáctica.

Cuestión distinta es si tal constatación de voluntad –arbitrada como requisito constitutivo y no con mera eficacia probatoria– ha de realizarse sobre la premisa de una previa convivencia cumplidamente acreditada durante un plazo de tiempo mínimo y si debe o no realizarse en escritura pública e inscribirse en un Registro especial con carácter constitutivo tal y como se exige en varias legislaciones autonómicas. Téngase en cuenta que la cuestión que se plantea se refiere exclusivamente a la propia constitución de la unión estable de pareja, no a los pactos que puedan realizar los convivientes para regular los efectos de su relación, que pueden estar regidos por los mismos o, simplemente, como se dirá, por una previsión legal establecida con carácter supletorio.

Por lo que se refiere a lo primero, dado que se trataría siempre de personas mayores de edad o de menores emancipados, la capacidad de obrar necesaria para establecer válidamente negocios jurídicos, con las limitaciones, en su caso, del artículo 323 del CC, no parece que tenga como lógica consecuencia la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia si existe una voluntad expresa de constituir una unión estable de pareja. En este sentido, parecen más coherentes aquellas legislaciones autonómicas (la última, la Ley gallega 10/2007) que ante una declaración de voluntad expresa omiten cualquier exigencia de un plazo mínimo de convivencia.

En cuanto a la segunda cuestión, la argumentación efectuada anteriormente sobre la instauración de un auténtico vínculo contractual del que se derivan efectos que pueden alterar de manera relevante la situación patrimonial de los convivientes –además de la sucesoria e incluso ámbito personal en materia de representaciones, autorizaciones, etc.– aboca a la exigencia de una declaración de voluntad expresa para lo que no basta la simple convivencia o los hechos concluyentes sino su constancia documental o por escrito, pero no existe ninguna razón técnica para que no pueda realizarse en documento privado, pues las facilidades probatorias que presenta la escritura pública (artículo 1218 del CC), son simplemente

21. En este sentido Roca Trías, «Repensar la pareja de hecho...», cit., pp. 416-417.

eso, facilidades probatorias, que los interesados puedan elegir o no. Tampoco parece un argumento decisivo el resaltar el principio de seguridad jurídica –aplicable prácticamente a cualquier negocio jurídico– o el control notarial que se realiza del contenido de la escritura[22] cuando en la mayoría de las ocasiones, en este tipo de documentos suele concurrir un asesoramiento legal. Cuestión distinta sería, en su caso, la distinta forma de acceso que al Registro pudiera tener el documento público o el privado pues, mientras el primero da fe de los otorgantes y, por lo tanto, puede ser inscrito a solicitud de uno de ellos, el segundo no, con la consecuencia de que el documento no podría acceder al Registro si no es solicitud de ambos convivientes pero sin que ello, a mi juicio, debiera afectar a su validez y eficacia.

Porque ésta es otra cuestión. La escritura pública, y en su caso la inscripción en el Registro Especial sí tiene sentido cuando hablamos de eficacia frente a terceros, pero no *inter partes*. Desde un punto de vista práctico y entre los convivientes, no se ve qué añade la exigencia con carácter constitutivo de la inscripción que, indudablemente, implica no ya la mera ineficacia del pacto mientras no se inscriba –tal y como se prevé en el artículo 515.3.1 del Code– sino simplemente su nulidad de pleno derecho. Se trata exclusivamente de un sistema de publicidad frente a terceros, entre los que se cuenta la propia Administración frente a la cual, y para las medidas administrativas que se arbitran, sí tiene sentido la exigencia de inscripción (así lo hace, por ejemplo, el artículo 2 de la Ley aragonesa 6/1999, pero sin carácter constitutivo en otros ámbitos). Y también tiene su sentido que frente a terceros, en cuanto el régimen jurídico de la unión de hecho altere el régimen general de titularidad de los bienes, administración o responsabilidad sí debe ser objeto de inscripción, bien en un Registro Especial o, por qué no –razones de política legislativa lo harán desaconsejable pero no razones técnicas ni prácticas– también en el propio Registro Civil, solución que sin ningún problema adopta el artículo 515.1.1 del Code, mediante mención en la inscripción de nacimiento de cada uno de los convivientes[23].

Ahora bien, es lo cierto que, como se dirá, existe una cierta unanimidad en las legislaciones autonómicas de no conceder eficacia frente a terceros a la unión estable de pareja, especialmente a los pactos de convivencia que constituyen el núcleo del contrato de unión civil, por lo que, negarle tales efectos *inter partes* si no se constituye en escritura pública e inscripción constitutiva en el Registro, lo que puede implicar, a su vez, la nulidad de todo lo convenido en el pacto de pacto de convivencia, simplemente, no parecería una buena opción práctica del legislador.

VI.2. Prueba de la existencia de una unión estable de pareja

Por otra parte, la diferente configuración legal respecto de los requisitos exigibles para que exista una unión de hecho implica también un diferente régimen jurídico en relación con

22. Para unos argumentos a favor de la intervención notarial en la formalización de las uniones estables de pareja y los pactos de convivencia, así como las causas de las reticencias hacia el documento privado, expresados desde el punto de vista de la profesión notarial, puede verse Merino Hernández, *Manual de parejas estables no casadas*, Librería General SA, Zaragoza, 1999, pp. 66 y siguientes.

23. *Vid.* la previsión que en tal sentido se contiene en la Disposición Final Segunda de la Ley catalana 10/1998; artículo 2 de la Ley aragonesa 6/1999, Disposición Adicional de la Ley navarra 6/2002, Disposición Final Primera de la Ley valenciana 1/2001, Disposición Final Primera de la Ley canaria 5/2003, Disposición Transitoria Tercera de la Ley extremeña 5/2003, en relación con una posible legislación estatal en tal sentido.

la forma de acreditar la concurrencia de aquéllos. Cuando se exige solamente convivencia *more uxorio* durante un plazo de tiempo determinado, se admite la prueba de tales hechos por cualquiera de los medios admisibles en Derecho, con la facilidad que para ello implica que exista una declaración de voluntad manifestada en escritura pública (artículo 2 de la Ley catalana 10/1998, artículo 3.2 de la Ley aragonesa 6/1999, artículo 3 de la Ley navarra 6/2000, artículo 3.3 de la Ley asturiana 4/2002, artículo 6 de la Ley canaria 5/2003)[24]. En otro caso, la configuración de la escritura pública, y sobre todo el carácter constitutivo de la inscripción en el Registro, determina sin mucho margen la única forma de acreditar la existencia de una unión estable a través de las certificación del Registro (artículo 3.3 de la Ley valenciana 1/2002, artículo 3.3 de la Ley madrileña 11/2001, artículo 3.2 de la Ley vasca 2/2003), sin perjuicio de la forma de demostrar la previa convivencia durante el plazo mínimo exigido cuando ésta se exige para acceder voluntariamente al Registro.

Entendiendo que no debiera exigirse inscripción en el Registro con carácter constitutivo, si se configura la unión estable de pareja como una situación meramente fáctica de convivencia *more uxorio* durante un plazo de tiempo mínimo, no parece que exista ninguna dificultad en admitir como medio de prueba cualquiera de los válidamente admitidos en Derecho, sobre todo cuando nos estamos refiriendo a prueba procesal. Pero si la forma escrita se configura como requisito constitutivo, ya no estaremos hablando de un simple medio de prueba sino de requisito de validez y eficacia.

VI.3. Requisitos subjetivos

¿Quién puede constituir una unión estable de pareja? ¿Quién puede realizar un contrato de unión civil? Parece claro que no caben discriminaciones por razón de sexo, pero además de este extremo otros requisitos de índole subjetiva parecen más o menos unánimemente admitidos aunque alguno de ellos pueden ser más controvertidos.

En primer lugar, la capacidad de obrar. Dejando aparte los incapacitados judicialmente, y con referencia exclusivamente a la capacidad para constituir una unión estable de pareja, sin perjuicio de la requerida para la formalización de los pactos que regulen la convivencia y su extinción, cabe plantearse si se debe exigir la mayoría de edad, criterio que es el que sigue el artículo 515.1 del Code y se contempla en el artículo 1.1 de la Ley catalana 10/1998, artículo 1 de la Ley aragonesa 6/1999 y Disposición Adicional Tercera de la Ley gallega 10/2007, o admitirse la de los menores emancipados, como ha acabado prevaleciendo en la mayoría de las legislaciones autonómicas[25].

En segundo lugar, si pueden constituir unión estable de pareja aquellas personas que no podrían contraer matrimonio entre sí. La tendencia a la relativa equiparación conceptual

24. Curiosamente, en la Proposición de Ley de Coalición Canaria, en que no se exigía ningún requisito formal para la constitución de la unión estable de pareja, en cuanto a la forma de acreditar la convivencia se reducía a la inscripción en los Registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos de los lugares de residencia, mediante documento público.

25. Artículo 2.1 de la Ley navarra 6/2000, artículo 2.1.a) de la Ley valenciana 1/2001, artículo 2.1 de la Ley balear 18/2001, artículo 2.1.a) de la Ley madrileña 11/2001, artículo 3.1 de la Ley asturiana 4/2002, artículo 3.2.a) de la Ley andaluza 5/2002, artículo 2.1.a) de la Ley canaria 5/2003, artículo 2.1 de la Ley extremeña 5/2003, artículo 2.1 de la Ley vasca 2/2003, artículo 4.4.a) de la Ley cántabra 1/2005.

entre las dos instituciones –que no en sus efectos– ha llevado en alguna ocasión (artículo 1.1 de la Ley catalana 10/1998) a simplemente exigir los mismos requisitos de los artículos 46 y 47 del CC o, más matizadamente, a reducir el impedimento de parentesco colateral por consanguinidad del tercero al segundo grado –sin duda ante el carácter dispensable contemplado en el artículo 48 del CC, aunque no faltan legislaciones que lo mantienen en el tercer grado[26]–, pero ampliándolo expresamente, salvo el artículo 3.2.c) de la Ley andaluza 5/2002, al parentesco por adopción[27], criterio este último que parece más acertado ante el silencio en este aspecto del artículo 47.2 del CC y los elementos que caracterizan la convivencia *more uxorio* y los efectos de la adopción. Pero más problemas puede plantear el tratamiento de la subsistencia de anterior matrimonio o convivencia estable con otra pareja.

Por lo que respecta a si pueden constituir unión estable de pareja personas que estén unidas por vínculo matrimonial con terceros, es un hecho que las legislaciones autonómicas optan por una respuesta negativa. Así el artículo 1.1 y 3 de la Ley catalana 10/1998, artículo 4.a) de la Ley aragonesa 6/1999, artículo 2.1.b) de la Ley valenciana, artículo 3.1 de la Ley asturiana 4/2002, artículo 3.2.b) de la Ley andaluza 5/2002, artículo 2.1 de la Ley vasca 2/2003, Disposición Adicional Tercera de la Ley gallega 10/2007.

A mi modo de ver, una vez más, la opción teniendo en cuenta los aspectos prácticos, depende de cuál sea la concepción y el contenido que se le quiera dar a la unión estable de pareja y su cauce único o no a través del contrato de unión civil. Una importante equiparación jurídica de sus efectos esenciales con el matrimonio, tanto en el ámbito económico como sucesorio, como un modelo de convivencia diferente pero en aspectos relevantes similar, conduce de manera necesaria, tal y como se configura el pacto de solidaridad en el artículo 515.2 del Code, a la exigencia de inexistencia de vínculo matrimonial subsistente –o al menos separación judicial como contempla el artículo 2.1.b) de la Ley madrileña 11/2001, artículo 2.1.b) de la Ley canaria 5/2003, artículo 3.1.b) de la Ley extremeña 5/2003, artículo 4.4.b) de la Ley cántabra 1/2005, de menor interés práctico tras la reforma de 2005– pues, en otro caso, no cabe duda de la complejidad de las situaciones que se pueden crear.

Sin embargo, cuando tales efectos se limitan a reconocer la validez y eficacia de los pactos suscritos por los convivientes o, según las previsiones legales supletorias, éstos se quedan reducidos a aspectos meramente asistenciales, o a una estricta compensación económica basada en la eventual existencia de un enriquecimiento injusto, no parece razonable negar esas mínimas consecuencias. Es decir, tal y como se viene indicando, que cabe plantearse efectivamente la conveniencia de distinguir con claridad dos figuras diferentes: por una parte, el contrato de unión civil, que por sus características y similitudes guarda una cierta proximidad con la institución matrimonial, en que tiene sentido negar la posibilidad de su celebración al que ya está unido por vínculo matrimonial vigente. Por otra parte, la unión de hecho como situación puramente fáctica –el «concubinato» del artículo 515.8 del Code– pero no carente de ciertos efectos jurídicos, para la que no es exigible la capacidad matrimonial o inexistencia de impedimentos. En todo caso, es de resaltar cómo el artículo

26. Artículo 2.1.e) de la Ley valenciana 1/2001, artículo 2.1.c) de la Ley balear 18/2001, artículo 2.1.e) de la Ley madrileña 11/200, artículo 2.1.e) de la Ley canaria 5/2003, artículo 3.1.e) de la Ley extremeña 5/2003, Disposición Adicional Tercera de la Ley gallega 10/2007.

27. Artículo 4.c) de la Ley aragonesa 6/1999, artículo 2.1 de la Ley navarra 6/2000, artículo 3.1 de la Ley asturiana 4/2002, artículo 2.1 de la Ley vasca 2/2003, artículo 4.4.e) de la Ley cántabra 1/2005.

1.3 de la Ley catalana 10/1998 y el artículo 2.2 de la Ley navarra 6/2000, una vez disuelto o declarado nulo el vínculo matrimonial, consideran para el cómputo del plazo mínimo de convivencia la habida con anterioridad.

Otra cuestión que cabe plantear es si puede constituir unión estable de pareja quien ya está vinculado por relación anterior de las mismas características. La Ley catalana 10/1998 no lo impide expresamente, mientras que sí lo hacen la mayoría de las legislaciones autonómicas[28]. Parece claro que, dentro de la configuración legal que se realiza, no es posible una convivencia *more uxorio* simultánea y, en principio, nada debería impedir el reconocimiento legal de uniones estables sucesivas cumpliéndose los requisitos exigidos para ello. Pero si nos movemos en el ámbito de la constitución formal e inscripción en el Registro, parece razonable exigir que la anterior unión de hecho esté formalmente disuelta, conforme a las causas de extinción que se establecen, teniendo en cuenta que generalmente se admite la extinción por voluntad unilateral notificada fehacientemente al otro [artículo 12.1.b) de la Ley catalana 10/1998, artículo 6.2 de la Ley aragonesa 6/1999, artículo 1.d) de la Ley navarra 6/2000, artículo 5.1.d) de la Ley extremeña 5/2003] o por cualquiera de los medios admitidos en Derecho [artículo 6.1.b) de la Ley valenciana 1/2001].

Para constituir una nueva unión estable de pareja ¿debe transcurrir un plazo mínimo de tiempo cuado en general no se exige bastando la declaración de voluntad formal? Tal es la opción del artículo 6.4 de la Ley aragonesa 6/1999, que impide formalizar nueva pareja estable no casada hasta que hayan transcurrido seis meses desde que se dejó sin efecto el documento público correspondiente a la convivencia anterior. Por el contrario, el artículo 4.3 de la Ley navarra 6/2000, tan sólo exige que se haya producido la disolución de la pareja estable anterior, sin contemplar tiempo alguno intermedio.

VII. EFECTOS JURÍDICO-CIVILES DE LAS UNIONES ESTABLES DE PAREJA

Prescindiendo de los efectos de Derecho público, de índole fiscal o administrativos en su más amplio sentido, y sin entrar en la polémica de las efectivas competencias de las Comunidades Autónomas para regular como lo han realizado hasta la fecha determinados aspectos civiles de las uniones de hecho, partiendo de que no es procedente una equiparación sin más de los efectos de la unión de hecho al matrimonio, se va a analizar cuál podría ser su régimen jurídico que, respondiendo a una realidad social, dé respuesta razonable a los intereses en juego y a los conflictos que la práctica acredita en su existencia.

VII.1. Principio de autonomía de la voluntad, derecho dispositivo y derecho imperativo

Como se dirá a continuación, no presenta mayor controversia que los efectos jurídicos que la unión estable de pareja deba producir entre los convivientes, especialmente en sus aspectos

28. Artículo 4.d) de la Ley aragonesa 6/1999, artículo 2.1 de la Ley navarra 6/2000, artículo 2.1.c) de la Ley valenciana 1/2001, artículo 2.1.d) de la Ley balear 18/2001, artículo 2.1.c) de la Ley madrileña 11/2001, artículo 3.1 de la Ley asturiana 4/2002, artículo 3.2.b) de la Ley andaluza 5/2002, artículo 2.1.c) de la Ley canaria 5/2003, artículo 3.1.c) de la Ley extremeña 5/2003, artículo 2.1 de la Ley vasca 2/2003, artículo 4.4.c) de la Ley cántabra 1/2005, Disposición Adicional Tercera de la Ley gallega 10/2007.

patrimoniales, deben ser los voluntariamente convenidos en los llamados «pactos de convivencia». Ahora bien, no tiene mayor interés solucionar los problemas prácticos de esta realidad social a través de un genérico reconocimiento del valor del principio de autonomía de la voluntad pues, superados planteamientos de moral y orden público, la validez de éstos ya hace mucho tiempo que ha sido reconocida por la jurisprudencia. La cuestión reside, aparte de analizar el contenido de los pactos, en determinar cuál sería el régimen jurídico y los efectos que se deberían producir en defecto de convenio entre los convivientes –lo que se trata a continuación– y si, en todo caso, determinados efectos de contenido económico deberían producirse necesariamente superponiéndose incluso a la voluntad de las partes.

En cuanto a la última cuestión, la opción de alguna de las legislaciones autonómicas se pronuncia claramente en tal sentido. Así la Ley catalana 10/1998 establece en el artículo 13 la compensación económica y en el artículo 14 la pensión periódica que pueden generarse en el momento de cese de la convivencia, extremos sobre los que las partes pueden acordar lo que estimen conveniente en el pacto de convivencia siempre respetando el mínimo establecido por la Ley que se configuran como derechos irrenunciables hasta que son exigibles; criterio que es seguido también en el artículo 5.1 de la Ley navarra 6/2000, artículo 4.1 de la Ley balear 18/2001. Sin embargo, es lo cierto que otras legislaciones autonómicas guardan silencio sobre este extremo, señalando como único límite a la libertad de pacto que los mismos no perjudiquen los derechos, igualdad o dignidad de cualquiera de miembros de la pareja o que no sea contrarios a normas imperativas, sin especificarse cuáles sean éstas (artículo 5.1 de la Ley aragonesa 6/1999), o que no sean contrarios a los derechos fundamentales y las libertades públicas de alguno de sus miembros o, como mucho, con una previsión genérica, pero con un cierto significado, de que no sean perjudiciales para uno de ellos (artículo 4.1 de la Ley valenciana 1/2001, artículo 4.4 de la Ley madrileña 11/2001, artículo 8.2 de la Ley cántabra 1/2005, Disposición Adicional Tercera de la Ley gallega 10/2007).

Y ante ello cabe preguntarse, por ejemplo, si el legislador optara por la aplicación automática de algunos efectos en cierta situaciones de convivencia de hecho ¿cabe admitir la eficacia del pacto de manifestación de voluntad de que a pesar de la convivencia durante el plazo legal no se le aplique el régimen jurídico? En principio cabría pensar que sí a través de una renuncia a la ley aplicable en el ámbito del artículo 6.2 del CC. Es más, en general, las legislaciones admiten un amplio juego del principio de autonomía de la voluntad en la regulación por los interesados de sus relaciones personales y patrimoniales, tanto durante la convivencia como a la extinción de la misma (*vid.* artículo 1.1 de la Ley catalana 10/1998, artículo 5.1 de la Ley aragonesa 6/1999). Ahora bien, la cuestión es que no todas las normas son, o debieran ser, de derecho dispositivo.

VII.2. Eficacia *inter partes* o frente a terceros

La primera cuestión a resolver es si el reconocimiento legal de las uniones estables de pareja en cuanto a sus efectos estrictamente civiles, especialmente cuando exista un contrato de unión civil, debe mantenerse en las relación *inter partes* o también ser eficaces frente a terceros –en beneficio o en perjuicio de terceros–, tanto con referencia a los pactos de convivencia que se puedan establecer conforme al juego del principio de autonomía de la voluntad como a los efectos legales que se puedan prever, bien con carácter dispositivo o imperativo.

En el pacto de solidaridad civil francés, ningún problema se plantea en el sentido de dotarle de eficacia no sólo *inter partes* sino también frente a terceros, tanto en los aspectos expresamente pactados por las partes como en los previstos por la propia Ley. Obviamente, tal eficacia frente a terceros aparece vinculada a un sistema de publicidad registral no sólo del pacto de solidaridad propiamente dicho, sino de todas las convenciones específicas de su regulación particular en cada caso concreto –artículos 515.3 y 515.5 del Code– de manera que mientras no se cumplen tales formalidades de publicidad –registro en la secretaría del tribunal de instancia y mención en el registro civil– el pacto civil de solidaridad no es oponible frente a terceros (artículo 515.3.1).

Frente a ello, es evidente que en las legislaciones autonómicas la tendencia expresa o implícita son los efectos *inter partes* de la unión estable de pareja[29] y sólo de manera excepcional se contempla algún efecto respecto de tercero, desde luego no en su perjuicio sino en su beneficio, como la responsabilidad solidaria por las obligaciones contraídas por razón de los gastos comunes del artículo 5 de la Ley catalana 10/1998, artículo 5.4 de la Ley aragonesa 6/1999, artículo 7 de la Ley navarra 6/2000, en una regulación similar a la llamada potestad doméstica del artículo 1319 del CC.

A mi modo de ver, la limitación *inter partes* de la efectos de las uniones estables de pareja no parece una consecuencia lógica y necesaria. Una vez admitida la configuración legal del contrato de unión civil, precisamente la exigencia de requisitos formales para su constitución y la necesidad de inscripción en un registro creado al efecto, tal y como se expuso anteriormente, se justifica por la necesidad de su constancia fehaciente, lo que no es realmente relevante entre las partes –en que serían admisibles todos los medios de prueba a partir de una constancia documental– sino para los terceros. La existencia de la unión estable de pareja se derivaría con eficacia *erga omnes* de la inscripción en el registro, lo que ya ampararía los efectos previstos con carácter imperativo o supletorio por la Ley, que incluso ampararía los pactos específicos de convivencia, cuya inscripción, por otra parte, ya está expresamente prevista en alguna de las legislaciones autonómicas que exigen que la solicitud se realice por ambos convivientes (artículo 5 de la Ley valenciana 1/2001, artículo 5 de la Ley madrileña 11/2001, artículo 8 de la Ley canaria 5/2003, artículo 6.4 de la Ley extremeña 5/2003, artículo 5.1 de la Ley cántabra 1/2005).

VII.3. Los pactos de convivencia

Como se ha señalado, ningún problema plantea la admisión general de la validez y eficacia de los pactos de convivencia que los miembros de la unión estable puedan establecer para regular sus relaciones personales o patrimoniales, contemplando expresamente las consecuencias que podrán originarse cuando se produzca la extinción de la unión. Ahora bien, dejando aparte la cuestión de si admitida capacidad a los menores emancipados para establecer válidamente una unión establece de pareja ello lleva implícita la capacidad para formalizar los pactos con el contenido patrimonial que estimen conveniente o si seguiría sometido a las restricciones del artículo 323 del CC, la regulación de los pactos de convivencia plantea diversas cuestiones.

29. *Vid.* artículo 4.3 de la Ley valenciana 1/2001, artículo 4.5 de la Ley madrileña 11/2001, artículo 5.3 de la Ley asturiana 4/2002, artículo 8.4 de la Ley canaria 5/2003, artículo 6.4 de la Ley extremeña 5/2003, artículo 8.5 de la Ley cántabra 1/2005, afirmando que los pactos sólo surtirán efectos entre las partes firmantes y nunca podrán perjudicar a terceros.

Por una parte, y sin perjuicio de los problemas de forma en que debe constar el pacto, admitido que puede ser inicial o posterior, incluyendo la posibilidad de modificaciones, no parece que exista ningún inconveniente en permitir, al amparo del amplio principio de libertad de pacto que realiza la jurisprudencia [SSTS de 10 de octubre de 2006 (RJ 2006, 8976), 26 de enero de 2006 (RJ 2006, 417), 5 de diciembre de 2005 (RJ 2005, 10185)], que el mismo puede incluir un convenio para que sus relaciones patrimoniales se rijan por el régimen económico-matrimonial que convengan –tal posibilidad, no obstante, no aparece expresamente prevista en ninguna de las legislaciones autonómicas–, lo que su vez supondría la aplicación del procedimiento previsto en los artículos 806 y siguientes para la liquidación del régimen económico en caso de desacuerdo entre los convivientes, lo que ha de negarse si meramente existe entre ellos, como se dice a continuación, un sistema de comunidad de bienes ordinaria pactada de manera expresa o tácita[30], salvo que tal comunidad de bienes, aun sin configurarse estrictamente como un régimen económico-matrimonial, no sea estrictamente una comunidad sometida al régimen jurídico de los artículos 392 y siguientes sino que se conciba como institución específica del contrato de unión civil con su propio régimen jurídico.

Por otra parte, y con independencia de las previsiones sobre aceptación en bloque de la normativa de un régimen económico típico o de pactos puntuales sobre contribución a gastos comunes o sobre titularidad de bienes o actos de disposición sobre ellos, en especial de la vivienda familiar, es claro que un contenido frecuente del pacto serán las previsiones sobre las compensaciones económicas –y eventuales pensiones– que procedan a la extinción de la convivencia, de importante relevancia cuando se opte por el mantenimiento de la separación de patrimonios.

En cuanto a los convenios que se puedan realizar sobre derechos sucesorios, ha de tenerse en cuenta que, conforme al Derecho vigente que se deriva del artículo 1271 del CC, los pactos de esta índole son nulos de pleno derecho, de manera que cualquier disposición patrimonial por esta vía, a diferencia de los ordenamientos jurídicos autonómicos que admiten esta forma de delación hereditaria, requeriría una profunda revisión del Código Civil. Por ello, este aspecto debería dejarse a las previsiones legales.

Por lo que respecta a la forma de estos pactos, conviene detenerse en primer lugar en aquellos que implican la aplicación de la normativa propia de un régimen económico-matrimonial, especialmente en cuanto a la titularidad de los bienes adquiridos durante la convivencia. La jurisprudencia, que desde la STS de 21 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8589), en doctrina reafirmada en las SSTS de 27 de mayo y 20 de octubre de 1994 (RJ 1994, 3753 y 7492), 4 de marzo de 1997 (RJ 1997, 1640), ha venido negando la aplicación analógica sin más del régimen económico, concretamente las normas de la sociedad de gananciales, a las uniones de hecho en relación con pretensiones de liquidación patrimonial al extinguirse la convivencia[31], sí ha admitido, por el contrario, la aplicación por analogía cuando por

30. Sobre la inadecuación del procedimiento de los artículos 806 y siguientes de la LEC, *vid*. SAP de Cantabria, Sección 2.ª, de 7 de noviembre de 2006 (AC 2006, 2013).

31. En general puede estimarse que ésta es la postura mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia. *Vid*. Torres García, «Régimen económico-matrimonial y uniones de hecho», en *Matrimonio y uniones de hecho*, coordinado por Martínez Gallego, Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, pp. 39 y siguientes. Sin embargo, tampoco faltan opiniones que entienden que, si no en bloque, sí es posible la aplicación analógica de alguna de las normas reguladoras de la sociedad de gananciales. Así Valpuesta Fernández, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1993», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 33, septiembre-diciembre 1993, p. 989.

hechos concluyentes se evidencie la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común, y ello aunque no exista un pacto expreso en tal sentido [SSTS de 10 de octubre de 2006 (RJ 2006, 8976), 22 de febrero de 2006 (RJ 2006, 831), 5 de diciembre de 2005 (RJ 2005, 10185)].

Es decir, sobre la base siempre de la existencia de una voluntad de las partes y no de una equiparación o aplicación automática sin más de las normas de régimen económico ni tampoco de surgimiento de una comunidad de bienes por el mero hecho de la convivencia –SSTS de 26 de enero de 2006 (RJ 2006, 417), 22 de enero de 2001 (RJ 2001, 1678), 27 de mayo de 1998 (RJ 1998, 3382)[32]–, se admite que aquella voluntad se exteriorice de manera expresa o tácita, siempre que resulte probada [*vid*. STS de 26 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3341)] pues, en definitiva, la unión de hecho se rige por la voluntad de los convivientes[33].

Nótese que tal doctrina se aplica para estimar la existencia de una comunidad de bienes, generalmente referida a bienes concretos, y no tanto para declarar el sometimiento de las relaciones económicas de los convivientes a la normativa en bloque de un régimen económico-matrimonial, en que, a pesar de no tratarse técnicamente de unas capitulaciones matrimoniales, sí tienen las mismas características, por lo que atendiendo a la repercusión y total alteración de las reglas patrimoniales hasta entonces aplicadas a personas no casadas, debería exigirse escritura pública en términos análogos al artículo 1327 del CC.

Ahora bien, fuera de este supuesto la duda es si el pacto debería, para su validez, revestir algún requisito de forma. En las legislaciones autonómicas se observa una tendencia a la exigencia de escritura pública para los pactos de convivencia[34], incluso en aquellas que admiten la constitución de la unión establece de pareja como una situación meramente fáctica durante un tiempo mínimo determinado que, al menos, exigen documento privado (artículo 5.1 de la Ley navarra 6/2000, artículo 5.1 de la Ley asturiana 4/2002. Igualmente exige documento público o privado el artículo 5.1 de la Ley vasca 2/2003). Pero también existe el criterio contrario, como el artículo 3.1 de la Ley catalana 10/1998, artículo 4.1 de la Ley balear 18/2001, que admiten la validez del pacto tanto realizado en forma verbal como por escrito, sea en documento público o privado.

A mi modo de ver, la exigencia de forma en cuanto al pacto de convivencia guarda relación con la propia exigencia de forma en la constitución de la unión de pareja estable. Si se admite como pura situación fáctica, prolongada o no en el tiempo, dependiendo de si existe o no descendencia común, sin que se requiera forma específica ni inscripción con carácter constitutivo, no se ve razón por la que el pacto de convivencia que no contenga un régimen

32. *Vid*. el comentario de esta sentencia de Estruch Estruch, «Liquidación patrimonial de las uniones extramatrimoniales», *Revista de Derecho Patrimonial*, 1999.1. Mantenía una interpretación contraria favorable a la apreciación de la existencia de una comunidad de bienes Estrada Alonso, *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*. 2.ª ed., Civitas, 1991, pp. 187 y siguientes.

33. El que constituya una inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común no aparece muy perfilado en la jurisprudencia. Para la SAP de Málaga, Sección 4.ª, de 13 de enero de 2005 (JUR 2005, 149883), no lo es la ayuda propia a la actividad profesional del otro derivada de la situación de convivencia. Sin embargo, como se dirá, éste es uno de los supuestos en que las legislaciones autonómicas fundamentan que se pueda dar una situación de enriquecimiento injusto que justifica el reconocimiento de una compensación económica a la extinción de la convivencia.

34. Artículo 5.1 de la Ley aragonesa 6/1999, artículo 4.1 de la Ley madrileña 11/2001, artículo 7.2 de la Ley canaria 5/2001, artículo 6.1 de la Ley extremeña 5/2003, artículo 8.1 de la Ley cántabra 1/2005, Disposición Adicional Tercera de la Ley gallega 10/2007.

económico-matrimonial, deba someterse para su validez y eficacia a un requisito de forma, especialmente cuando de lo que se trata es de apreciar, tal y como se viene consignando en la jurisprudencia, si existe o no una voluntad de los convivientes de configurar un patrimonio común, sometido a las reglas generales de la comunidad de bienes, lo que igualmente es aplicable a los pactos que puedan existir en cuanto a las posibles consecuencias de compensaciones económicas derivadas de la extinción del régimen. Cosa distinta sería, como se ha dicho, el acuerdo sobre el sometimiento de las relaciones patrimoniales a un régimen económico-matrimonial o a formas comunitarias diferentes a la comunidad de bienes ordinaria, con sistemas específicos de integración del patrimonio común y normas sobre actos de administración y disposición que se separen de las reglas generales de los artículos 397 y 398 del CC. En tal supuesto, sí podría ser exigible, por analogía con las capitulaciones matrimoniales, escritura pública[35].

Por último, una cuestión complementaria. Generalmente se reconoce en las legislaciones autonómicas el juego del principio de autonomía de la voluntad para regular no sólo sus relaciones patrimoniales sino también personales, aspecto este de difícil definición y probablemente de escaso contenido jurídico, salvo para decir que generalmente se trata de materias indisponibles. Pero los pactos de convivencia también se pueden referir a otros aspectos no estrictamente económicos, como son las consecuencias de la ruptura respecto del régimen de guarda y custodia de los hijos menores, siendo frecuente en las legislaciones autonómicas referencias expresas a la validez y eficacia de estos pactos. Sin embargo, hay que recordar que sin perjuicio de su valoración, los pactos sobre guarda y custodia de menores, incluso entre parejas de hecho estables [*vid.* STS de 11 de julio de 2002 (RJ 2002, 7144)], no vinculan al Juez quien, en todo caso, resolverá conforme al principio prevalente de interés del menor, sin perjuicio de que los acuerdos a los que hayan podido llegar los progenitores en el momento del cese de la convivencia también serán un elemento a tener en cuenta a la hora de adoptar decisiones judiciales sobre la custodia de los hijos menores [*vid.* SAP de Málaga, Sección 4.ª, de 13 de marzo de 2006 (JUR 2006, 213266)], de gran relevancia a falta de otras circunstancias que aconsejen lo contrario o simplemente la modificación de lo pactado.

VII.4. Regulación en defecto de pacto

A) Régimen económico y vivienda

Aunque deba admitirse que en el pacto de convivencia se pueda acordar que la pareja quede sometida al régimen económico que libremente convengan, no parece que supletoriamente deba establecerse alguno ni tampoco formas comunitarias de propiedad, sea ordinaria o específica, para el contrato de unión civil. Como resalta la STS de 23 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 7385), ésta ha sido la opción de las Comunidades Autónomas que han legislado sobre esta materia. En este sentido, el artículo 3.2 de la Ley catalana 10/1998, artículo 5.3 de la Ley aragonesa 6/1999, artículo 5.4 de la Ley balear 18/2001, establecen que, en defecto

35. Precisamente la necesidad de otorgamiento de capitulaciones matrimoniales para quedar sometidos a un régimen económico y la imposibilidad de hacerlo al estar reservado para cónyuges o futuros cónyuges, era el fundamento último que, en opinión de Torres Lana, «De nuevo sobre relaciones patrimoniales entre parejas no casadas», *Aranzadi Civil*, 1993, pp. 2417-2418, impediría la admisibilidad de tal pacto. Sin embargo, actualmente, y a la vista del sentido de las legislaciones autonómicas y la tendencia jurisprudencial, tales obstáculos no parecen serlo a través de la exigencia en estos supuestos de escritura pública para el pacto de convivencia.

de pacto, cada miembro de la pareja conserva el dominio, el disfrute y la administración de sus bienes, lo que ha de entenderse no como una referencia a un régimen de separación de bienes o situación equivalente [así lo considera la SAP Barcelona, Sección 11.ª, de 17 de mayo de 2006 (JUR 2006, 260093)], sino simplemente la vigencia de las normas generales de derecho patrimonial, incluidas las normas sobre responsabilidad frente a terceros por las deudas contraídas. Ello, obviamente, no impide ni la adquisición de bienes en régimen de copropiedad ordinaria –que no supone necesariamente la participación de ambos convivientes en el título formal de adquisición, aunque si se produce la existencia de la comunidad es clara, no siendo fácil la prueba en contrario como puede verse en la SAP de Málaga, Sección 5.ª, de 14 de febrero de 2005 (JUR 2005, 145405)– ni la asunción conjunta, mancomunada o solidariamente, de deudas con terceros.

No obstante, recuérdese que, como mantiene la jurisprudencia, la comunidad sobre todos o algunos de los bienes no surge ni se deriva directamente del hecho mismo de la convivencia sino de la voluntad de las partes, exteriorizada de manera expresa o tácita, por lo que tal comunidad habrá de rechazarse en su existencia si se estima insuficiencia probatoria sobre estos extremos [*vid.* SSTS de 21 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8589), 18 de febrero de 1993 (RJ 1993, 1246), 27 de mayo de 2004 (RJ 2004, 3577)], y mucho más si de la prueba que se pueda practicar lo que se deriva es precisamente una voluntad de mantener los patrimonios separados aunque haya una contribución conjunta a los gastos comunes de la vivienda [*vid.* SAP de Málaga, Sección 4.ª, de 20 de marzo de 2006 (AC 2006, 1386)], ello sin perjuicio del eventual derecho a una compensación económica a la extinción de la convivencia si se dan los requisitos para ello.

Ahora bien, cabe preguntarse si el pacto sometiéndose a un régimen económico-matrimonial o la comunidad ordinaria de bienes deben ser las únicas alternativas legales a la regulación de las relaciones económicas entre los convivientes o si, por el contrario, no sería conveniente articular algún tipo de institución intermedia, basada, eso sí, en la libre voluntad de las partes que optan por incorporar algún tipo de comunicación patrimonial derivada de la convivencia pero sin la complejidad de un régimen económico, normalmente de corte comunitario.

En este sentido, no parece irrazonable la idea de reflexionar sobre el sistema recogido en el artículo 515.5.1 del Code francés: si los convivientes acuerdan someterse a un régimen de indivisión en los bienes que adquieran, tales bienes serán considerados indivisos por mitad, sin que ningún miembro de la pareja pueda reclamar contra el otro a título de una contribución desigual, modelo que realmente se ajusta a la doctrina del Tribunal Supremo cuando aprecia la existencia de una voluntad de los cónyuges de formar un patrimonio común sin tener en cuenta la efectiva aportación económica de cada uno, pero que aplica a bienes concretos y para resolver la liquidación y adjudicaciones en el momento de la extinción de la convivencia, mientras que ahora se trataría de regular aspectos más amplios como, por ejemplo, la composición de ese patrimonio común (el artículo 515.5.2 del Code contempla exclusiones similares a la calificación de bienes privativos del artículo 1346 del CC), su administración y disposición (inaplicación de las reglas de la comunidad de bienes y nulidad y anulabilidad del artículo 1322 del CC), procedimiento para la liquidación de la comunidad (artículo 806 y siguientes de la LEC), etc. Es decir, como se indica, sobre la base de la existencia de una declaración de voluntad de los convivientes de formación de un patrimonio común, no sometimiento sin más a las reglas de la comunidad ordinaria.

Por otra parte, la inexistencia de régimen económico no imposibilita que la existencia de la unión estable y de una convivencia común, con o sin descendencia, haya de tener sus consecuencias patrimoniales no ya en el momento de la extinción sino también durante la vida de la misma, y ello referido a una protección mínima de las necesidades más directas derivadas de la convivencia lo que implica dos aspectos: el primero, la obligación de afrontar los gastos comunes en materia de alimentos (necesidades de subsistencia, vestido, asistencia médica, instrucción); el segundo, los gastos derivados de la vivienda común o familiar, no tanto de su adquisición pero sí de conservación y mejora.

Que a tales gastos deben contribuir ambos convivientes en proporción a sus recursos económicos parece un mínimo de efectos que, en todo caso, debe producir el reconocimiento legal de la unión establece de pareja (así se establece también en el artículo 4.2 de la Ley valenciana 1/2001, artículo 4.3 de la Ley madrileña 11/2001). Y para ello puede ser la referencia inicial los meros ingresos o, si éstos no son suficientes, en proporción a sus respectivos patrimonios[36] incluso valorando el trabajo para la casa o colaboración no retribuida a la profesión o empresa del otro, generando, por tanto, una obligación interna con los correspondientes derechos de reembolsos, con un específico régimen de responsabilidad frente a terceros similar a la potestad doméstica del artículo 1319 del CC, tal y como hace el artículo 5 de la Ley catalana 10/1988, artículo 5.4 de la Ley aragonesa 6/1999, artículo 5.2 de la Ley balear 18/2001, al igual que sucede en el artículo 515.4 del Code francés.

Más discutible puede ser, sin embargo, si deben establecerse normas específicas sobre el uso y actos de disposición sobre la vivienda común, tanto durante la convivencia como a la extinción de ésta. Algunas legislaciones autonómicas han extendido tal protección en dos aspectos: instaurando un régimen para los actos de disposición de la vivienda común similar al recogido en el artículo 1320 del CC (así, artículo 11 de la Ley catalana 11/1998) e instaurando el derecho de continuar en la vivienda durante un año cuando la convivencia se extingue por fallecimiento del propietario de aquélla [artículo 18.2 de la Ley catalana 10/1998, artículo 9 de la Ley aragonesa 6/1999, artículo 13 de la Ley andaluza 5/2002, artículo 6.2.c) de la Ley vasca 2/2003], medida esta última que no se aplica a los supuestos de extinción de la unión estable por otras causas, especialmente por decisión unilateral, en que las legislaciones autonómicas guardan un silencio total –*vid.*, señalándolo, la SAP de Barcelona, Sección 12.ª, de 30 de marzo de 2006 (JUR 2006, 243312)– y que, sin embargo, parece más adecuada en estos casos una solución similar a la del artículo 96 del CC, sin mayores dificultades cuando existan hijos menores y haya que adoptar medidas sobre la vivienda familiar, guarda y custodia (artículo 770.6 de la LEC) –*vid.* STSJ de Navarra de 8 de noviembre de 2006 (RJ 2007, 1666)–, pero también procedente cuando no existan, criterio que ya admitió la jurisprudencia sobre la base de protección del conviviente más débil [*vid.* SSTS de 7 de julio de 2004 (RJ 2004, 5108), 10 de mayo de 1998 (RJ 1998, 1272), 27 de marzo de 2001 (RJ 2001, 4770)][37].

36. Tal y como recogen el artículo 4.2 de la Ley catalana 10/1998, artículo 5.3 de la Ley aragonesa 6/1999, artículo 5.3 de la Ley navarra 6/2000, artículo 7.2 de la Ley canaria 5/2003, artículo 6.1 de la Ley vasca 2/2003.

37. En todo caso, la adjudicación del uso de la vivienda propiedad exclusiva de uno de los convivientes requiere que ésta pueda ser calificada de familiar, incluso para atribuir su uso a los hijos menores que no se discute en el ámbito del artículo 96 del CC, de manera que si tal concepto de vivienda familiar no se da, sino una mera ocupación esporádica, nunca es de aplicación tal precepto. *Vid.* resolviendo este supuesto la SAP de Málaga, Sección 6.ª, de 16 de noviembre de 2004 (JUR 2005, 60639). Sobre la problemática de la vivienda familiar en los puestos de extinción de la convivencia *vid.* Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, «Efectos de la extinción de la pareja de hecho: la vivienda familiar», en *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, pp. 619 y siguientes.

B) Derechos económicos a la extinción de la convivencia

Como se ha expuesto, asumiendo lo que constituye doctrina jurisprudencial, en defecto de pacto entre las partes, bien sea estableciendo un régimen económico-matrimonial o un sistema de comunidad ordinaria o específica, debe rechazarse la existencia de formas comunitarias en cuanto a la propiedad de los bienes derivadas del simple hecho de la convivencia [*vid*. SSTS de 10 de octubre de 2006 (RJ 2006, 8976), 22 de febrero de 2006 (RJ 2006, 831)]. Sin embargo, es unánime en todas las legislaciones autonómicas el establecer el derecho a una compensación económica a favor de uno de los convivientes y a cargo del otro, pero no como una consecuencia automática del hecho de la convivencia –lo que implicaría, como dice la STS de 5 diciembre de 2005 (RJ 2005, 10185) una penalización de la libre ruptura de la pareja por quien no desea su continuidad– sino cuando se den unos requisitos determinados: el primero, que el cese de la convivencia se produzca en vida de los convivientes, es decir, no por fallecimiento; el segundo, que uno de los miembros de la pareja –sin retribución o con retribución insuficiente– haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, contribuyendo con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de los bienes del otro, y el tercero, que se haya generado por estos motivos una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto[38].

Nótense los criterios tan estrictos que se vienen estableciendo para que surja el derecho a una compensación económica, más allá de los pactos que hubieran podio convenir las partes. Con alguna excepción –como el artículo 4.2 de la Ley madrileña 11/2001 que lo configura claramente como una pensión compensatoria con los criterios del artículo 97 del CC, planteamiento recogido por las SSTS de 5 de julio de 2001 (RJ 2001, 4993) y 16 de julio de 2002 (RJ 2002, 6246) y hecho suyo por uno de los votos particulares de la STS de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 7148) que, sin embargo, mayoritariamente lo rechaza[39]–, prácticamente se asume la doctrina del enriquecimiento injusto en la que, en definitiva, se ha configurado como el fundamento indemnizatorio en que incide la jurisprudencia [STS de 22 de febrero de 2006 (RJ 2006, 831), 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 7148) y, especialmente la STS de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 7148)] y además con los requisitos clásicos: desequilibrio patrimonial y dedicación al hogar o colaboración con el trabajo del conviviente [*vid*. STS de 6 de octubre de 2006 (RJ 2006, 6650)], de manera que si no se dan esas circunstancias debidamente probadas cualquier pretensión indemnizatoria o de compensación económica deberá ser rechazada [*vid*. STS de 5 de febrero de 2004 (RJ 2004, 213)][40], bien entendido que desde este planteamiento, y en una interpretación estricta, el trabajo para el hogar, por sí solo, no puede ser interpretado como el causante del desequilibrio ni que con el mismo se contribuyera al aumento patrimonial del otro conviviente [*vid*., en tan sentido, SAP de Lleida, Sección 1.ª, de 27 de julio de 2006 (JUR 2007, 111516) y SAP

38. Artículo 13 de la Ley catalana 10/1998; artículo 7 de la Ley aragonesa 6/1999; artículo 5.5 de la Ley navarra 6/2000; artículo 7 de la Ley extremeña 5/2003; artículo 6.2.b) de la Ley vasca 2/2003; artículo 9 de la Ley cántabra 1/2005.

39. La SAP de Málaga, Sección 4.ª, de 26 de julio de 2004 (JUR 2004, 255724) también parece seguir implícitamente este criterio en cuanto confirma la decisión del Juzgado de instancia de atribuir al conviviente una pensión periódica de carácter temporal. Por su parte, la SAP de Málaga, Sección 5.ª, de 6 de julio de 2004 (JUR 2004, 257381) también confirma una pensión periódica temporal que se fundamenta en los principios generales de derecho de protección del más débil y del enriquecimiento sin causa, negando expresamente que tal pensión se derive del artículo 97 del CC, inaplicable a las uniones de hecho.

40. *Vid*. igualmente la SAP de Málaga, Sección 4.ª, de 22 de septiembre de 2004 (JUR 2004, 292573), rechazando la existencia de un enriquecimiento injusto ante el hecho evidente de que los dos convivientes habían intervenido como cotitulares en diversas actividades comerciales.

de Málaga, Sección 4.ª, de 25 de abril de 2002 (JUR 2002, 206758)], ello sin perjuicio de su consideración de contribución a los gastos comunes.

A mayor abundamiento, tal planteamiento se realiza con una importante particularidad: sólo se reconoce cuando la convivencia cesa en vida de la pareja, no por causa de fallecimiento –no lo exige expresamente el artículo 9.2 de la Ley balear 18/2001, artículo 6.2.b) de la Ley vasca 2/2003–, lo cual puede tener su lógica si a su vez se le reconocen derechos sucesorios. Pero, como se dirá, no sucede así en todas las legislaciones y lo cierto es que limitada la compensación económica a la ruptura en vida de la convivencia, la jurisprudencia rechaza que proceda en caso de fallecimiento [así SAP de Barcelona, Sección 4.ª, de 28 de junio de 2006 (JUR 2007, 64733)]. En todo caso, no parece que exista razón alguna para limitar el derecho a la compensación económica a los supuestos de extinción de la convivencia en vida de los convivientes y no extenderla también a los casos de muerte o declaración de fallecimiento, pues si bien es cierto que en general los supuestos de reclamaciones patrimoniales se producen generalmente por ruptura unilateral, la jurisprudencia lo ha admitido también sin hacer cuestión alguna a la extinción por causa de muerte [*vid*. SSTS de 23 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 7385), 17 de junio de 2003 (RJ 2003, 4605)].

La compensación económica, cuyo surgimiento legal en relación con una situación de enriquecimiento injusto aparece así muy vinculado a la mayor o menor comunicación patrimonial que haya podido existir entre los convivientes, no se debería configurar simplemente como un crédito calculado, por ejemplo, como se hace para el crédito de participación en los artículos 1418 y siguientes del CC, pues aunque ello sin duda simplificaría el procedimiento se apartaría de la razón última que motiva la existencia de la compensación que no es otra cosa que la existencia de un enriquecimiento injusto, que es diferente de la mera desigualdad patrimonial o del desequilibrio económico tenido en cuenta, por ejemplo, para establecer la compensación económica del artículo 97 del CC.

Por otra parte, la configuración de tal compensación económica así como su pago sí podría ajustarse a los criterios de los artículos 1431 y 1432 del CC, esto es, el pago en metálico como regla general salvo que el juez, previa petición de cualquiera de las partes (y no sólo del obligado como establece el artículo 1432 del CC) acuerde el pago en bienes, que habría de satisfacerse a la extinción de la convivencia, sin perjuicio de la concesión de un plazo para su pago si las circunstancias así lo requiriesen (*vid*. la regulación, con algunas variantes, de los artículos 13 y 16 de la Ley catalana 10/1998, esencialmente asumido por el artículo 6 de la Ley navarra 6/2000).

Obviamente, con la configuración legal de la compensación económica como una consecuencia del enriquecimiento injusto que se pueda producir no es posible legalmente cuantificar importes o porcentajes, dependiendo de las circunstancias que concurran en cada caso concreto –recordemos cómo la STS de 23 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 7385) estableció la indemnización en un tercio de los bienes y la STS de 17 de enero de 2003 (RJ 2003, 4), también en un tercio, pero no de los bienes sino de su valor[41]. La STS de 17 de junio de 2003 (RJ 2003, 4605) la fijó en la cuarta parte–.

41. *Vid*. Tomás Martínez, «La valoración del trabajo en el propio hogar en la ruptura de una pareja de hecho. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2003», *Aranzadi Civil* 2003-III, pp. 2215 y siguientes.

Por supuesto, las partes en el pacto de convivencia, dentro del juego del principio de autonomía de la voluntad, podrán establecer lo que estimen conveniente sobre los supuestos en que surgiría el derecho a percibir la compensación económica –no limitado, por ejemplo, a supuestos de enriquecimiento injusto–, así como sobre los criterios para su cuantificación, pero probablemente, al igual que hace el artículo 4.1 de la Ley catalana 10/1998, el derecho a su percepción en los supuestos mínimos legales debería considerarse derecho imperativo, y no renunciable mientras no se den las circunstancias de su nacimiento y exigibilidad.

Además de la compensación económica, ¿debe establecerse algún tipo de pensión alimenticia? El artículo 14 de la Ley catalana 10/1998, artículo 5.4 de la Ley navarra 6/2000, artículo 9.1 de la Ley balear 18/2001, así lo reconocen, con el carácter de pensión temporal que no puede superar los tres años (artículo 16.4) y compatible con la compensación económica (artículo 16.1), referido ya a un estado de necesidad para el sustento propio, pero tampoco de forma automática sino sólo si se da uno de los dos supuestos: que la convivencia haya disminuido la capacidad del solicitante de obtener ingresos o si tiene a su cargo hijos comunes, en circunstancias en que su capacidad de obtener ingresos quede disminuida; segundo supuesto que es el único que reconoce el artículo 7.2 de la Ley aragonesa 6/1999.

C) Derechos en caso de extinción por fallecimiento

Se decía con anterioridad cómo, en general, en caso de fallecimiento se reconoce en las legislaciones autonómicas el derecho del conviviente de continuar durante el plazo de un año en la que fue vivienda común cuando pertenece en exclusiva al premuerto (artículo 18.2 de la Ley catalana 10/1998, artículo 9 de la Ley aragonesa 6/1999), sin perjuicio de las posibilidades de subrogación que le concede el artículo 16 de la LAU en el caso de que la vivienda viniese ocupada en virtud de un contrato de arrendamiento.

También se le reconoce un derecho de predectación similar al recogido en el artículo 1321 del CC por el que el conviviente, y al margen del derecho sucesorio, hace suyo el ajuar familiar [artículo 18.1 de la Ley catalana 10/1998, artículo 9 de la Ley aragonesa 6/1999, artículo 12 de la Ley balear 18/2001, artículo 6.2.c) de la Ley vasca 2/2003]. No obstante, la cuestión más problemática es si deben de reconocérsele derechos sucesorios análogos a los del cónyuge viudo o, de una manera más amplia, la misma posición en el ámbito del derecho sucesorio que al cónyuge viudo, lo que, hoy en día, no es posible con la regulación contenida en el Código Civil[42].

En general, en algunas legislaciones autonómicas, aunque con matices, se observa un cierto reconocimiento de algunos derechos sucesorios a través de una equiparación parcial con la situación del cónyuge viudo[43], aunque en los extremos de tal decisión hay otras posiciones. Algunas legislaciones autonómicas, que sí tienen competencias en materia de derecho civil, adoptan expresamente el criterio de total equiparación del conviviente al cónyuge viudo tanto en los supuestos de sucesión testada como intestada. Así, artículo 13

42. *Vid.* Martín Pérez, «Convivencia y herencia. Derechos sucesorios en las uniones de hecho», en *Matrimonio y uniones de hecho*, coordinado por Martínez Gallego, Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, pp. 80 y siguientes.

43. *Vid.* Pereda Gámez, «El derecho sucesorio de las parejas de hecho», en *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*, Manuales de Formación Continua 28, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 151 y siguientes.

de la Ley balear 18/2001, artículo 9 de la Ley vasca 2/2003, Disposición Adicional Tercera de la Ley gallega 10/2007.

La Ley catalana 10/1998 no los reconoce en el caso de uniones estables heterosexuales y sí en las homosexuales, distinguiendo (artículo 34) si se trata de sucesión testada o intestada y en ésta diferenciando con quien concurra. En definitiva, en la sucesión intestada a falta de descendientes, ascendientes y colaterales dentro del segundo grado, o de los hijos de éstos, si han premuerto, son llamados a la totalidad de la herencia. Si concurren con los colaterales, tienen derecho a la mitad de la herencia. Y si concurren con descendientes o ascendientes, carecen de derechos hereditarios, que sólo se le reconocen si no tiene medios económicos suficientes para su sustento y en base a una acción personal hasta una cuantía máxima de la cuarta parte del valor de la herencia, mismo derecho que el artículo 45 reconoce en la sucesión testada.

Pero como se dijo, también hay una cierta equiparación en aspectos concretos. Por lo que respecta al derecho aragonés, en los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 6/1999 se establece una cierta equiparación entre el cónyuge y la pareja de hecho, pudiendo otorgar testamento mancomunado, pactos sucesorios y ordenar la sucesión del otro mediante la fiducia. Por su parte, en el derecho navarro, fundamentalmente en la Ley 253 de la Compilación, queda equiparado al cónyuge viudo en el usufructo de fidelidad, lo que, unido a la Ley 304.5 que incorpora a la sucesión intestada al conviviente no excluido del usufructo de fidelidad y a la inexistencia de otros derechos legitimarios del cónyuge viudo, implica su equiparación.

D) Otros derechos

Por lo que respecta a la adopción, ya desde la Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, pueden adoptar conjuntamente las parejas de hecho heterosexuales, mientras que desde la reforma del artículo 44 del CC, y a la luz del artículo 175.4 del CC que permite la adopción conjunta por los cónyuges, ninguna duda presenta que los matrimonios entre personas del mismo sexo pueden adoptar conjuntamente o al hijo de la pareja. A la vista de tal regulación, alguna duda puede quedar de si los miembros de una unión estable de pareja compuesta por personas del mismo sexo pueden adoptar conjuntamente, cuestión no regulada expresamente en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987 y que ya ha sido resuelta en sentido positivo por alguna legislación autonómica (artículo 10 de la Ley aragonesa 6/1999, artículo 8 de la Ley navarra 6/2000, artículo 8 de la Ley vasca 2/2003, artículo 11.1 de la Ley cántabra 1/2005).

En cuanto a la tutela, las posibilidades de autotutela admitidas ahora en el artículo 223 del CC tras la reforma de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, aclaran muchos problemas desde el momento en que se puede prever la designación de la pareja como tutor. No obstante, sería necesaria una reforma del artículo 234.2.º del CC para admitir, no tanto como hace el artículo 7 de la Ley catalana 10/1998 y el artículo 12 de la Ley aragonesa 6/1999, que en caso de incapacitación de uno de los miembros de la pareja estable, el conviviente ocupa el primer lugar en el orden de preferencia de la delación dativa, sino que para ser designado tutor en situación análoga al cónyuge, equiparación en este caso que debería extenderse a todos los supuestos en que el cónyuge, ahora pareja de hecho, tome decisiones de índole personal (instrucciones previas) o sea nombrado representante (por ejemplo, del ausente, artículos 181 y siguientes del CC). En último término, la asunción del criterio del artículo 9

de la Ley navarra 6/2000 y artículo 7 de la Ley balear 18/2001, al establecer que los miembros de la pareja estable se consideran equiparados a la situación de los cónyuges unidos por matrimonio en cuanto a la aplicación de las disposiciones relacionadas con la tutela, curatela, incapacitación, declaración de ausencia y declaración de prodigalidad.

E) Reformas procesales

¿Debe reformarse la LEC para que en los procesos matrimoniales sea de aplicación a las rupturas de las uniones estables de pareja? Actualmente, de acuerdo con los artículos 748.4 y 770.6 de la LEC, están limitados sólo a las cuestiones que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores[44], y la jurisprudencia rechaza no sólo el cauce del artículo 777 de la LEC para aprobar el acuerdo de las partes a través de un convenio regulador, sino también el del artículo 770 de la LEC para dirimir las diferencias entre los convivientes en materia de vivienda y pensiones o compensaciones económicas [*vid*. SAP de Las Palmas, Sección 3.ª, de 28 de abril de 2006 (JUR 2006, 199084)], y los artículos 806 y siguientes de la LEC en cuanto a liquidación de sus intereses económicos sobre un patrimonio común. La regulación del contrato de unión civil entiendo que debería conllevar la reforma de la LEC para regular un único procedimiento.

VIII. LOS EFECTOS DE LAS UNIONES ESTABLES DE PAREJA ALEGALES

Por último una pregunta. ¿Cuál debe ser el régimen jurídico de las uniones de hecho que no reúnan los requisitos exigidos para poder ser calificadas formalmente como uniones estables de pareja reguladas en la Ley? Para la SAP de Barcelona, Sección 11.ª, de 17 de mayo de 2006 (JUR 2006, 260093), no se le pueden atribuir los derechos reconocidos en la Ley, lo cual es correcto. Pero tengamos en cuenta lo siguiente: puede tratarse de una pareja estable, con hijos comunes, pero a la que no se puede aplicar el régimen jurídico específico legalmente previsto por, por ejemplo, estar uno de los miembros todavía unido por vínculo matrimonial con un tercero. ¿Desaparecen sin más las situaciones de enriquecimiento injusto o de conviviente más débil necesitado de protección? ¿Decaen sin más las razones jurídicas de la doctrina jurisprudencial construida hasta el momento? Ha de señalarse que tales cuestiones todavía no han sido planteadas por los Tribunales que, de momento, se limitan a rechazar las pretensiones de compensaciones económicas cuando no se dan los requisitos exigidos por la legislación autonómica aplicable para apreciar la existencia de una unión estable de pareja. Así la citada SAP de Barcelona, Sección 11.ª, de 17 de mayo de 2006 (JUR 2006, 260093), SAP de Barcelona, Sección 12.ª, de 4 de mayo de 2006 (JUR 2006, 261075).

Sin embargo, como se ha mantenido a lo largo de este trabajo, parece imprescindible la regulación de estas situaciones como figura distinta a la unión estable de pareja, siguiendo inicialmente el modelo francés de su reconocimiento legal, sin perjuicio del problema de

44. *Vid*. Pérez Ureña, *Normativa sobre las uniones de hecho. Cuestiones candentes*, Edisofer SL, Madrid, 2002, pp. 182 y siguientes. Sobre la problemática procesal en la ruptura de la convivencia de las uniones estables de pareja, *vid*. Caso Señal, «Efectos de la ruptura de la pareja de hecho en relación a los menores y en relación a la vivienda. Situación procesal de la extinción de las uniones paramatrimoniales. Parejas de hecho y órdenes de protección», en *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*, Manuales de Formación Continua 28, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 263 y siguientes.

decidir si seguir dejándolas a la decisión jurisprudencial de cómo resolver los problemas que plantean, en que a mi juicio seguirá siendo perfectamente aplicable la doctrina actual sobre enriquecimiento injusto, voluntad expresa o tácita de crear un patrimonio común, etc., o ya establecer una regulación mínima, criterio este último que, en mi opinión, es el que debe seguir el legislador estatal.

LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LAS OBLIGACIONES DE ENTREGA DE COSA DETERMINADA EN LOS PROCESOS DE FAMILIA (II)*

JUAN PABLO GONZÁLEZ DEL POZO

Magistrado-Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Familia de Madrid

RESUMEN

En los procesos de familia resulta trascendental para la correcta ejecución del pronunciamiento de atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges que, además de la posesión pacífica del inmueble, se entregue con el mismo el mobiliario y ajuar imprescindible para su habitabilidad. Esta segunda parte del artículo se propone el estudio pormenorizado de la problemática que suscita el cumplimiento de la obligación de entrega del mobiliario y ajuar, y, como consustancial a ella, la originada por la pretensión del cónyuge obligado a salir del domicilio familiar de llevarse consigo determinados bienes y objetos existentes en él por considerarlos de uso personal o profesional o de su pertenencia exclusiva.

ABSTRACT

In the family trials it is significant for the correct execution of the pronouncement of attribution of the use of the family housing to one of the spouses that, besides the peaceful possession of the property, be given with it the furniture and the indispensable linen for their habitability. This second part of the article intends the itemized study of the problem that causes the execution of the obligation of the delivery of the furniture and linen, and, as inherent to it, the one originated by the pretence of the spouse obliged to leave the family home of taking away certain goods and existent objects because they are considered of personal or professional use or of its exclusive ownership.

(*) Este artículo, por su extensión, se publica en dos partes. La 1.ª, publicada en el número 42 de la *Revista de Derecho de Familia*, comprende los epígrafes I y II.1. La 2.ª, que ahora reproducimos, comprende los apartados 2 y 3 del epígrafe II.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. CUESTIONES GENERALES

I.1. La ejecutividad inmediata de los pronunciamientos sobre medidas contenidas en las resoluciones de familia y su incompatibilidad con la ejecución provisional

I.2. Inaplicación de los plazos de espera de la ejecución previstos en los artículos 548 y 704 de la LEC

II. EJECUCIÓN DE OBLIGACIONES DE ENTREGA DE COSA DETERMINADA

II.1. La obligación de entrega o cesación en la posesión de la vivienda cuyo uso ha sido atribuido judicialmente a los hijos y al progenitor con quien conviven, o a uno solo de los cónyuges

A) La entrega de la posesión de la vivienda familiar al cónyuge o progenitor a quien le ha sido atribuido judicialmente su uso.

a) En caso de ocupación de la vivienda por ambos litigantes: lanzamiento del no titular del derecho de uso. b) En caso de ocupación exclusiva por el cónyuge o progenitor no titular: lanzamiento y entrega de la posesión al titular. c) Ocupación de la vivienda familiar por terceros ajenos al proceso: el procedimiento para su lanzamiento.

B) La obligación de abandono de la vivienda familiar tras la extinción del derecho de uso.

a) Supuesto en que la vivienda sea de la titularidad dominical exclusiva del cónyuge no titular del derecho de uso. b) Supuesto en que la vivienda sea de la titularidad dominical exclusiva de un tercero ajeno al proceso: las acciones del tercero y del cónyuge no titular. c) Supuesto en que la vivienda pertenezca a ambos litigantes a título ganancial o en comunidad ordinaria y pro indiviso.

C) El supuesto de traspaso posesorio de la vivienda familiar en los casos de atribución conjunta del derecho de uso por períodos alternativos hasta el cumplimiento de una condición o término. D) Algunos supuestos de conflicto entre distintos títulos posesorios. E) Imposibilidad de lanzar de la vivienda familiar a los hijos mayores de edad comunes de los litigantes, en ejecución de sentencia, a instancia del progenitor con quien conviven. F) Imposibilidad de imponer a un progenitor, en ejecución de sentencia, la admisión en la vivienda familiar de los hijos comunes de los litigantes, si son mayores de edad e independientes económicamente.

II.2. La obligación de entrega del mobiliario y ajuar existentes en la vivienda familiar y la retirada de los bienes y objetos de uso personal, y los de su exclusiva pertenencia, por el cónyuge o progenitor que la abandona

A) La obligación de entrega del mobiliario y ajuar existentes en la vivienda familiar al titular del derecho de uso.

a) El concepto de mobiliario y ajuar doméstico cuyo derecho de uso es atribuible en los procesos matrimoniales. notas definitorias y extensión. b) La atribución del uso del mobiliario y ajuar ha de entenderse implícita en la del uso de la vivienda familiar. c) La conceptuación del mobiliario y ajuar como conjunto de cosas ciertas y determinadas o como conjunto de cosas genéricas e indeterminadas: su relevancia procesal. d) La determinación de los bienes y objetos que constituyen el mobiliario y ajuar familiar: cauce procesal a seguir para dirimir las controversias y criterios a aplicar para resolverlas. e) La ejecución forzosa de la obligación en los supuestos de retirada, total o parcial, del mobiliario y ajuar de la vivienda familiar por parte del cónyuge no titular del derecho de uso de la vivienda, cuando éste se niega a su restitución. f) La obligación de reparar los daños o desperfectos causados en la vivienda por el cónyuge o progenitor que la abandona. g) El *dies a quo* para el cómputo del plazo de atribución temporal del derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de entrega de la misma sin mobiliario y ajuar. h) El momento procesal oportuno para la práctica de la diligencia de formación de inventario de los bienes y objetos que componen el mobiliario y ajuar de la vivienda familiar.

B) La obligación de entrega de las ropas y objetos de uso personal, y de los bienes de su exclusiva pertenencia, al cónyuge o progenitor que abandona la vivienda.

a) Bienes y objetos que puede retirar de la vivienda familiar el cónyuge o progenitor que la abandona. b) Cauce procesal para dirimir las controversias sobre los bienes y objetos que pueden ser retirados de la vivienda y criterios a seguir para resolver las divergencias. c) El momento procesal oportuno para la retirada.

II.3. La retirada de mobiliario y ajuar y de objetos personales en casos especiales

A) Restitución posesoria de bienes u objetos personales de un cónyuge que estén en poder de terceros. B) Retirada de la vivienda familiar de mobiliario y ajuar u objetos de uso personal pertenecientes a los hijos o a terceros.

II.2. La obligación de entrega del mobiliario y ajuar existentes en la vivienda familiar y la retirada de los bienes y objetos de uso personal, y los de su exclusiva pertenencia, por el cónyuge o progenitor que la abandona

Tanto la entrega del mobiliario y ajuar existentes en la vivienda familiar al cónyuge o progenitor a quien ha sido atribuido el derecho de uso exclusivo de la misma como la entrega al que debe abandonarla (y subsiguiente retirada por éste) de sus bienes y objetos de uso personal, y de los enseres de su exclusiva pertenencia, son obligaciones a las que, de ordinario, se da cumplimiento en el momento de materializarse la toma de posesión de la vivienda familiar por el cónyuge al que ha sido atribuido judicialmente su uso, en los términos ya vistos anteriormente [epígrafe II.1.1, apartados A) y B), parte I de este artículo].

Pero, tanto en los supuestos de cumplimiento voluntario de tales obligaciones, como en las hipótesis de ejecución forzosa de éstas, la atribución del uso del mobiliario y ajuar existente en la vivienda familiar suscita diversos problemas, independientes de los originados por el derecho de uso de la vivienda familiar, de no fácil solución, entre los que podemos enumerar los siguientes:

1.º En primer lugar, los derivados de la inexistencia de un concepto legal preciso de ajuar doméstico.

2.º En segundo lugar, los nacidos de la habitual indeterminación de los concretos bienes y objetos que componen dicho mobiliario y ajuar.

3.º En tercer lugar, y en íntima relación con la problemática suscitada por esa indeterminación, nos encontramos con grandes dificultades para la ejecución forzosa de esta obligación en los supuestos de apropiación, total o parcial, de bienes y objetos pertenecientes al mobiliario y ajuar de la vivienda familiar por parte del cónyuge no titular del derecho de uso que se lleva consigo aquéllos al abandonarla y, tras ser requerido para ello, no accede a su restitución, sin olvidar que también precisan solución las situaciones de hecho en que el cónyuge no titular del uso de la vivienda familiar causa deliberadamente destrozos o desperfectos en sus instalaciones o pertenencias que la hacen inservible para ser utilizada como casa-habitación.

4.º En los casos de atribución temporal del derecho de uso de la vivienda familiar, se suscitan dudas acerca de si, en caso de entrega de la vivienda sin todos o parte de los muebles y objetos que integran el mobiliario y ajuar, o de graves daños en sus instalaciones o pertenencias, debe comenzar o no a correr el plazo de duración del uso para el cónyuge que tiene derecho a su uso exclusivo en el período correspondiente.

5.º En quinto lugar, suscita también dudas la cuestión relativa a si existe un momento procesal preclusivo, según las circunstancias concurrentes en cada caso, para la práctica, en trámites de ejecución forzosa, de la diligencia de inventario de los bienes y objetos que componen el mobiliario y ajuar de la vivienda familiar y, en su caso, de los que retira el cónyuge que sale de la referida vivienda, siendo discutible asimismo si tal momento preclusivo varía en función del cónyuge que pida la realización de dicha diligencia.

6.º Finalmente, ha de hacerse alusión al hecho de que la retirada, por parte del progenitor que abandona la vivienda familiar, de los bienes y objetos de uso personal y de su exclusiva pertenencia, plantea una rica problemática, similar a la expuesta en relación al mobiliario y ajuar, en cuanto puede ocasionar disputas tanto la determinación de los bienes y objetos que se consideran de uso personal y pueden ser retirados por el cónyuge que abandona la vivienda familiar como la realización de inventario de tales bienes y objetos, o el momento procesal oportuno para solicitar la retirada.

Al examen de estas cuestiones, y otras colaterales relacionadas con ellas, se dedican los epígrafes siguientes.

A) La obligación de entrega del mobiliario y ajuar existentes en la vivienda familiar al titular del derecho de uso

a) El concepto de mobiliario y ajuar doméstico cuyo derecho de uso es atribuible en los procesos matrimoniales: notas definitorias y extensión

El Código Civil no contiene, en sede de la regulación de los efectos y medidas comunes a las crisis matrimoniales de separación, divorcio o nulidad, una definición precisa de lo que

debe entenderse por ajuar familiar o doméstico. El artículo 96, párrafo 1.º, del CC regula la atribución del uso del ajuar doméstico estableciendo que «en efecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponden a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden».

Según este precepto el ajuar doméstico lo integran los objetos que son de uso ordinario en la vivienda familiar («... de uso ordinario en ella»[1]), recalcando así la exigencia de que se trate de bienes u objetos que se utilicen de modo ordinario y habitual en el interior de la vivienda familiar, lo cual excluye como elementos del ajuar doméstico los objetos o enseres existentes en el interior de la vivienda que no sean de uso ordinario en ella por los miembros de la familia. Así pues, en la medida en que para usar ordinariamente en la vivienda familiar un bien u objeto éste debe encontrarse en su interior, la locución «objetos de uso ordinario en ella», empleada en el artículo 96 del CC, puede entenderse referida a los objetos de uso ordinario existentes en la vivienda, pero con la precisión de que ni todos los objetos y enseres existentes en la vivienda tienen que ser usados ordinariamente por los miembros de la familia, ni todos los objetos que son usados ordinariamente en la vivienda tienen que encontrarse necesariamente en ella. Y es que resulta perfectamente posible hallar objetos y enseres que no se encuentran depositados en el interior de la vivienda familiar pero que son de uso ordinario en ella (por ejemplo, una máquina limpiadora de vapor a presión o una máquina fregadora de suelos que la familia guarda, cuando no las utiliza, en el domicilio de los suegros, colindante con la vivienda familiar, por falta de espacio en ésta,), al igual que es dable la existencia de objetos y enseres ubicados en la vivienda familiar que no constituyen ajuar doméstico por no ser de uso habitual y ordinario de los miembros de la familia (por ejemplo, el juego de microscopios de alta precisión comprados por los padres a sus hijos en previsión de que estudiarían Biología o Medicina y que éstos tienen guardado en un armario de su habitación, sin darles uso alguno, por ser estudiantes de Derecho, no forma parte en sentido técnico del ajuar doméstico de la vivienda cuyo uso se atribuye a la madre y a tales hijos en el proceso de divorcio de sus padres).

La locución «de uso ordinario en ella», empleada por el artículo 96, cobra, bajo esta interpretación, una especial relevancia, ya que viene a resaltar las notas de utilidad y necesidad que caracterizan los elementos que componen el ajuar doméstico que debe permanecer en la vivienda familiar: deben quedar en ella los objetos y enseres utilizados ordinariamente en la vivienda y que, por tanto, se han revelado como útiles o necesarios para el desarrollo normal de la vida familiar de sus miembros.

El artículo 103, regla 2.ª, del CC, da por supuesto el concepto de ajuar doméstico y añade un importante matiz a la regulación del artículo 96, párrafo 1.º, al disponer que el juez establecerá, a falta de acuerdo de los cónyuges, los bienes y objetos del ajuar que continúan en la vivienda familiar y los que se ha de llevar el otro cónyuge, admitiendo así, de forma expresa, que el cónyuge que abandona la vivienda familiar puede llevar consigo una parte de los bienes que constituyen el ajuar[2], pero sin precisar los concretos bienes y objetos que

1. La doctrina, de forma unánime, ha criticado la incorrecta redacción del inciso «objetos de uso ordinario en ella» indicando que el mismo reclama a voces un verbo en forma de participio entre el adjetivo ordinario y la preposición «en», de modo que diga «... uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario existentes en ella», o la oración subordinada equivalente: «... uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario que se encuentren en ella».

2. La eventual división del ajuar doméstico, formando un lote con los bienes que permanecen en la vivienda familiar, y otro con los que puede llevar consigo el cónyuge o progenitor que debe abandonarla, está especialmente indicada en el supuesto

pueden ser retirados ni señalar criterio alguno para determinarlos. Según el artículo 96, los objetos que sean de uso ordinario en la vivienda familiar deben permanecer en ella. Sin embargo, al referirse el uso ordinario de tales objetos a todos los miembros de la unidad familiar y romperse y escindirse ésta como consecuencia de la crisis familiar ¿a qué miembros de la misma hemos de referir el uso ordinario de los bienes? ¿Nos referimos a los objetos usados ordinariamente por todos los miembros de la familia? ¿O sólo a los usados habitualmente por los miembros de la familia que permanecen en la vivienda familiar tras la ruptura conyugal? La lógica nos dice que sólo a los miembros de la familia que permanecen en la vivienda familiar, de modo que aquellos bienes u objetos del ajuar doméstico que fueren de uso ordinario del cónyuge (y en su caso hijos) que abandonan la vivienda familiar pueden ser retirados de ella.

El Auto de la AP de Barcelona, Sec. 18.ª, de 7 de marzo de 2005, resolución 47/2005, recurso 384/2004, ponente: Sra. Noblejas Negrillo, M.B., pone de manifiesto esta vinculación de la atribución del uso de los bienes del ajuar con la utilización ordinaria de que son objeto al definir el ajuar familiar a que se refieren los artículos 96 del CC y 83 del Código de Familia de Cataluña como

> «el conjunto de bienes, muebles, objetos, electrodomésticos, vestuario, utensilios y demás enseres existentes en la vivienda familiar. Cuando se trata de objetos de «uso ordinario», dichos preceptos establecen que deberán atribuirse al cónyuge e hijos a quienes se concede el uso de la vivienda, siendo a estos efectos indiferente quien sea el propietario de los mismos, pudiéndose definir tales bienes como aquellos utilizados habitualmente por el cónyuge e hijos que permanecen en la vivienda y que sean necesarios para el normal desarrollo de la vida familiar».

Así pues, una interpretación conjunta, con criterio finalista, de ambos preceptos, permite sostener, partiendo de los principios de conservación del hogar familiar y de protección de la familia y los hijos que presiden la atribución del uso, que **el criterio básico para determinar la pertenencia de un bien u objeto al ajuar doméstico es su destino pretérito a cubrir las necesidades ordinarias de la vida doméstica de los miembros de la familia que permanecen en la vivienda.** En una primera aproximación cabría definir el ajuar doméstico, a efectos de la atribución del derecho de uso de los artículos 96 y 103 del CC, como el conjunto de bienes y objetos existentes en el vivienda familiar que son usados ordinariamente por los miembros de la familia que permanecen en la vivienda. El Auto de la AP de Málaga, Sec. 6.ª, de 12 de septiembre de 2007, resolución 232/2007, recurso 453/2007, ponente: Sr. Díez Nuñez, J.J., SP/AUTRJ/133082, destaca esa adscripción de los bienes u objetos al ajuar doméstico en función de su destino al considerar que debe entenderse por ajuar familiar

> «toda la serie de elementos mobiliarios de uso cotidiano que quedan integrados en el interior de la vivienda y que satisfacen las diversas y múltiples necesidades de sus usuarios, incluyéndose en la misma los de pura ornamentación, recreo, lucrativos, higiénicos, de seguridad personal, etc.»

de guarda y custodia repartida contemplado por el artículo 96, párrafo 2.º, en que uno o varios hijos quedan en compañía de un progenitor y los restantes en la del otro. La necesidad de repartir el ajuar doméstico, atribuyendo, por ejemplo, a cada uno de los hijos que van a vivir en distintos domicilios, el mobiliario y objetos de su propia habitación (cama y ropa de la misma, mesa de estudio y demás mobiliario) resulta palmaria.

Esta nota de la adscripción del mobiliario y ajuar, por su destino, a cubrir o satisfacer las necesidades cotidianas ordinarias de los hijos y del cónyuge con quien los mismos permanecen **en el interior de la vivienda familiar**, por razones de habitabilidad, comodidad, ocio y esparcimiento, **permite establecer dos importantes conclusiones:**

1.ª *No forman parte del mobiliario y ajuar familiar aquellos bienes y enseres que*, aun encontrándose en la vivienda familiar, *no son usados ordinariamente para satisfacer las necesidades ordinarias de los miembros de la familia a quienes se atribuye el uso de la vivienda familiar.*

Ello hace factible que las partes puedan convenir válidamente, sin conculcar la atribución de uso del ajuar hecha judicialmente *ex* artículo 96 del CC, el reparto de los bienes y enseres que se hallen en el domicilio familiar y no sean necesarios ni útiles para el desenvolvimiento ordinario de la vida cotidiana de los hijos en el hogar familiar.

Ello no significa, en modo alguno, que, no existiendo hijos comunes, las partes puedan pedir en los procesos matrimoniales contenciosos que el juez proceda al reparto del mobiliario y ajuar entre los cónyuges, ya que, como señala la Sentencia de la AP de Sevilla, Sec. 5.ª, de 12 de mayo de 2004, recurso 715/2004, ponente: Sr. Sanz Talayero, F., SP/SENT/59560, la adjudicación definitiva del ajuar doméstico debe hacerse al liquidar la sociedad de gananciales, no siendo factible que, al amparo de lo establecido en el artículo 103.2.º ó 96 del CC, se hagan en el auto o sentencia otros pronunciamientos que el de fijar los bienes del ajuar que continúan en el domicilio familiar y los que puede llevar consigo el cónyuge que sale de él.

2.ª *No existe inconveniente legal alguno para que, si se produce un cambio de domicilio*, no prohibido judicialmente, *de los hijos y del progenitor custodio, éste pueda trasladar a la nueva vivienda los bienes y objetos integrantes del mobiliario y ajuar* existentes en el inmueble que constituyó la vivienda familiar cuyo uso se le atribuyó.

Así lo establece el Auto de la AP de Huelva, Sec. 1.ª, de 16 de septiembre de 2005, resolución 71/2005, recurso 222/2005, ponente: Sr. Sánchez Ugena, J., Roj AAP H 622/2005, que deniega el despacho de ejecución instado por el marido para requerir a la esposa la devolución del mobiliario y ajuar de la vivienda familiar, cuyo uso se había atribuido al marido, al haberse marchado la esposa, a quien inicialmente se había conferido el uso de la vivienda, junto con los hijos menores comunes, a vivir a otra localidad:

> «... teniendo la esposa bajo su guarda y custodia a los hijos del matrimonio, menores de edad, el cambio de domicilio no le impide trasladar a la nueva vivienda el ajuar doméstico existente, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que pudieran derivarse de su supuesta ganancialidad».

Por su parte, la SAP de Toledo, Sec. 1.ª, de 12 de abril de 2005, resolución 80/2005, recurso 283/2005, ponente: Sra. Ocariz Azaustre, G.A., SP/SENT/69828, rechaza toda relación de vinculación o interdependencia entre el uso de la vivienda familiar y el uso del ajuar doméstico, ya que, legalmente, ni el uso de este último está condicionado a la permanencia en la vivienda familiar, ni existe obligación de dejar de usar el ajuar doméstico al abandonar la vivienda familiar para trasladarse a otra, siendo posible continuar el uso del ajuar fuera de la vivienda familiar cuyo uso ha sido objeto de atribución judicial. Dice esta sentencia:

> «La obligación de dejar de usar el ajuar doméstico al desocupar la vivienda, ajuar que ha de entenderse en su concepto legal ya citado, no tiene además apoyo en el artículo 96 del CC porque éste determina la atribución del uso de dicho ajuar al cónyuge que ostente la custodia de los hijos, en este caso la esposa apelante, sin que norma o regla alguna en dicho precepto o en otro impida que se escinda el ajuar doméstico y la vivienda que constituía el domicilio familiar cuando así convenga (en este sentido, Sentencia AP de Toledo de 3 de julio de 2003), por el contrario, el espíritu del precepto citado es que la atribución del uso de dicho ajuar responde a la condición y finalidad de que disfruten del mismo los hijos comunes, y con ello el cónyuge con quien convivan, no haciéndolo depender del dato del lugar en que residan.»

Pero la noción de mobiliario y ajuar doméstico que puede conformarse a partir de los artículos 96 y 103 del CC resulta insuficiente y debe completarse con otros preceptos del CC referidos al ajuar familiar, como los artículos 1320 y 1321, que son normas pertenecientes al llamado régimen económico-matrimonial primario, y los artículos 1346.7.º y 8.º y 1406.1.º del CC, incluidos dentro de las normas reguladoras del régimen de sociedad de gananciales, todos los cuales, si bien no resultan directamente aplicables, permiten, mediante un proceso de analogía *iuris*, inducir principios o reglas analógicamente aplicables.

El artículo 1320, al igual que el último párrafo del artículo 96, ponen de relieve que los bienes y objetos de uso ordinario de la familia constituyen el ajuar doméstico con independencia de que la titularidad dominical sobre ellos pertenezca a uno solo de los cónyuges, disociando claramente el derecho de uso y el de propiedad de tales bienes y estableciendo limitaciones a la facultad de disposición del titular. Esta norma viene a explicitar la regla, implícita en los párrafos 1.º y 3.º del artículo 96, de que **la pertenencia de los bienes y enseres al ajuar doméstico se determina por su destino, siendo irrelevante para tal adscripción que la titularidad dominical sobre ellos corresponda a uno o a ambos cónyuges.**

El artículo 1321 del CC[3], al regular el conocido como derecho de supervivencia del cónyuge viudo, ayuda a delimitar positiva y negativamente el concepto de ajuar doméstico y a fijar su extensión. El párrafo primero del precepto permite concluir que constituyen el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos «las ropas, el mobiliario y enseres» de uso ordinario de la familia. Esta noción del ajuar doméstico viene a coincidir con la definición contenida en el Diccionario de la RAE (22.ª ed.), que ofrece como primera acepción del sustantivo ajuar la de «conjunto de muebles, enseres y ropas de uso común de la casa». Obsérvese que el artículo 1321, en su párrafo 1.º, al referirse a las ropas, no habla de las ropas de uso personal del cónyuge supérstite, y que carece de sentido entender que el precepto se refiera a ellas, al tener ya las mismas la condición de privativas por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1346.7.º del CC, por lo que, una interpretación sistemática de ambos preceptos, nos permite concluir que, como señala De los Mozos[4], las ropas a que se refiere el artículo 1321 no son las de uso personal de ninguno de los cónyuges, sino «las ropas que visten la casa (sábanas, cortinas, etc.) y que, en una palabra, forman parte del ajuar doméstico». Entre esas «ropas que visten la casa», habrá de incluirse la ropa de cama (sábanas, mantas, edredones,

3. El artículo 1321 del CC dispone: «Fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber.

No se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor.»

4. De los Mozos, José Luis, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra colectiva dirigida por Manuel Albaladejo, Edersa, Madrid, 1982, 2.ª ed., tomo XVIII, vol. 1.º, artículos 1315 a 1343 del Código Civil, p. 139.

almohadas, fundas, protectores, etc.), las ropas de baño (toallas, albornoces,...) y la ropa del resto de la casa (cortinajes, visillos, cojines, etc.).

Podemos decir, de este modo, relacionando lo dispuesto en el artículo 1321 con lo establecido en los artículos 96 y 103.2.ª, todos del CC, que, a efectos de la atribución de su uso en los procesos matrimoniales, por ajuar doméstico ha de entenderse el conjunto de muebles, enseres y ropas existentes en el hogar familiar[5] que son usados ordinariamente por los miembros de la familia que permanecen en la vivienda. A partir de esta concepción **no deben formar parte del ajuar doméstico que debe permanecer en vivienda familiar para uso de los miembros de la familia que quedan en ella, aquellos muebles, ropas y enseres que no sean de uso común por estos últimos y sean de uso exclusivo del cónyuge o progenitor que la abandona.**

Para completar, negativamente, la noción de ajuar doméstico atribuible en uso a uno de los cónyuges en los procesos matrimoniales, hemos de acudir a lo dispuesto en el artículo 1346 del CC en sus apartados 7.º y 8.º, según los cuales, en el régimen de sociedad de gananciales **son privativos de cada uno de los cónyuges «las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor» y «los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común».**

Finalmente, conforme al párrafo 2.º del artículo 1321 del CC, no se entienden comprendidos en el ajuar, a efectos del derecho de supervivencia del cónyuge viudo, las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor.

Tanto el artículo 1346.7.º como el 1321, párrafo 2.º, del CC plantean el problema de determinar qué objetos de uso personal de un cónyuge son de extraordinario valor y, por no considerarse privativos del cónyuge usuario, deben entenderse comprendidos dentro del ajuar, e, igualmente, qué objetos históricos, artísticos u otros son de extraordinario valor, porque, de serlo, se excluyen del ajuar familiar. Para determinar qué ropas u objetos de uso personal son de extraordinario valor, ha de acudirse, como señala De los Mozos[6], a criterios relativos y no absolutos, atendiendo al «uso del lugar» y a las «circunstancias de la familia», esto es, estableciendo la proporcionalidad entre el valor del bien en cuestión y el nivel o posición económica de la familia.

Como dice el Auto de la AP de A Coruña, Sec. 4.ª, de 23 de mayo de 2006, resolución 81/2006, ponente: Sr. Busto Lago, J.M., para ponderar el valor extraordinario

> «habrá de calificarse atendiendo a la situación económica de la familia ... atendiendo al nivel de vida y "*status* social" del matrimonio...».

Como resumen y colofón de todo lo anteriormente dicho, y a modo de simple aproximación a la noción de mobiliario y ajuar familiar, puede decirse, en un intento de construir una categoría conceptual jurídicamente útil, que el mobiliario y ajuar familiar cuyo uso

5. Con la precisión antes indicada.

6. De los Mozos, José Luis, *op. cit.*, p. 140.

es atribuible en los procesos matrimoniales constituye, dentro del régimen económico de cualquier matrimonio, una suerte de patrimonio separado, adscrito a un determinado fin, cuyo uso y disposición está sometido a un específico régimen jurídico, en el que la determinación de los concretos bienes que lo integran se hace, con independencia de su titularidad dominical, por su anterior destino al uso habitual y ordinario de los miembros de la unidad familiar que permanecen en la vivienda en que tales bienes se encuentran depositados.

Partiendo de esta noción, la atribución del uso de la vivienda familiar, en el proceso matrimonial, a uno u otro cónyuge y a unos u otros hijos comunes, es la que nos permitirá determinar qué concretos bienes deben permanecer en la vivienda familiar, como mobiliario y ajuar, por haber sido de uso ordinario de los miembros de la familia, a que se atribuye el uso de la vivienda, durante el último período de normal convivencia matrimonial.

En cierto modo, el mobiliario y ajuar cuyo uso se atribuye junto con el de la vivienda en que se encuentran, es un concepto residual: lo formarán todos aquellos bienes y enseres existentes en el domicilio familiar al tiempo de producirse la ruptura matrimonial que no puedan ser retirados de ella por el cónyuge o progenitor que la abandona; es decir, todos los existentes en dicha vivienda a excepción de los bienes u objetos que puede llevar consigo el cónyuge que debe abandonarla, bien por ser de uso personal o profesional de dicho cónyuge, bien por tratarse de bienes de la propiedad exclusiva del cónyuge que sale de la vivienda y que no eran usados ordinariamente por los miembros de la familia que permanecen en la vivienda.

En cuanto a las joyas[7] u objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor, ya hemos dicho que no forman parte del mobiliario y ajuar, por lo que se entregarán al cónyuge al que pertenezcan y, si existiere discrepancia sobre su titularidad dominical, quedarán en la vivienda familiar hasta tanto se resuelva en el proceso correspondiente, a cuál de ellos pertenecen.

La concreta precisión de los bienes u objetos que, pese a encontrarse en el vivienda familiar, no forman parte del mobiliario y ajuar de los hijos y del progenitor a quienes se atribuye el uso de la vivienda y de dicho mobiliario y ajuar, debe hacerse, por tanto, negativamente, determinando qué bienes pueden extraerse del citado inmueble.

A título meramente ejemplificativo, que no exhaustivo, puede decirse que forman parte del mobiliario y ajuar cuyo uso se atribuye judicialmente, los muebles imprescindibles para el adecuado uso, conforme a su destino, de cada una de las estancias del domicilio conyugal: muebles del salón, mobiliario de cocina, muebles de los dormitorios de los miembros de la unidad familiar que quedan en la vivienda familiar, electrodomés-

7. En cuanto a las joyas o alhajas, entendiendo por tales, con el *DRAE*, edic. 22.ª, todo «adorno de oro, plata o platino, con perlas o piedras preciosas o sin ellas, usado especialmente por las mujeres», obsérvese que el hecho de que no formen parte del ajuar, conforme a las prescripciones del artículo 1321, párrafo 2.º del CC, no significa, necesariamente, que sean privativas del cónyuge que las utiliza personalmente, puesto que puede tratarse de objetos de uso personal de extraordinario valor, en expresión del artículo 1346.7.º del CC. Para determinar si una concreta joya, comprada constante matrimonio con dinero ganancial, es o no de extraordinario valor, habrá que atender, como se ha dicho, al uso del lugar y a las circunstancias de la familia, esto es, a la posición económica de ésta, que es la que nos permitirá calificar su valor como extraordinario por la desproporción existente entre su coste y la situación económica familiar en dicho momento. Dicho de otro modo, el valor de la joya será extraordinario cuando su coste exceda notoriamente del gasto destinado habitualmente por la familia a esas atenciones personales.

ticos destinados al ocio y entretenimiento (TV, vídeo, DVD, reproductores y grabadores musicales, consolas, ordenador de uso familiar, etc.) y electrodomésticos necesarios para realización de tareas de limpieza e higiene (lavadora, lavavajillas, máquina limpiadora de vapor, aspiradora), conservación o refrigeración de bebidas o alimentos (frigoríficos, congeladores, neveras portátiles) o realización de tareas domésticas (máquina de planchar, fregadora, freidora, cortadora, robot de cocina, calentadores, etc.). Y, por supuesto, las ropas y objetos de uso personal y exclusivo de los miembros de la unidad familiar que permanecen en ella.

Se han planteado dudas acerca de si puede considerarse incluido en el concepto de ajuar el vehículo usado ordinariamente por la familia. Algún autor, como García Cantero[8], considera que puede incluirse en el concepto de ajuar que continúa en la vivienda familiar uno de los vehículos al servicio de la familia, si bien matiza que, «no habiendo más que uno y precisándolo el marido para su desplazamiento laboral, no es procedente que se le atribuya a la mujer atributaria del uso de la vivienda». La SAP de Barcelona, Sec. 18.ª, de 17 de marzo de 2005, ponente: Sr. Anglada Fors, E., citando otras anteriores de la misma Sala, como la de 5 de julio de 2002, estima, en cambio, que un vehículo a motor no puede considerarse parte integrante del ajuar familiar y de ahí que no pueda hacerse asignación alguna de aquél dentro del proceso matrimonial al cónyuge al que se atribuye el uso de la vivienda familiar.

Parece más acertada la posición de la Sec. 18.ª de la AP de Barcelona, seguida mayoritariamente por la doctrina y la jurisprudencia menor, por dos motivos.

En primer lugar, porque la propia dicción literal del artículo 96 del CC alude a los «objetos de uso ordinario en ella», es decir, a los que se utilizan habitualmente en el interior de la vivienda, lo que ya de por sí impide que forme parte del ajuar cualquier vehículo automóvil destinado a circular por las vías públicas. Entender, con una interpretación extensiva, que el vehículo familiar, en cuanto puede estar aparcado en la plaza de garaje anexa a la vivienda familiar, está ubicado en la vivienda familiar y por tanto está comprendido en el ajuar familiar, aunque se utilice fuera de la vivienda, es hacer una interpretación contraria a la esencia de la noción de ajuar familiar, tanto en su sentido propio, que sólo admite los muebles, enseres y ropas de uso común en la casa, como en un sentido finalista que sólo permite incluir los utilizados habitualmente para cubrir las necesidades habitacionales de los miembros de la familia; bienestar, descanso, estudio, ocio, privacidad, etc.

En segundo lugar, un interpretación tan forzada del concepto de ajuar familiar resulta innecesaria ya que, al amparo de lo establecido en el artículo 103.4.ª en relación con el artículo 91 del CC[9], un creciente número de juzgados de familia venimos admitiendo, en los procesos matrimoniales, la posibilidad de hacer atribución del uso del vehículo ganancial o común a uno de los cónyuges atendiendo al interés familiar más necesitado de protección que represente la asignación del uso a uno de ellos.

8. García Cantero, Gabriel, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra colectiva dirigida por Manuel Albaladejo, Edersa, Madrid, 1982, tomo II (artículos 42 a 107 del Código Civil), p. 464.

9. Estos preceptos, según coincide la mejor doctrina, permiten acordar en el auto de medidas provisionales y en la propia sentencia matrimonial, como una medida más, la entrega de los bienes gananciales o comunes a uno de los cónyuges en administración o, en el caso de algunos bienes concretos, como los vehículos comunes o la segunda residencia, en uso.

b) La atribución del uso del mobiliario y ajuar ha de entenderse implícita en la del uso de la vivienda familiar

En los casos en que la sentencia o auto que hace atribución del uso de la vivienda familiar nada disponga sobre la atribución del uso del mobiliario y ajuar en ella existente ¿Puede entenderse, a efectos del despacho de ejecución forzosa, que la atribución del uso del inmueble lleva implícita la del mobiliario y ajuar que se encuentren en él? ¿O debe denegarse el despacho de ejecución en que se solicite la puesta en posesión del mobiliario y ajuar por exceder tales actos de ejecución del contenido del título ejecutivo judicial al no incluir éste pronunciamiento alguno de condena a su entrega, de conformidad con lo establecido en el artículo 551.1 de la LEC?

El Auto de la AP de Barcelona, Sec. 18.ª, de 11 de marzo de 2002, recurso núm. 772/2001, ponente: Sr. Valdivieso Polaino, J.L., Id. Cendoj: 08019370122002200137, se inclina por la primera de las opciones hermenéuticas señaladas y estima que el pronunciamiento de atribución del uso del ajuar ha de considerarse contenido en la sentencia de divorcio que atribuyó el uso de la vivienda:

> FJ 2: «... Puede admitirse que la sentencia de divorcio, al conceder al Sr. S. el uso de la vivienda familiar, le concedió también el de los bienes muebles de uso ordinario en ella. Primero porque así se dice en los fundamentos de derecho de dicha sentencia, que han de servir para completar e interpretar el fallo. Segundo porque al mobiliario y ajuar se refieren también el artículo 83 del Código de Familia y el 96 del Código Civil, con lo que la atribución de su uso debe entenderse hecha a aquel a quien se atribuye el uso de la vivienda».

En el mismo sentido, pero en forma más explícita y precisa, para un caso en que no se había hecho atribución expresa del uso del mobiliario y ajuar, y, además, se había liquidado la sociedad de gananciales a que pertenecía el ajuar, el Auto de la AP de Guipúzcoa, Sec. 3.ª, de 27 de junio de 2005, resolución 82/2005, recurso 3257/2005, ponente: Sra. Argal Lara, B., Roj AAA SS 569/2005, consideró que la sentencia dictada en un proceso de modificación de medidas del divorcio que atribuye el uso de la vivienda familiar a la madre y al hijo menor, sin incluir la atribución del uso del ajuar familiar, autorizando al demandado a retirar de la misma sus efectos personales, es título bastante para despachar ejecución requiriendo a éste para que reintegre al domicilio familiar determinados objetos que el ejecutado retiró del inmueble, al desalojarlo, por estimar que eran personales y de su propiedad exclusiva (lámparas, frigorífico, calentador, enchufes, los muebles y la lavadora). El Auto sienta la doctrina de que la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar incluye, por extensión, la del uso del ajuar:

> «... la atribución del uso de la vivienda familiar del artículo 96 conlleva, por declaración legal, el derecho de uso ordinario de los objetos en ella, como son los muebles, salvo que se acredite que pertenecen a un tercero, derecho que corresponde al cónyuge en cuya compañía queden los hijos, aunque pertenezcan (el mobiliario y ajuar) privativamente al otro cónyuge.
>
> En conclusión, el Tribunal estima que el demandado se ha extralimitado en cuanto a la retirada de los objetos del que fuera domicilio familiar, cuyo uso, y por extensión el del ajuar, ha sido adjudicado a la ex esposa, debiendo proceder a reponer los mismos, a excepción de los enseres personales.»

En la misma línea del auto que antecede, pero bajo un prisma diferente, el Auto de la AP de Álava, Sec. 1.ª, de 11 de octubre de 2006, resolución 50/2006, recurso 243/2006, ponente: Sr. Tapia Parreño, J.J., Roj AAP VI 275/2006, considera que la sentencia que concede el uso y disfrute de la vivienda familiar a la hija menor y a su madre ha de entenderse complementada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 del CC, con la atribución del uso del ajuar familiar. Dice este auto:

> «De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 96 del CC, también se había de entender incluido en esa medida o decisión judicial (la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar) la concesión de la utilización o disfrute de los objetos de uso ordinario en la vivienda familiar, aunque no se dispusiera sobre éstos en la resolución judicial, puesto que aquella norma constituye derecho necesario o imperativo, pues trata de tutelar los derechos del menor, y en defecto de acuerdo de los cónyuges, tal uso se ha de conceder al hijo menor y al cónyuge en cuya compañía queden.»

En general, en estos supuestos de falta de pronunciamiento expreso de la resolución judicial sobre la atribución del uso del mobiliario y ajuar existente en la vivienda familiar habrá que estar, en primer lugar, a lo que resulte del propio título ejecutivo: auto, sentencia o convenio regulador judicialmente aprobado. Si de ellos se desprende, lógicamente, la existencia de tal mobiliario y ajuar y nada se dice en contra de su utilización por el cónyuge o progenitor titular del uso del inmueble destinado a vivienda familiar, habrá de entenderse atribuido a éste último el uso del ajuar en virtud de lo dispuesto en los artículos 96, párrafo 1.º, y 103.2.ª del CC, especialmente cuando existan hijos menores de edad pues en tales casos la atribución del uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario existentes en ella debe hacerse por el juez preceptivamente, incluso de oficio, aunque no hubiere petición de parte sobre el particular.

No cabrá en cambio despachar ejecución, sin incurrir en nulidad radical (artículo 551.1 en relación con 559.1.3.º de la LEC), cuando del título ejecutivo se deduzca que el mobiliario y ajuar han sido repartidos entre las partes, no existe o ha sido enajenado, porque el despacho excedería naturalmente del contenido y naturaleza del título, ni tampoco, por iguales motivos, cuando se desprenda del mismo que el ajuar pertenece al cónyuge no titular, en los casos de inexistencia de hijos (artículo 96, párrafo 3.º, del CC), ya que en tales supuestos la atribución del uso de tales bienes no es preceptiva.

c) La conceptuación del mobiliario y ajuar como conjunto de cosas ciertas y determinadas o como conjunto de cosas genéricas o indeterminadas: su relevancia procesal

Resulta estadísticamente excepcional en la práctica que en el seno de los procesos declarativos de familia[10] sea objeto de discusión y pronunciamiento la composición del mobiliario y ajuar que pueda existir en la vivienda familiar[11]. Y muy pocas veces, por no decir

10. Ya se trate de procesos de separación, divorcio o nulidad, de fijación de medidas de guarda y alimentos o de modificación de los pronunciamientos recaídos en cualquiera de los procesos anteriores.

11. La introducción de tal pretensión en el proceso de familia suele hacerse acompañando al escrito de demanda o de contestación, o al escrito o solicitud de medidas provisionales, un inventario o relación de los bienes que, según la parte solicitante, están depositados en el domicilio familiar y constituyen el mobiliario y ajuar doméstico, y pidiendo expresamente que se atribuya su uso junto con el de la vivienda. En caso de presentarse por la otra parte un contrainventario o relación de bienes distinta o discrepante de los bienes y enseres que se encuentran en el domicilio, la resolución judicial, de ordinario, se limitará a establecer que forman parte del mobiliario y ajuar aquellos bienes y enseres cuya existencia sea admitida por ambas

nunca, habrá sido objeto de debate y resolución en el proceso declarativo de familia qué concretos bienes y objetos del ajuar continúan en la vivienda familiar y cuáles puede llevar consigo el progenitor o cónyuge que deba abandonarla, aunque no existe ningún obstáculo procesal para que el juez pueda pronunciarse sobre tal extremo si la pretensión se planteó tempestivamente en los escritos rectores del proceso y está admitida por ambas partes la existencia del bien u objeto cuya pertenencia al ajuar doméstico se discuta. Si se hubiere suscitado y resuelto tal discrepancia en el proceso será probable que exista una relación o inventario completo y detallado, aportado al proceso por una de las partes, en que se enumeren y describan los bienes y objetos del ajuar familiar, en torno al cual hayan girado las pretensiones de las partes de inclusión o exclusión de determinados bienes o enseres en el grupo de los que deben permanecer en el domicilio o en el de los que pueden ser retirados. En tal caso, muy raro en la práctica, tendremos una base sólida de que partir para establecer con certeza los concretos bienes, objetos y enseres que integran el mobiliario y ajuar familiar.

Fuera de tales supuestos, ciertamente excepcionales, nos encontraremos, en la inmensa mayoría de los casos, con una sentencia o resolución judicial que se limita a atribuir el uso del mobiliario y ajuar existente en la vivienda familiar y no detalla los concretos bienes muebles y enseres que lo componen, de tal manera que la obligación se referirá a la entrega de un conjunto de bienes muebles y enseres cuya concreta descripción e identificación no precisa el título ejecutivo. A lo sumo, cabrá entender que la sentencia o auto correspondientes hacen referencia a un conjunto de bienes que se determinan por medio de la referencia a su destino y utilización y al lugar en que se encuentran («... mobiliario y ajuar existente en la vivienda familiar sita en XXX») en un momento determinado[12], pero sin precisar qué concretos bienes y objetos de uso ordinario de la familia son los que se hallan en la vivienda familiar en el momento de adoptarse la resolución judicial de atribución de su uso.

Obsérvese que el artículo 701.1 de la LEC, aplicable a la ejecución forzosa de obligaciones de entrega de cosas muebles determinadas, exige que «del título ejecutivo se desprenda el deber de entregar una cosa mueble cierta y determinada» y, en el caso del mobiliario y ajuar, el título ejecutivo judicial sólo contendrá una referencia al lugar en que se encuentra el conjunto de bienes que integran el ajuar, siendo imposible, por tanto, que del título ejecutivo pueda deducirse, sin ninguna otra actividad adicional, cuáles son las cosas y objetos ciertos y determinados que componen dicho conjunto. Y no parece que el artículo 701 esté previsto por el legislador para supuestos en que se trate de ejecutar, como es el caso, la obligación de entregar un conjunto de cosas muebles cuando el título ejecutivo no especifique los elementos ciertos y determinados que integren el conjunto y sea precisa, en ejecución de sentencia, ante las posiciones contrapuestas de la parte ejecutante y ejecutada sobre la composición del ajuar doméstico, una actividad de alegación, prueba y posterior resolución para individualizar, con certeza, todos y cada uno de los elementos del conjunto.

partes, sin entrar a dilucidar si forman parte del mobiliario y ajuar aquellos bienes cuya existencia se discuta, remitiendo a las partes, sobre dicha cuestión, al procedimiento de liquidación del patrimonio común.

12. El momento a que habrá de atenderse para precisar el mobiliario y ajuar familiar será el de la ruptura de la convivencia del matrimonio o pareja de hecho, ya que los extraídos del domicilio familiar por cualquiera de los litigantes después de ese momento no pierden su condición de elementos integrantes del ajuar por el hecho de haber sido indebidamente retirados de la vivienda por una de las partes, ya que lo característico del ajuar familiar es que se trate de bienes y enseres que hayan sido de uso ordinario de la familia antes de su ruptura.

El artículo 701 de la LEC se refiere a la ejecución forzosa de obligaciones específicas de entrega de una cosa concreta, individualizada y determinada, esto es, de una cosa cierta e indubitada, única en su especie. La actividad de ejecución forzosa prevista en los apartados 1 y 2 del artículo 701 de la LEC sólo es posible cuando las cosas muebles que deben entregarse son ciertas y determinadas. De no serlo, ni caben apremios al ejecutado para que las entregue, ni la entrada, con auxilio de la fuerza pública, en los lugares cerrados en que se encuentren para su entrega al ejecutante, ni interrogar al ejecutado o a un tercero para indagar dónde se encuentran.

Con arreglo a ello, no es fácil establecer, *a priori*, si el título ejecutivo judicial que contiene la atribución del derecho de uso del mobiliario y ajuar existente en la vivienda familiar, constituye una obligación de entregar un conjunto de cosas muebles determinadas, no determinadas con certeza pero determinables, o indeterminadas. Elucidar la clase de obligación de entrega de cosa mueble ante la que nos encontramos es fundamental para determinar si la ejecución forzosa de la obligación ha de sustanciarse conforme a lo previsto en el artículo 701 de la LEC (entrega de cosa mueble determinada) o en el 702 de la LEC (entrega de cosas genéricas o indeterminadas). La cuestión no es en absoluto baladí, ya que de entenderse que la entrega ha de referirse a los bienes y objetos existentes en la vivienda familiar, y no a otros, la ejecución se regirá por lo dispuesto en el artículo 701, que se dirige a hacer entrega forzosa de las cosas concretas objeto de la obligación, compeliendo al deudor para que realice la entrega, y, sólo en caso de no ser posible tal entrega, a la sustitución de la misma por una justa compensación pecuniaria, que se establecerá con arreglo a lo establecido en los artículos 712 y siguientes de la LEC.

De entenderse, en cambio, que los bienes y objetos del ajuar son cosas genéricas o indeterminadas, fungibles, que pueden sustituirse por las que se adquieran en los mercados, acreditada la falta de entrega de parte del mobiliario y ajuar por el cónyuge ocupante de la vivienda que debe abandonarla, el ejecutante podrá optar entre pedir que se le ponga en posesión de las cosas debidas o que se le faculte para adquirirlas a costa del ejecutado, con la posibilidad de aplicar lo dispuesto en el artículo 702 de la LEC.

En principio, la obligación a que nos referimos es una obligación de entrega de cosas que no están exactamente determinadas pero que son determinables por referencia a dos factores:

a) Lugar en que se encuentran en un momento determinado: integran el mobiliario y ajuar los muebles, objetos y enseres existentes en el inmueble que constituyó el domicilio familiar al tiempo de producirse la crisis de la pareja y antes de que ninguno de los litigantes haya abandonado dicho domicilio. Por tal motivo, la resolución judicial que atribuye el uso de la vivienda y del mobiliario y ajuar existentes en la misma puede establecer que determinados muebles y enseres, indebidamente extraídos de la vivienda familiar por uno de los litigantes antes de dictarse la resolución, deben reintegrarse a ésta por formar parte del ajuar familiar y acordar requerir al cónyuge que realizó el expolio su reintegro a la vivienda en un determinado plazo.

b) Su destino o utilización: sólo constituirán elementos integrantes del mobiliario y ajuar familiar aquellos bienes muebles, enseres y objetos que hayan sido objeto de uso ordinario por los miembros de la familia que permanecen en la vivienda por atribuírseles su uso.

El problema surge porque, si no se ha realizado inventario judicial o extrajudicial[13] de los bienes, objetos y enseres que componen tal mobiliario y ajuar, o si el inventario no se ha realizado antes de que uno de los cónyuges o progenitores haya abandonado la vivienda familiar, será muy difícil determinar con exactitud, precisión y las debidas garantías qué concretos elementos integran dicho mobiliario y ajuar en la medida en que, tanto el cónyuge que abandonó la vivienda familiar como el que entró en posesión de la misma tras serle atribuido judicialmente su uso, habrán tenido ocasión para retirar todo o parte de dicho mobiliario y ajuar, y oportunidad, desde luego, para sustituirlo por otros bienes u objetos, bien iguales, pero más viejos y deteriorados, bien similares, nuevos o usados, pero de menor valor, bien simples copias del original (en el caso, por ejemplo, de pinturas, estatuas, joyas u otros objetos de extraordinario valor).

Podrá decirse, y ello es cierto, que nos encontramos ante la obligación de entrega de un conjunto de cosas no determinadas exactamente pero determinables por referencia a los factores indicados y que, en consecuencia, una vez se produce la determinación cierta de los elementos que componen el conjunto, nos encontramos ante una obligación específica de entrega de cosas concretas e indubitadas a la que sería enteramente aplicable lo dispuesto en el artículo 701 de la LEC. Sin embargo, cuando resulte imposible superar la inicial indeterminación de los elementos que componen el ajuar porque éste ha sido distraído o retirado, total o parcialmente, de la vivienda familiar por un cónyuge o progenitor y se desconozca dónde se encuentra, ¿qué norma de ejecución forzosa aplicaremos teniendo en cuenta que no están determinadas con certeza las cosas que debieron entregarse? ¿La norma prevista en el artículo 701.3, que permite al acreedor optar por la justa compensación pecuniaria de las cosas debidas, o la contemplada en el artículo 702 que permite al mismo optar entre pedir que se le faculte para adquirirlas a costa del ejecutado o que se le entregue el equivalente pecuniario de tales cosas, con los daños y perjuicios que hubieren podido irrogarse?

La cuestión se complica aun más desde el momento en que una parte importante de los bienes muebles y enseres que forman parte del mobiliario y ajuar familiar pueden ser calificados como cosas genéricas, cual ocurre con los electrodomésticos que se utilizan para el desarrollo de importantes funciones de intendencia, cuidado y buen gobierno del hogar y para garantizar un nivel imprescindible de confort, como la lavadora, la secadora, el lavavajillas, el frigorífico, la aspiradora, el televisor, el reproductor de DVD o vídeo, el ordenador portátil o de mesa, etc. Obviamente, los electrodomésticos pertenecientes al ajuar familiar constituyen un grupo de cosas genéricas porque se individualizan únicamente a través de su pertenencia a un género (por ejemplo, un televisor Philips, modelo XX, de 28 pulgadas o un frigorífico de la marca Fagor, modelo XX, de 250 litros de capacidad y X frigorías). Reúnen además los electrodomésticos, en la sociedad actual, otra característica de interés a los fines que nos ocupan: se trata de enseres que normalmente forman parte del ajuar doméstico de la inmensa mayoría de los hogares españoles aunque sean de un nivel socioeconómico bajo. Una interpretación de las normas conforme a la realidad social nos debe llevar, por tanto, a presumir *iuris tantum* que en toda vivienda familiar existen determinados electrodomés-

13. Siempre que el extrajudicial, claro está, haya sido realizado con las debidas garantías por las partes en documento privado suscrito por ambas o mediante acta notarial de presencia realizada con la intervención de ambas partes, ya que la realizada con la presencia de una sola de las partes sólo dará fe del mobiliario y ajuar existente en la vivienda en una fecha determinada pero carecerá de eficacia probatoria alguna en orden a acreditar qué litigante extrajo o retiró de la vivienda los muebles u objetos que no se encuentren en ella al momento de levantarse el acta.

ticos[14] como lavadora, lavavajillas, nevera, televisor, etc., lo cual facilitará enormemente la ejecución forzosa cuando se trate de reponer en la vivienda familiar aparatos de esta clase retirados indebidamente de ésta por un cónyuge pues, constatado que los mismos no se encuentran en la vivienda familiar, una vez transcurrido el plazo concedido al ejecutado para reintegrar los aparatos electrodomésticos retirados, podrá el ejecutante optar entre pedir que le ponga en posesión de los mismos o que se le faculte para adquirirlos (artículo 702 de la LEC), a costa del ejecutado, en cuyo caso la calidad y características de la cosa adquirida por el ejecutante habrá de ser del mismo género, clase y calidad que la sustraída, y, para el caso de no constar los mismos, no podrá ser superior pero tampoco inferior a la que corresponda al nivel socioeconómico de la familia (interpretación *ex* artículo 1167 del CC).

La misma apreciación hecha respecto a la presunción *iuris tantum* de existencia de los aparatos electrodomésticos en toda vivienda familiar cabe hacer, *mutatis mutandis*, respecto del mobiliario y ajuar básico necesarios para que los moradores del inmueble puedan desarrollar los actos ordinarios y cotidianos de la vida diaria en cualquier domicilio: debe presumirse, salvo prueba en contrario, que toda vivienda familiar está amueblada con las camas necesarias para el debido descanso de sus ocupantes; que la estancia habilitada para cocina dispone del mobiliario preciso para tal fin; que la habitación destinada a cuarto de estar y, en su caso, comedor, está amueblada con una mesa, las sillas imprescindibles para sentarse, un sofá y sillones y el mobiliario preciso para guardar la vajillla, mantelerías, cubertería, etc; que en las habitaciones de los hijos éstos disponen de mesa de estudio y alguna estantería para libros, etc. Obsérvese, además que, en no pocas ocasiones, los muebles y enseres de la cocina, sala de estar, comedor, dormitorios, cuartos de aseo, etc., son también elementos pertenecientes a un género en la medida en que es fácil encontrar en el mercado otros idénticos, con las mismas características, propiedades y calidades, dada la moderna implantación de la producción en masa dentro del sector mobiliario.

Pues bien, en la medida en que la ejecución forzosa la estamos refiriendo a bienes muebles y enseres relativamente indeterminados en el título ejecutivo, cuando su determinación deviene imposible porque las cosas no pueden ser habidas, ¿no deberemos acudir al artículo 702 de la LEC referido a la entrega forzosa de cosas genéricas o indeterminadas? El artículo 702 no sólo comprende las denominadas obligaciones genéricas sino también las de entrega de cosas indeterminadas que pueden ser adquiridas en los mercados. Y no pueden considerarse ajenas al concepto de cosas indeterminadas, que pueden ser adquiridas en los mercados, las que integran el mobiliario y ajuar necesarios para que una determinada vivienda pueda servir de casa-habitación a sus moradores.

Bajo esta perspectiva, en las hipótesis, no infrecuentes, en que no se ha formado un inventario detallado del mobiliario y ajuar y el cónyuge o progenitor no titular del uso de la vivienda retira la totalidad de dicho mobiliario y ajuar, dejando desvalijado el inmueble, requerido el ejecutado para el reintegro de los bienes en un plazo determinado y transcurrido éste sin que se haya realizado su devolución, el ejecutante podría optar, conforme al artículo 702 de la LEC, por pedir que se le faculte judicialmente para adquirir en el

14. La Sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife, Sec. 1.ª, de 7 de abril de 2008, resolución 156/2008, recurso 510/2007, ponente: Sr. Navarro Miranda, J.R., SP/SENT/172456, afirma para aplicar la presunción de ganancialidad prevista en el artículo 1361 del CC en un pleito de liquidación de la sociedad de gananciales, que «no es creíble ni defendible que durante la existencia del matrimonio la vivienda careciera de muebles, enseres, ropas, siendo con respecto al mismo existente durante el matrimonio la presunción de ganancialidad contenida en el artículo 1361 del CC».

mercado, a costa del ejecutado, cosas de similar calidad y valor a las sustraídas, ordenando, al mismo tiempo, el embargo de bienes suficientes para pagar la adquisición. Esta forma de ejecución forzosa resulta mucho más ágil y eficaz que la resultante de seguir las previsiones del artículo 701.3, que conduce a sustituir la falta de entrega de las cosas debidas por «una justa compensación pecuniaria, que se establecerá con arreglo a los artículos 712 y siguientes» de la LEC.

A la postre, la cuestión se reduce a un problema de prueba de la preexistencia del mobiliario y ajuar sustraídos y de su valoración judicial, porque el valor de los bienes y objetos no entregados constituye el elemento principal para determinar tanto la justa compensación pecuniaria a que se refiere el artículo 701.3, que ha de abonarse al acreedor en concepto de indemnización por daños y perjuicios, como el equivalente pecuniario de la prestación debida, con los daños y perjuicios que hubieran podido causarse al ejecutante, según señala el artículo 702.2. La principal diferencia estriba, por tanto, en la aplicación de la posibilidad prevista en el artículo 702.1 de la LEC que faculta al ejecutante para pedir que se le autorice a adquirir en el mercado, a costa del ejecutado, las cosas debidas, «ordenando al mismo tiempo el embargo de bienes suficientes para pagar la adquisición, de la que el ejecutante dará cuenta justificada».

En la práctica forense es dable encontrar las más diversas soluciones.

Así, el Auto AP de Barcelona, Sec. 18.ª, de 7 de marzo de 2005, resolución 47/2005, recurso 384/2004, ponente: Sra. Noblejas Negrillo, M., Roj AAP B 1032/2005, parece inclinarse por hacer aplicación de lo establecido en el artículo 702.1 de la LEC en el supuesto de que el cónyuge no titular del derecho de uso retire de la vivienda familiar parte del mobiliario y ajuar y no lo reponga en el plazo que, conforme al artículo 701.1 de la LEC, se le haya concedido al efecto. En el caso, por auto de medidas provisionales de 17 de noviembre de 2003, se atribuyó a la madre la custodia de la hija menor y el uso del domicilio conyugal con el ajuar existente en el mismo, concediéndose al padre el plazo de 5 días para abandonarlo y retirar sus enseres y efectos personales. El padre abandonó el domicilio en el plazo concedido al efecto y lo comunicó a la representación de la esposa, que entró haciendo uso del juego de llaves de que disponía y se encontró con que el padre había retirado casi todos los muebles y enseres, a excepción de unos pocos, causando también desperfectos en la instalación eléctrica, cuadros y rodapiés.

La madre realizó un completo reportaje fotográfico del estado en que halló el inmueble a su entrada en él para acreditar el mobiliario que se encontró y los daños y desperfectos ocasionados por el marido antes de abandonarlo y, varios días después, presentó escrito en el juzgado solicitando se requiriera al ejecutado para que repusiera el mobiliario y ajuar indebidamente retirado así como para que reparara los daños causados. El juzgado, obrando con una diligencia y pulcritud procesal dignas de encomio, acuerda por providencia al día siguiente que la comisión judicial se constituya en el domicilio conyugal y el Secretario Judicial levante acta que refleje el estado de la vivienda y la coincidencia con las fotos presentadas, a fin de deducir o no testimonio para proceder en el orden penal. Comprobado que las fotos se corresponden con la realidad, se despacha ejecución requiriendo al padre que reponga todo el mobiliario y ajuar retirado y lleve a cabo las obras de reposición necesarias en paredes, rodapiés y cableado eléctrico, con apercibimiento de procederse al completo amueblamiento y reposición a su estado anterior a su costa.

Transcurrido el plazo concedido sin reponer el mobiliario y ajuar distraído, se requirió a la parte ejecutante para que en el plazo de 5 días aportara presupuesto del mobiliario y ajuar a reponer.

El auto resulta interesante porque, salva el obstáculo de que la esposa tomara posesión del domicilio conyugal, tras la salida voluntaria del marido, sin formar judicialmente inventario de los bienes y enseres existentes en la vivienda al tiempo de entrar en ésta, y la circunstancia de que transcurrieron varios días desde la toma de posesión por la esposa hasta la presentación de escrito por ella en el juzgado manifestando la situación en que halló el inmueble, lo que pudo dar lugar a que no se despachara ejecución si se hubiere apreciado que no existía constancia de que fuera el marido quien efectivamente retiró los bienes y objetos del ajuar desaparecidos, al existir la posibilidad de que hubiere sido la propia esposa la que los retiró tras tomar posesión del inmueble.

En el proceso de ejecución el marido alegó que la esposa se había llevado objetos de la vivienda antes de presentar el escrito en el juzgado; pidió que se le concretaran los bienes que debía reponer porque no sabía cuáles eran éstos y que no pudo reponer porque habían cambiado la cerradura. La Audiencia desestima tales alegaciones, sin duda porque el acta levantada por el Secretario Judicial avalaba la versión de la esposa, y da a entender que en estos supuestos, la falta de inventario judicial del mobiliario y ajuar no puede favorecer a quien procede a retirar los bienes que considera convenientes sin formar inventario judicial, o extrajudicial fehaciente, de los enseres y efectos personales que lleva consigo al abandonar la vivienda, y, en lo que aquí interesa, da por sentado que, en caso de no entrega de las cosas muebles integrantes del mobiliario en el plazo al efecto concedido, *ex* artículo 701.1, la ejecución forzosa a seguir ha de ser la del 702.1, de cosas genéricas o indeterminadas, facultando al ejecutante para adquirirlas en el mercado a costa del ejecutado. Dice el auto:

> « Se han cumplido los artículos 776, 701.1 y 701.2 de la LEC, y, en su consecuencia, el apelante debe reintegrar los objetos que se llevó, todos ellos integrantes del ajuar familiar, pues él solo podía llevarse sus ropas, enseres y efectos personales, al quedar todo el ajuar atribuido a la esposa e hija; fue el esposo el que tuvo que realizar el inventario de tales efectos personales, de su uso propio y exclusivo, y en el tiempo que se le concedió, por lo que no habiéndolo hecho así, debe pechar con las consecuencias de sus propios actos. Tampoco es de recibo la alegación de que no pudo cumplir porque no podía entrar, pues ni tan siquiera ofreció la reposición, ya que sigue negando que se llevó los enseres –incluso los pertenecientes a la habitación de la hija, que ya es decir– y no sabe qué tiene que reponer, y a pesar de ello, ha cumplido con el requerimiento de reparar todo lo referente a los daños ocasionados en la vivienda...»

El Auto de la AP de Barcelona, Sec. 12.ª, de 6/5/2003, recurso 101/2003, ponente: Sra. Fernández San Miguel, A.J., Roj: AAP B 644/2003, en un caso similar al del auto anterior, ante la falta de restitución por la esposa en el plazo de 5 días concedido al efecto, de diversos muebles y electrodomésticos que retiró de la vivienda familiar, y que el marido relacionó en un inventario que presentó junto con la demanda ejecutiva, considera conforme a derecho el trámite seguido en ejecución por el juzgado *a quo* al acordar estar a lo dispuesto en el artículo 709 de la LEC, referido a la ejecución forzosa de las obligaciones de hacer y permitir al ejecutante optar, ante el incumplimiento de la obligación por la parte ejecutada, por el

equivalente pecuniario de la prestación de hacer, fijando dicho equivalente por los trámites previstos en los artículos 712 y siguientes de la LEC.

La ejecutada, en el escrito de oposición a la ejecución, alegó que la sentencia no la condenó al pago de una cantidad líquida, ni a la entrega de unos bienes determinados y que las fotografías presentadas por el ejecutante no demuestran la existencia de los bienes que se están reclamando. El auto rechaza todas las alegaciones de la ejecutada afirmando:

> «Tampoco resultan admisibles las alegaciones de la ejecutada con respecto a que la sentencia de cuya ejecución trata no contiene condena al pago de cantidad alguna, pues si bien ello en principio es así, no es menos cierto que, una vez despachada ejecución y requerida la Sra. Cristina para que en el plazo de 5 días reintegrara y reinstalara los objetos contenidos en el inventario presentado de adverso, sin que conste que la ejecutada haya devuelto a la vivienda bien alguno, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 709 de la LEC, el cual confiere al ejecutante el derecho a optar por pedir que la ejecución siga adelante para entregar a aquél un equivalente pecuniario de la prestación de hacer.
>
> Y justamente así se procedió por la representación del ejecutante, quien valoró dicho equivalente pecuniario en la cantidad de 24.969 euros, de lo que se confirió traslado a la ejecutante por diez días (artículo 713.2 de la LEC); y habiéndose opuesto la ejecutada a tal valoración, la ejecución habrá de proseguir conforme a lo dispuesto en el artículo 715 y siguientes de la LEC, tal y como de hecho se indica en el auto recurrido, siendo en este trámite cuando ha de determinarse concretamente el equivalente pecuniario a la incumplida obligación de hacer.»

El Auto de la AP de Álava, Sec. 1.ª, de 11 de octubre de 2006, resolución 50/2006, recurso 243/2006, ponente: Sr. Tapia Parreño, J.J., Roj AAP VI 275/2006, en un supuesto en que se formuló por la esposa, titular del derecho de uso de la vivienda, demanda ejecutiva reclamando al marido una cantidad en concepto de indemnización de daños y perjuicios por haber retirado de la vivienda familiar todo el mobiliario y ajuar existente en ésta y no haberlo repuesto tras ser requerido extrajudicialmente para ello, denegó el despacho de ejecución interesado, indicando al recurrente que, en base al título ejecutivo expresado no es posible despachar ejecución para que el ejecutado abone al ejecutante una suma dineraria sin antes haber procedido conforme determinan los artículos 701 y siguientes de la LEC, sin pronunciarse expresamente sobre el cauce procesal a seguir por la ejecutante para la reposición del mobiliario y ajuar sustraído, e introduciendo dudas acerca de si ha de acudirse al trámite del artículo 701.3, del 702.2 ó del 706.2, todos de la LEC. Dice este auto:

> «Hay que tener en cuenta que, fundamentalmente, la sentencia (reiteramos completada) contiene una obligación de hacer que consiste en la entrega de la vivienda familiar y el ajuar de ésta a la menor y a la ejecutante, pero no se puede, sin más, trasmutar dicha obligación de hacer en una obligación de entrega de una suma dineraria.
>
> La condena de hacer está prevista en los artículos 705 y siguientes de la LEC, de modo que se podría haber instado esencialmente que el ejecutado repusiera los objetos que la parte ejecutante consideraba indebidamente llevados por el ejecutado en un plazo determinado (incluso muy corto, por afectar a derechos de un menor), y, si no lo hacía, podría haber pedido que se le facultara para hacerlo o para encargarlo a un tercero, a costa del ejecutado, o reclamar resarcimiento de daños y perjuicios (quizá lo más correcto, teniendo en cuenta que también se denuncia la existencia de daños), pero no es lícito, según la Ley Adjetiva Civil, solicitar sin más una cantidad de dinero, calculada unilateralmente, sin recurrir al procedimiento previsto en el artículo 706.2 de la LEC.

También podría entenderse que la sentencia complementada contenía la obligación de entrega de una cosa mueble determinada (artículo 701 de la LEC) o genérica (702 de la LEC), puesto que los objetos llevados tendrían esa consideración de bien mueble (artículo 335 del CC), y estos preceptos también obligan a conceder un plazo al demandado para que entregue la cosa, y, si no lo hace, se recurre al procedimiento previsto en los artículos 712 y siguientes de la LEC, al cual se remite también el artículo 706.1 de la LEC antes mencionado.»

d) La determinación de los bienes y objetos que constituyen el mobiliario y ajuar familiar: cauce procesal a seguir para dirimir las controversias y criterios a aplicar para resolverlas

Como se ha apuntado anteriormente, el primer conjunto de problemas que, en un orden lógico, suscita la ejecución forzosa de la obligación de entrega del mobiliario y ajuar cuyo uso se ha atribuido judicialmente, deriva de la indeterminación de los bienes y objetos que componen dicho mobiliario y ajuar. Se plantea así, en primer lugar, si es viable, en ejecución, proceder a la resolución de las discrepancias que, en el momento de realizar la diligencia de inventario de los bienes y objetos que quedan en la vivienda familiar, puedan surgir entre los litigantes acerca de qué bienes y enseres forman parte del mobiliario y ajuar y cuáles no, y, en segundo lugar, en caso de admitirse tal posibilidad, los criterios sustantivos que deben seguirse para la resolución de las discrepancias de las partes y el cauce procesal idóneo para ventilar tales divergencias.

En caso de producirse esas divergencias, ¿es admisible que, en ejecución, se formule por el ejecutado un incidente de impugnación de la relación de bienes inventariados como pertenecientes al ajuar familiar pidiendo que se excluya un determinado bien o bienes y se le entreguen? ¿Puede el ejecutante formular la misma impugnación y pedir que el lanzado del domicilio familiar devuelva a éste un determinado mueble u objeto que llevó consigo al abandonarlo por considerar que aquél forma parte del mobiliario y ajuar? ¿Qué trámite debe seguirse en caso de formularse tal impugnación?

En cuanto al cauce procesal idóneo para ventilar, en ejecución de sentencia, las discrepancias que pudieren existir entre las partes acerca de cuáles son los concretos bienes que componen el mobiliario y ajuar familiar y sobre los bienes y objetos del ajuar que deben quedar en la vivienda familiar y los que puede llevar consigo el cónyuge o progenitor que deba abandonarla, parece que aquél no puede ser otro que el de los trámites para sustanciar la oposición a la ejecución prevista en los artículos 556 y siguientes de la LEC.

En efecto, las controversias entre las partes pueden producirse bien porque el titular del derecho de uso de la vivienda y del ajuar reclame al cónyuge o progenitor que la haya abandonado la restitución de determinados bienes u objetos, retirados por éste como bienes de uso personal o de su exclusiva pertenencia, por considerarlos el ejecutante integrantes del mobiliario y ajuar familiar, bien porque el que debe abandonar o ha abandonado la vivienda familiar solicita retirar de la misma ciertos bienes u objetos por estimar que no forman parte del mobiliario y ajuar de uso ordinario de la familia y le pertenecen, bien, finalmente, porque, ocupando la vivienda familiar el cónyuge no titular del uso, su adjudicatario, solicite la entrega judicial de la posesión del inmueble y, en tal acto, se susciten discrepancias entre las partes sobre los bienes u objetos que puede retirar el cónyuge o progenitor que abandona la vivienda familiar.

En el primero de los casos apuntados, que se producirá cuando el cónyuge titular del derecho de uso de la vivienda toma posesión de ella tras abandonarla el cónyuge no titular, el ejecutado podrá oponerse al despacho de ejecución en que se le requiere para que reintegre a la vivienda determinados bienes y objetos integrantes del ajuar que retiró al abandonarla, alegando la inexistencia de los bienes u objetos cuya restitución se pretende o negando haberlos llevado consigo al abandonar la vivienda familiar, cargando de este modo al ejecutante con la prueba de la preexistencia de los mismos y, en caso de lograrla, con la adicional de acreditar que están en poder del ejecutado. Si por el contrario insta la ejecución quien abandonó la vivienda, y demanda la entrega de bienes u objetos que dejó al salir de ella por estimar que son de uso personal y no forman parte del mobiliario y ajuar, el cónyuge que la ocupó podrá oponerse aduciendo bien la inexistencia de los objetos reclamados, bien que se encontraban en el domicilio pero fueron retirados por el ejecutante, bien que, pese a haberlos retirado, se niega a entregarlos por estimar que no forman parte del mobiliario y ajuar. En cualquiera de ambos casos, el juez, al dictar el auto resolviendo la oposición a la ejecución, si estima acreditada la existencia de los bienes u objetos reclamados y en poder de qué parte se encuentran, podrá determinar si forman parte del mobiliario y ajuar y adoptar los pronunciamientos correspondientes (restitución o permanencia en la vivienda, en caso positivo; o entrega al cónyuge que la abandone, en caso negativo, si está probado que el bien pertenece a quien lo reclama).

Parece claro que, habiéndose despachado ejecución para que se proceda a hacer entrega al ejecutante de un determinado bien u objeto existente en la vivienda familiar, por pertenecer al que lo reclama y no estar integrado en mobiliario y ajuar familiar, el ejecutado sólo puede alegar la inexistencia del bien o que no está en su poder o que no debe entregarse por formar parte del ajuar de uso ordinario de la familia, a través del trámite de oposición a la ejecución formulada en el plazo de 10 días prevenido en el artículo 556.1 de la LEC. De no hacer uso de la facultad de oponerse a la ejecución despachada, precluirá para él tal posibilidad y no serán admitidas posteriores alegaciones en el sentido expresado.

Distinto será el supuesto en que, habiéndose despachado ejecución para lanzar a uno de los cónyuges de la vivienda familiar y entregar la posesión de ésta al cónyuge titular del uso, se suscita conflicto entre las partes en el momento de formar inventario judicial de los bienes y objetos que quedan en la vivienda familiar y de los que ha de llevar consigo el que la abandona si éste pretende extraer de ella bienes u objetos a cuya retirada se opone el ocupante de la vivienda por sostener que forman parte del ajuar familiar. Ante esa discrepancia, la Comisión Judicial que interviene en la diligencia de lanzamiento y entrega de posesión se limitará a consignar en el acta tal incidencia y las razones y argumentos que una y otra parte dieren en apoyo de su respectiva pretensión, reseñará e identificará los muebles u objetos objeto de la discrepancia, que quedarán depositados en la vivienda, y pasará a dar cuenta al juez de la ejecución para que resuelva la controversia surgida. ¿Qué cauce procesal se seguirá en este caso por el juez antes de resolver la divergencia?

En tal supuesto, aun cuando el ejecutado no se hubiere opuesto al auto despachando ejecución y acordando el lanzamiento en el plazo de 10 días establecido en el artículo 556 de la LEC, y no se haya producido por tanto la oposición a la ejecución ni la impugnación de la oposición, caber entender que la controversia entre las partes se ha suscitado verbalmente a la hora de determinar qué bienes o enseres personales puede retirar de la vivienda el cónyuge que la abandona, y, por ende, puede considerarse que ha surgido de forma sobre-

venida conflicto entre las partes sobre el modo de cumplimiento de la obligación de entrega de bienes y objetos de uso personal al cónyuge que abandona la vivienda, y que, por tanto, conforme a las prescripciones del artículo 560 de la LEC, es admisible que cualquiera de las partes podrá solicitar la celebración de la vista prevenida en dicho precepto para dilucidar si el ejecutado puede o no retirar de la vivienda los bienes que pretende, o lo que es lo mismo, para determinar si el bien o bienes objeto de disputa forman parte del mobiliario y ajuar de uso ordinario de los miembros de la familia titulares del derecho a usarlos. La alternativa a esta solución, ciertamente discutible, es la aplicación de los trámites previstos en los artículos 712 y siguientes de la LEC, una vez se produzca la discrepancia señalada, aunque también resulta más que dudosa esta posibilidad habida cuenta de la desaparición en la LEC 1/2000 de los incidentes y de la manifiesta inadecuación del incidente previsto por la LEC en los artículos 712 y siguientes para ventilar esta cuestión, meramente declarativa.

El Auto de la AP de Barcelona, Sec. 12.ª, de 7 de mayo de 1998, ponente: Sr. López-Carrasco Morales, A., entendió que concedida autorización a la esposa, en el auto de medidas provisionales, para retirar, además de objetos y enseres personales, los «objetos de exclusiva pertenencia», y alegado por la parte ejecutada que los relacionados por la ejecutante constituían parte del mobiliario y ajuar, debió seguirse el trámite incidental de los artículos 932 y siguientes de la vieja LEC de 1881:

> «Al examinar el contenido de la medida tercera del auto de medidas provisionales, es cierto que, además de objetos y enseres personales de la esposa y de su hijo, se autorizó la retirada de "objetos de exclusiva pertenencia" previo inventario si fuere necesario y lo solicitara alguna de las partes, lo que, en sede del artículo 103 del Código, no significaba una determinación de bienes concretos, sino una autorización sometida al requisito de previo inventario si las partes no estuviesen de acuerdo sobre los objetos de propiedad de la ejecutante, lo cual es tanto como decir a través de una cuestión incidental dentro del procedimiento de ejecución del Auto de 5 de junio de 1996. Incidente que, por la indeterminación de las cosas objeto de la entrega debería haberse seguido por el trámite del artículo 932 de la LEC y siguientes ... dando el incidente el trámite de los artículos 929 al 931 a 942 de la LEC, pero sin poder entrar... en una entrega directa de los bienes que pidió dado que por la controversia surgida ... no resulta de aplicación el artículo 921 de la LEC ni el párrafo 2.º del artículo 926 de dicha Ley Rituaria ...»

En otro orden de cuestiones, en caso de producirse controversia entre las partes en torno a si un determinado bien mueble forma parte del mobiliario y ajuar familiar, la misma debe resolverse, a mi juicio, con arreglo a los criterios sustantivos y procesales siguientes:

a) Existiendo conformidad de las partes en que un bien u objeto existente en el domicilio conyugal no forma parte del mobiliario y ajuar familiar, las discrepancias de las partes sobre su titularidad dominical exclusiva no pueden resolverse en ejecución, Las divergencias sobre tal extremo deben ventilarse, no en ejecución de la sentencia del proceso de familia, sino en el juicio declarativo correspondiente, que en este caso será el de formación de inventario de la sociedad de gananciales o liquidación del régimen económico-matrimonial correspondiente. No es admisible entrar a dilucidar, en fase de ejecución, a cuál de los cónyuges corresponde la titularidad dominical exclusiva de un bien existente en la vivienda familiar si ambas partes admiten que no pertenece al ajuar familiar.

b) El criterio para decidir si un determinado bien pertenece al mobiliario y ajuar de la vivienda familiar habrá de ser, conforme al artículo 96, párrafo 1.º, del CC, si ha sido o no

un mueble u objeto de uso ordinario de la familia, ya que por ajuar debe entenderse, según la primera acepción del término en el Diccionario de la RAE, edición 2001, el conjunto de muebles, enseres y ropas de uso común en la casa. En caso de acreditarse que el bien discutido fue usado ordinaria y habitualmente por la familia habrá de concluirse que aquél forma parte del ajuar y deberá permanecer en la vivienda, y ello con independencia de que pertenezca en propiedad a uno u otro cónyuge. En caso de que la prueba practicada permita albergar dudas sobre la cuestión habrá de entenderse que el bien objeto de discusión forma parte del ajuar, pues, salvo prueba en contrario, debe presumirse que todos los muebles o enseres que existen en una vivienda están ubicados en ella para que los ocupantes del inmueble hagan uso y se sirvan de ellos conforme a su naturaleza y destino.

c) En caso de autorizar la resolución judicial que el cónyuge o progenitor que abandona la vivienda familiar pueda retirar de ésta, al abandonarla, además de los objetos y enseres de uso personal los bienes de su exclusiva pertenencia, la extracción de éstos de la vivienda no procederá si los mismos forman parte del mobiliario y ajuar de uso ordinario de la familia, y más en concreto, de los hijos y cónyuge que permanecen en posesión de la misma.

d) En caso de discrepancia entre las partes sobre la titularidad dominical de bienes o enseres existentes en el domicilio, que no formen parte del mobiliario y ajuar de uso ordinario de la familia, y cuya entrega se reclame por el cónyuge que abandona la vivienda, ya provenga la discrepancia de que ambas partes reclamen su propiedad, ya de que una sostenga, frente a la otra, el carácter común del bien discutido, por la falta de prueba de la propiedad exclusiva invocada, o por otra causa, el juez de la ejecución no debe pronunciarse sobre la pertenencia del bien a uno u otro cónyuge o al acervo común, sino que ha de diferir la cuestión al juicio de liquidación del correspondiente régimen económico-matrimonial, disponiendo que, entretanto, el bien u objeto discutido permanezca en la vivienda familiar o se entregue para su uso al cónyuge que sale de la vivienda familiar. No puede olvidarse, al respecto, que, cualquiera que sea o haya sido el régimen económico vigente en el matrimonio, la sola circunstancia de que el bien u objeto cuya propiedad se discute se encuentre en el domicilio familiar, hace entrar en juego, respecto de su pertenencia, la presunción de ganancialidad, si está vigente este régimen (artículo 1361 del CC) o la presunción de comunidad si está vigente el régimen de separación (artículo 1441 del CC) o el de participación (artículo 1413 en relación con el artículo 1441 del CC), de modo que, siendo ambas presunciones *iuris tantum*, en tanto la presunción no sea destruida, mediante prueba suficiente en contrario, en el juicio correspondiente, habrá de darse al bien el destino correspondiente a su presunta naturaleza común.

Según la Sentencia de la AP de Las Palmas, Sec. 5.ª, de 29 de septiembre de 2005, resolución 464/2005, recurso 562/2005, ponente: Sr. Herrera Puentes, J.J., debe partirse de la premisa de que, dentro del concepto de ajuar doméstico, están incluidos todos los muebles y elementos utilizados para el desarrollo habitual y normal de una vida digna, adecuada a los condicionamientos y pautas marcados por la sociedad actual, y comprende todos los muebles usuales en cualquier casa, como utensilios de cocina, los elementos esenciales de todo comedor y sala de estar, los electrodomésticos, el mobiliario de los dormitorios, etc., y añade:

> «Tales elementos, salvo que se acredite puntualmente y de manera indubitada su carácter privativo, han de considerarse gananciales, conforme a la presunción contemplada en el artículo

1361 del CC y al hecho de que igualmente se presume su preexistencia y mantenimiento en la vivienda familiar después del cese de la vida en común. También se ha de aplicar igual criterio para aquellos otros que, no siendo personales de cada uno de los ocupantes, estén allí y su carácter privativo no resulte indubitado.»

e) La ejecución forzosa de la obligación en los supuestos de retirada, total o parcial, del mobiliario y ajuar de la vivienda familiar por parte del cónyuge no titular del derecho de uso de la vivienda, cuando éste se niega a la restitución

Cuando la salida de la vivienda familiar por el cónyuge o progenitor que debe abandonarla se produce sin la intervención judicial y el cónyuge o progenitor titular del derecho de uso toma posesión del inmueble extrajudicialmente, es relativamente frecuente en la práctica que, tras tomar posesión de la vivienda familiar, el cónyuge o progenitor titular del derecho de uso compruebe que el cónyuge o progenitor que la abandonó ha desvalijado total o parcialmente la misma retirando la totalidad o parte del mobiliario y ajuar existente en ella durante la convivencia matrimonial, bien para usarlos como propios, bien para depositarlos en otro lugar impidiendo su utilización por el titular del derecho a usarlos.

En estos supuestos la ejecución forzosa de la obligación de entrega del mobiliario y ajuar sustraídos presenta grandes obstáculos y dificultades provenientes del hecho de que se desconoce si el bien o bienes reclamados existen, y, caso de existir, el lugar donde se encuentran, lo que imposibilitará tanto la ejecución forzosa específica cuando el ejecutado se niegue a la restitución, como la tasación pericial del valor de los bienes u objetos del ajuar sustraídos.

La primera y tal vez mayor dificultad que encontrará el cónyuge titular del derecho de uso de la vivienda estará representada por la necesidad de probar la preexistencia de los bienes y objetos del ajuar familiar que han sido indebidamente retirados de la vivienda familiar, y, a renglón seguido, por la carga de acreditar que fue el otro cónyuge, y no él mismo o un tercero por encargo suyo, quien retiró el mobiliario y ajuar expoliado. Nótese que, cuando un cónyuge abandona voluntariamente la vivienda familiar, tras ser requerido judicialmente para que la desaloje, y el traspaso posesorio se realiza simbólicamente mediante la entrega de llaves al titular del derecho de uso, directamente o a través de los procuradores o letrados de las partes o del propio juzgado, y dicho titular entra seguidamente en la vivienda para tomar posesión de ésta, sin pedir que se le dé posesión judicial del inmueble y se forme inventario de los bienes existentes en él en el momento de la entrada, no existirá constancia alguna sobre qué bienes dejó en la vivienda el cónyuge que la abandonó (que serán los que ha de encontrar el otro cónyuge al tomar posesión de aquélla) ni qué bienes encontró en ella el otro cónyuge al tomar posesión de la misma, con la consecuencia de que será muy difícil, por no decir imposible, determinar si los bienes que se dicen sustraídos formaban o no parte del ajuar familiar y, supuesto que ambas partes admitan que tales bienes existieron realmente, discernir si se los apropió el cónyuge que abandonó el domicilio, antes o al tiempo de desalojarlo, o si los ha retirado (haciéndolos desaparecer, ocultándolos o destruyéndolos) el cónyuge titular del derecho de uso tras tomar posesión de la vivienda. En casos como los indicados, solicitada por el cónyuge titular del derecho de uso la ejecución forzosa de la sentencia o auto correspondiente en solicitud de que se requiera al cónyuge que desalojó la vivienda familiar para que restituya a la misma, en el plazo que al efecto se le conceda, los bienes y objetos del mobiliario y ajuar sustraídos, le

bastará al ejecutado formular oposición a la ejecución negando haber retirado los bienes que se le reclaman, aduciendo que no existían o que quedaron en el domicilio familiar y es el ejecutante quien se los ha apropiado o los ha distraído. Naturalmente, cuando se despache ejecución requiriendo al cónyuge o progenitor que abandonó la vivienda familiar para que reponga a la misma los bienes y objetos del ajuar que retiró de ella al abandonarla, lo usual será que el ejecutado formalice oposición a la ejecución negando la existencia misma de los bienes u objetos del ajuar reclamados o admitir su existencia pero negando haberlos retirado e imputando tal conducta de distracción a la contraparte. Tal tipo de oposición, la más frecuente en la práctica, como puede suponerse, bastará al ejecutado para cargar al ejecutante con la ardua tarea de probar la preexistencia de los bienes y objetos reclamados y acreditar, además, que los mismos no se encontraban en el inmueble en el momento en que tomó posesión del mismo. Si ya la acreditación de la preexistencia de los bienes puede convertirse en una suerte de *probatio diabolica* que obligará a la parte ejecutante *a* recurrir a facturas, albaranes de entrega, listados del contrato de seguro u otros documentos que permitan corroborar, siquiera indirectamente, su preexistencia, más difícil resultará aún la acreditación de que tales bienes u objetos no se hallaban en el interior del inmueble en el momento de su ocupación por el ejecutante titular del derecho de uso. Fuera de los casos en que la toma de posesión se realiza con intervención del juzgado, a través de la diligencia de lanzamiento y entrega de posesión, en que es posible practicar inventario de los bienes y objetos existentes en la vivienda en tal momento, se torna muy difícil probar que los bienes u objetos han sido expoliados por la parte ejecutada. Nótese que, aun recurriendo a la presencia de un Notario que levante acta del estado de la vivienda y mobiliario y ajuar existentes en ella en el momento de su ocupación por el ejecutante, ese acta notarial de presencia servirá para acreditar, por exclusión, qué bienes y objetos no se encontraban en el inmueble en ese momento, sin alcanzar a probar que existieran antes y menos aun, quién haya podido retirarlos. No obstante, han de valorarse cualesquiera circunstancias concurrentes: el tiempo transcurrido entre la salida del domicilio del ejecutado y la entrada del ejecutante; la existencia de signos, señales o evidencias de que determinados muebles u objetos han sido retirados (marcas de cuadros u objetos de adorno en las paredes, por ejemplo); las fotografías o grabaciones del estado del inmueble tomadas por el ejecutante y adveradas en cualquier forma; el listado de bienes u objetos del ajuar presentado por la parte ejecutante junto con la demanda ejecutiva que no es rechazada por la parte ejecutada, etc.

Superada esa primera dificultad probatoria, lo que no es fácil en absoluto, para el caso de que se hubiere constatado en las actuaciones de ejecución que, efectivamente, el expolio ha sido llevado a cabo por el cónyuge o progenitor que abandonó la vivienda familiar, nos toparemos con el inconveniente de que, salvo inventario previo, se desconocerá cuáles son los concretos bienes, objetos y enseres del ajuar retirados y el lugar en que se encuentran, lo que imposibilitará en la práctica tanto despachar ejecución para la entrega forzosa de los bienes, al no poder ser habidas las cosas concretas y determinadas que deben entregarse, como fijar la justa compensación pecuniaria a que se refiere el artículo 701.3, al no ser posible la tasación de su valor por perito alguno sin tenerlas a la vista.

Obsérvese que la sustitución de la obligación de entrega de cosas concretas y determinadas del mobiliario y ajuar, que no puedan ser habidas, por la justa compensación pecuniaria del artículo 701.3, presentará grandes dificultades, a veces insalvables. Así, por ejemplo, puede resultar imposible establecer cuál ha de ser el importe de la justa compensación al no ser posible tasar el valor del bien desaparecido ¿Habrá de tomarse el equivalente pecuniario del

bien u objeto no entregado? ¿Su valor? En estos casos, de existir datos en los autos que permitan individualizar el bien u objeto de que se trate, la justa compensación podría consistir en el valor en el mercado de un bien u objeto equivalente al desaparecido o no entregado.

No existe en la práctica forense un criterio uniforme sobre el precepto procesal a aplicar en estos supuestos para lograr la ejecución forzosa de la obligación, siendo factible encontrar soluciones tan dispares como las apuntadas en el epígrafe C) que antecede.

f) La obligación de reparar los daños o desperfectos causados en la vivienda por el cónyuge o progenitor que la abandona

En principio, la atribución del uso exclusivo de la vivienda familiar a uno de los cónyuges se traduce en la imposición de la obligación de entrega de la posesión del inmueble que ha constituido la sede del domicilio familiar al cónyuge titular del derecho de uso del mismo y, en consecuencia, a efectos de la ejecución forzosa de tal obligación, habremos de acudir a las normas de la LEC que regulan la ejecución por deberes de entregar bienes inmuebles (artículos 703 y 704 de la LEC). Ahora bien, la obligación principal de hacer entrega de la posesión del bien inmueble al cónyuge a quien se atribuye la titularidad de un derecho de uso exclusivo, comprende, conforme a la normativa general de las obligaciones de dar o entregar cosa determinada (artículos 1094, 1097, 1101 y 1468 del CC, entre otros) el deber de hacer entrega del inmueble en el estado en que se encuentre al tiempo de constituirse la obligación, con todos sus accesorios y pertenencias, esto es, el del cumplimiento íntegro de la prestación debida.

De ahí que la LEC, en su artículo 703.3[15], imponga al obligado a hacer entrega de un inmueble el deber de responder de los daños y perjuicios causados cuando en el acto del lanzamiento y entrega de la posesión se hiciere constar la existencia de desperfectos en el inmueble originados por el ejecutado o los ocupantes del mismo.

De acuerdo con ello, parece que, en los supuestos en que el cónyuge no titular del derecho de uso de la vivienda familiar causa en ella daños, desperfectos o deterioros antes de desalojarla para que sea ocupada por el cónyuge titular del derecho de uso, la ejecución forzosa a seguir para conseguir la reparación de tales daños o desperfectos habrá de ser la prevista en el artículo 703.3 de la LEC.

No es infrecuente, por desgracia, en la práctica encontrar casos, normalmente asociados a supuestos de expolio del ajuar, en que el cónyuge obligado a desalojar la vivienda familiar, además de arramblar con todo el mobiliario existente, causa en el inmueble, antes de abandonarlo, toda clase de daños y desperfectos en sus elementos integrantes o pertenencias con el único fin de hacerle inhabitable para el otro cónyuge: arrancamiento de los sanitarios y obturación deliberada de las tuberías de agua o desagües de aguas residuales o fecales; sustracción o inutilización de la grifería; destrucción del sistema eléctrico o de calefacción; destrozos en el pavimento o suelo de las habitaciones o en sus armarios; roturas del rodapié e incluso derribo de tabiques.

15. Dispone el artículo 703.3 de la LEC: «De hacerse constar en el lanzamiento la existencia de desperfectos en el inmueble originados por el ejecutado o los ocupantes, se podrá acordar la retención y constitución en depósito de bienes suficientes del posible responsable, para responder de los daños y perjuicios causados, que se liquidará, en su caso y a petición del ejecutante, de conformidad con lo previsto en los artículos 712 y siguientes».

En todos estos supuestos, si la existencia de los daños, deterioros o desperfectos en la vivienda familiar se pusiere de manifiesto en el momento de procederse a efectuar el lanzamiento y entrega de la posesión al cónyuge titular, se podrá, a petición del titular del derecho de uso de la vivienda, acordar la retención y constitución en depósito de bienes suficientes del posible responsable para responder de los daños y perjuicios causados. Naturalmente, la retención y depósito sólo podrá ejecutarse sobre aquellos bienes y enseres existentes en la vivienda familiar que tuviere derecho a retirar de ella el cónyuge causante de los daños, únicos que no formarán parte del mobiliario y ajuar.

En caso de que los daños o desperfectos se descubrieren con posterioridad al momento del abandono del inmueble por el cónyuge no titular del uso, la retención y depósito indicados sólo serán factibles si aún existieren en la vivienda bienes y enseres de la titularidad exclusiva del ejecutado causante de los daños y desperfectos.

En ambos casos, la ejecución forzosa a seguir para obtener la reparación de los desperfectos y la reposición del inmueble al estado en que se hallaba antes de causarse los daños consistirá en requerir al ejecutado para que, conforme al artículo 706.1 de la LEC, lleve a cabo las obras de arreglo y reparación necesarias en el inmueble, bajo apercibimiento de que, en caso de no hacerlo en el plazo a tal fin concedido, el ejecutante podrá pedir que se le faculte para encargarlo a un tercero, a costa del ejecutado, o reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios.

El Auto de la AP de Barcelona, Sec. 18.ª, de 7 de marzo de 2005, resolución 47/2005, recurso 384/2004, ponente: Sra. Noblezas Negrillo, M., Roj AAP B 1032/2005, en un caso en que el marido causó en la vivienda cuyo uso se había atribuido a la esposa, destrozos en paredes, en los rodapiés y en la instalación eléctrica del inmueble, entendió de aplicación el artículo 706.1 de la LEC, referido a la ejecución forzosa de las obligaciones de hacer no personalísimo y, en consecuencia, requirió al ejecutado para que en un determinado plazo procediera a realizar las obras de electricidad y pintura necesarias para reponer el inmueble a su estado anterior a los daños causados, bajo apercibimiento de hacerse por un tercero, a su costa, o condenarle al resarcimiento de perjuicios, en ambos casos con aplicación de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 706.

El Auto de la AP de Barcelona, Sec. 12.ª, de 6 de mayo de 2003, recurso 101/2003, ponente: Sra. Fernández San Miguel, A.J., Roj: AAP B 644/2003, para un supuesto en que la esposa había causado daños en los aparatos de aire acondicionado instalados en el inmueble, cuyo uso se atribuyó al marido, consideró, en cambio, de aplicación lo dispuesto en el artículo 709 de la LEC, estimando así que se ejecutaba una obligación de hacer personalísimo.

g) El *dies a quo* para el cómputo del plazo de atribución temporal del derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de entrega de la misma sin mobiliario y ajuar

En los casos de atribución temporal del derecho de uso de la vivienda familiar, ¿comienza a correr el cómputo del plazo de atribución aunque la vivienda se entregue sin el mobiliario y ajuar que resultan imprescindibles para habitarla? ¿O con daños o desperfectos en los elementos integrantes o pertenencias del inmueble que conviertan a éste en inhabitable? ¿O sólo correrá desde que el cónyuge que la abandonó reintegre al inmueble dicho mobiliario y ajuar o se autorice al ejecutante a adquirir a costa del ejecutado bienes y enseres similares

que sustituyan a los indebidamente retirados? ¿O desde la reparación de los daños y desperfectos que convertían a la vivienda en inhabitable? Me inclino por la segunda posibilidad. Una interpretación finalista del precepto contenido en el artículo 96 del CC, acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva, del que forma parte el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales en sus propios términos, conduce inexorablemente a entender que, en los supuestos de atribución temporal y alternativa a ambos cónyuges del derecho de uso de la vivienda familiar, el plazo de ocupación exclusiva de la vivienda por cada uno de ellos sólo debe comenzar a correr cuando el cónyuge al que corresponda entre efectivamente en posesión del inmueble y reciba junto con él el mobiliario y ajuar doméstico imprescindibles para la habitabilidad del mismo, esto es, para poder utilizar con un mínimo de dignidad el inmueble como casa-habitación.

La obligación de un cónyuge de abandonar la vivienda familiar para que el otro pueda habitar en ella durante el período que le corresponde, lleva implícita la obligación de hacer entrega, junto con la posesión del inmueble, la del mobiliario y ajuar existentes en el mismo, de forma tal que la vivienda, con su mobiliario y ajuar, pueda servir de casa-habitación a sus moradores. Podría decirse que el objeto de la obligación del cónyuge que abandona la vivienda para que la ocupe el otro, en su turno correspondiente, es similar a la que pesaba sobre el arrendador en el contrato de arrendamiento de viviendas amuebladas, que, conforme al artículo 43 del texto refundido de la derogada Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, era la de entregar conjuntamente con la vivienda el mobiliario adecuado y suficiente para servir de casa-habitación.

Parece evidente que, si el inmueble no se entrega en condiciones de servir de casa-habitación por haberse extraído del mismo partes integrantes o pertenencias imprescindibles para vivir dignamente en él[16], no puede entenderse cumplida la obligación de entrega de la posesión del inmueble por el deudor, ya que éste ha de entregarlo con los accesorios, instalaciones no separables y pertenencias estrictamente necesarias para la utilización ordinaria del inmueble como vivienda (argumento *ex* artículos 1097 del CC y 703.2 de la LEC).

Otro tanto ocurrirá cuando la parte ejecutada haya distraído la totalidad del mobiliario y ajuar existente en la vivienda familiar o se haya llevado consigo los muebles y enseres más elementales para que el inmueble pueda servir como casa-habitación (como camas, mesas y sillas, electrodomésticos, útiles y mobiliario de cocina, etc.) dejando la casa desvalijada.

El Auto de la AP de Madrid, Sec. 22.ª, de 16 de febrero de 2007, resolución 45/2007, recurso 1010/2006, ponente: Sra. Neira Vázquez, C., N.I.G. 2800017025885/2006, viene a admitir, de forma implícita, que no comienza a correr el plazo del derecho de uso, atribuido alternativamente a los cónyuges por plazo de 4 meses, cuando, al finalizar su turno, uno de los cónyuges desvalija el inmueble y se lleva consigo la totalidad del mobiliario y pertenencias, haciéndolo inhabitable.

En consecuencia, en estos casos, la ejecución consistirá, conforme dispone el artículo 699 de la LEC, en requerir, en primer lugar, al ejecutado para que, en el plazo que al efecto

16. Sería contrario a esa dignidad y decoro pretender que se pueda vivir en una vivienda de la que se ha retirado toda la grifería de la cocina o baños, o en la que faltan las puertas interiores, o las conducciones de agua o de desagüe han sido intencionadamente obturadas, o se han arrancado los sanitarios del cuarto de aseo, etc.

se le conceda, restituya el inmueble al estado en que se hallaba con anterioridad, con todas sus partes no separables, accesorios y pertenencias, reintegrando al mismo el mobiliario y ajuar distraídos (artículo 701.1 de la LEC).

Cuando el ejecutado no cumpliere el requerimiento en el plazo concedido al efecto, el ejecutante podrá, respecto de los desperfectos observados en el inmueble, pedir la indemnización correspondiente por daños y perjuicios (artículos 1101 a 1108 del CC y 703.3 de la LEC), y respecto del mobiliario y ajuar no restituido, si no pudiere ser habido, pedir que su falta de entrega se sustituya por una justa compensación pecuniaria a establecer por los trámites previstos en los artículos 712 y siguientes de la LEC.

h) El momento procesal oportuno para la práctica de la diligencia de formación de inventario de los bienes y objetos que componen el mobiliario y ajuar de la vivienda familiar

¿Cabe solicitar, en ejecución, por el cónyuge que ha abandonado la vivienda familiar, que se forme inventario del mobiliario y ajuar existentes en la misma cuando ha transcurrido un considerable período de tiempo desde que tomó posesión de ésta el cónyuge titular del derecho de uso?

La respuesta a esta pregunta debe buscarse, en el plano sustantivo, en la correcta interpretación de la norma contenida en el artículo 103.2.ª, que establece, en sede de medidas provisionales, que el juez, entre otras medidas, determinará cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno.

Ante todo, no debe perderse de vista que el precepto que contempla la posibilidad de formar inventario del mobiliario y ajuar existentes en la vivienda familiar está encuadrado en la regulación de las medidas provisionales, ubicación sistemática del precepto que refuerza la consideración de la diligencia de formación de inventario como medida de naturaleza cautelar, en consonancia con lo expresamente dispuesto en el inciso final de la regla 2.ª del artículo 103 del CC («..., así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno»).

En segundo lugar, la diligencia de formación de inventario parece prevista legalmente tan sólo para los supuestos en que, en el momento de dar posesión de la vivienda familiar y del mobiliario y ajuar existentes en ella al cónyuge titular del derecho de uso, la vivienda esté ocupada por el otro cónyuge, el que ha de abandonarla. Es más, el supuesto de hecho normativo del artículo 103.2.ª del CC contempla tan sólo el caso de que la vivienda familiar continúe siendo ocupada, durante la pendencia del proceso matrimonial, por ambos cónyuges, como se infiere, de forma inconcusa, de la dicción literal del precepto («Determinar ... cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar...»). Específicamente exige el precepto que el inventario sea previo a la puesta en posesión tanto de la vivienda como del ajuar y que éste comprenda tanto «los bienes y objetos del ajuar que continúen en ésta», es decir, en la vivienda familiar, como «los que se ha de llevar el otro cónyuge». De ello ha de inferirse que la diligencia de inventario contemplada en el ordinal 2.º del artículo 103 encuentra su *ratio essendi* en la conveniencia de dotar de fijeza y certeza, en aras de la

necesaria seguridad jurídica de las partes, al estado posesorio en que quedan el mobiliario y ajuar familiar, precisando qué bienes y objetos integrantes del mismo permanecen en la vivienda familiar bajo la posesión del cónyuge que continúa en la vivienda, y cuáles lleva consigo y quedan en poder y posesión del cónyuge que la abandona.

La determinación, a través del inventario judicial, de los bienes y objetos del ajuar que permanecen en la vivienda familiar y los que lleva consigo el cónyuge que la abandona, cumple una triple función:

a) Preconstituye una prueba que acredita la existencia de los bienes y objetos que forman el ajuar familiar, permitiendo[17] identificar e individualizar cada uno de dichos bienes y conocer cuál de los cónyuges es el poseedor de cada uno de ellos.

b) Constituye una medida conservativa de tales bienes en cuanto la certeza sobre la preexistencia de los mismos y su poseedor se erige en elemento disuasorio de conductas de sustracción u ocultación o deterioro doloso de tales bienes por sus legítimos poseedores, y

c) Garantiza la efectividad de los pronunciamientos judiciales futuros sobre titularidad dominical de los bienes y objetos del ajuar conyugal para el supuesto de que hubiere discrepancia acerca de su pertenencia al patrimonio común o al privativo de uno de los cónyuges, pues tanto si los bienes y objetos siguen estando en posesión del cónyuge obligado a entregarlos al otro, como si han desaparecido o se han destruido, la certeza de su preexistencia, su adecuada identificación e individualización y la determinación del momento exacto de la entrada en posesión del bien u objeto de que se trate, permitirán ejecutar en todo caso, en vía forzosa, la obligación de entregar de ese concreto bien judicialmente impuesta.

Fácilmente se comprende, por tanto, que la realización de la diligencia de formación de inventario de los bienes y objetos que componen el ajuar en un momento posterior al desalojo de la vivienda familiar, a petición del cónyuge que voluntariamente la abandonó, y tras haber tomado posesión de la misma el cónyuge titular del derecho de uso, carece por completo de sentido al haber perdido el inventario gran parte de su virtualidad y eficacia, en los términos expuestos, pues, como es obvio, se desconocerá qué bienes y objetos del ajuar familiar llevó consigo el cónyuge al abandonar la vivienda, sin que exista, tampoco, la certeza de que los bienes y objetos que dejó en la vivienda familiar al abandonarla sean los que constituyen en la actualidad el ajuar familiar pues tuvo en su mano sustituirlos por otros de menor valor[18], posibilidad de la que puede hacer uso igualmente el cónyuge titular del derecho de uso de la vivienda una vez que toma posesión de ella.

En consecuencia, cuando el cónyuge que abandonó voluntariamente la vivienda familiar formule demanda ejecutiva en solicitud de que se forme judicialmente inventario del mobiliario y ajuar existentes en aquella, después de haber tomado posesión de la vivienda, judicial o extrajudicialmente, el otro cónyuge, sin hacerse inventario alguno, podrá denegarse el despacho de ejecución con fundamento en lo establecido en el artículo 551.1 de la LEC

17. En función, claro está, de la minuciosidad o detalle con que esté redactada la diligencia de formación judicial de inventario de tales bienes.

18. Por ejemplo, sustituyendo una pintura auténtica de un pintor muy cotizado por una copia falsificada, o sustituyendo electrodomésticos nuevos por otros usados muy deteriorados.

por considerar que los actos de ejecución solicitados no son conformes con la naturaleza y contenido del título y son totalmente ineficaces en orden a la consecución de la finalidad prevista legalmente.

Ahora bien, la salida voluntaria de la vivienda familiar del cónyuge que debe abandonarla no puede impedir al titular del derecho de uso pedir la formación judicial de inventario de los bienes y objetos del ajuar existentes en la vivienda en el momento de tomar su posesión, pues ello le permitirá acreditar ulteriormente qué bienes se encontraban en la vivienda en el momento de acceder a ella y cuáles no, y, por exclusión, los bienes que adquiera con posterioridad en sustitución de los primitivos que, por su desgaste o deterioro, deban ser retirados y sustituidos. Naturalmente, para que el inventario posea la eficacia propia de dicha diligencia, habrá de ser anterior o, al menos simultáneo, a la toma de posesión –judicial o extrajudicial– del inmueble por parte del cónyuge titular del derecho de uso, ya que, de haber transcurrido un considerable período de tiempo entre la entrada efectiva en posesión de la vivienda por dicho cónyuge y la fecha de realización del inventario, éste carecerá, por completo, de eficacia, pues nada garantizará que en el interregno transcurrido entre uno y otro momento (la toma de posesión y la formación judicial de inventario) no se haya alterado la composición del ajuar familiar por el cónyuge solicitante de la diligencia de inventario, extrayendo de la vivienda los bienes y objetos del ajuar que haya tenido por conveniente o sustituyéndolos por otros.

La falta de realización del inventario de los bienes y enseres existentes en el domicilio familiar en el momento procesal oportuno suele determinar el fracaso de las pretensiones dirigidas a solicitar, bien la reclamación de una indemnización por la sustracción de los bienes al abandonar el domicilio familiar, bien que se requiera al cónyuge que causó el despojo para que restituya a la vivienda los muebles y enseres retirados. En ambos casos, la falta de acreditación de la preexistencia de los bienes, y la ausencia de prueba acerca del cónyuge que los retiró indebidamente, que puede ser tanto el cónyuge que salió de la vivienda como el que permanece en ella y con ánimo engañoso los oculta y distrae, se erigen en obstáculos infranqueables para la prosperabilidad de aquellas pretensiones.

El Auto de la AP de Barcelona, Sec. 12.ª, de 1 de junio de 1999, ponente: Sra. Salvá Cortés, M. (DF/ 03747) desestima la reclamación de daños y perjuicios formulada, en ejecución, por la esposa por las ropas y enseres retenidos y no entregados por el marido al salir de la vivienda conyugal, señalando:

> «... al no haberse realizado ningún inventario previo en el que se constatara tanto la relación de muebles, enseres y ropa, como su estado, que se integraban dentro de la vivienda conyugal, y, además, al no haberse procedido a un acuerdo mutuo en el que expresamente se relacionara lo correspondiente a cada cónyuge, ello vacía la base fáctica de la reclamación tanto de los bienes como de su valor que instó la esposa y apelada...».

En igual sentido, el Auto de la AP de Madrid, Sec. 22.ª de 11 de junio de 2002, recurso núm. 830/2001, ponente: Sra. Neira Vázquez, C., Id. Cendoj 28079370222002200068, deniega el despacho de ejecución para requerir a la esposa el reintegro a la vivienda de los bienes y objetos integrantes del ajuar que se llevó al abandonarlo, porque, al no haberse practicado inventario judicial del mobiliario y ajuar, no es posible determinar con precisión y claridad qué bienes componen el ajuar ni cuáles faltan en la vivienda, ni qué cónyuge lo ha sustraído u ocultado.

El Auto de la AP de Madrid, Sec. 22.ª, de 2 de julio de 2004, resolución 189/2004, recurso 326/2004, ponente: Sr. Galán Cáceres, E., Id. Cendoj: 28079937022200420003 3, deniega requerir a la esposa para que reintegre los bienes que ha extraído de la vivienda al abandonarla puesto que no se solicitó la formación de inventario en el acto del lanzamiento ni en dicho momento se hizo protesta o reserva por el marido de la falta de bienes cuyo reintegro luego se reclama. Esta resolución, además, parece situar el momento preclusivo para solicitar la realización de inventario del mobiliario y ajuar en el del lanzamiento del cónyuge no titular del derecho de uso de la vivienda familiar. En el caso, la sentencia atribuyó el uso de la vivienda familiar y el mobiliario y ajuar existentes en ésta al marido, que había abandonado la vivienda familiar al iniciarse el proceso. Dictada sentencia, se llevó a cabo el lanzamiento de la esposa de la vivienda familiar a petición del marido y se le dio a éste posesión de la vivienda, archivándose las actuaciones. Seis meses más tarde el marido solicitó se requiriera a la esposa para que devolviera los bienes y enseres que de modo indebido extrajo del domicilio. El juzgado denegó el despacho de ejecución y la Audiencia confirma su resolución en base a que «ya se había procedido al lanzamiento y se habían recogido los muebles y enseres». Y ante la alegación de la ejecutada, que, entrando en el fondo del asunto, afirmaba que sólo se llevó del domicilio los bienes que eran de su exclusiva propiedad, la Audiencia señala que «es lo procedente remitir a las partes al procedimiento de liquidación del patrimonio común a fin de que, en dicha sede procesal, se proceda a debatir la problemática ahora suscitada...»

Partiendo de estas consideraciones, entiendo que sólo debe accederse a despachar ejecución para acordar la práctica de inventario judicial del mobiliario y ajuar existente en la vivienda familiar cuando la diligencia de formación de inventario constituya un acto de ejecución válido y eficaz en orden a la consecución de la finalidad prevista legalmente, que no es otra que la de fijar con certeza qué concretos bienes y objetos forman el mobiliario y ajuar; establecer con total seguridad jurídica cuáles quedan en posesión de una u otra parte y salvaguardar las titularidades dominicales, comunes o privativas, que sobre éstos puedan reconocerse a cualquiera de ellos en el ulterior proceso de liquidación del patrimonio común.

B) La obligación de entrega de las ropas y objetos de uso personal, y de los bienes de su exclusiva pertenencia, al cónyuge o progenitor que abandona la vivienda

La retirada, por parte del progenitor que abandona la vivienda familiar, de los bienes y objetos de uso personal y de su exclusiva pertenencia, plantea una rica problemática, similar a la expuesta en relación al mobiliario y ajuar, en cuanto puede ocasionar disputas tanto la determinación de los bienes y objetos que se consideran de uso personal del cónyuge que abandona la vivienda y pueden ser retirados por él, como la realización de inventario de tales bienes y objetos, o el momento procesal oportuno para solicitar la retirada.

a) Bienes y objetos que puede retirar de la vivienda familiar el cónyuge o progenitor que la abandona

Es frecuente que en fase de ejecución de sentencia de los procesos matrimoniales o de guarda y alimentos de carácter contencioso se susciten controversias en torno a qué bienes u objetos puede llevarse de la vivienda familiar el cónyuge o progenitor que la abandona y cuáles no. La resolución judicial, recaída en este tipo de procesos, en base a lo establecido

en el artículo 96 y/o 103.2.ª del CC, tras atribuir el uso de la vivienda familiar un cónyuge (y en su caso a los hijos que quedan en su compañía) y conminar a éste para que desaloje la vivienda en un determinado plazo, bajo apercibimiento de lanzamiento, autoriza a este último a retirar de dicha vivienda, previo inventario, **las ropas y enseres de uso personal y los objetos de su exclusiva pertenencia.**

El primer grupo de los bienes y objetos que pueden ser retirados de la vivienda, las ropas y enseres de uso personal, aparece definido y caracterizado por el uso o destino ordinario concedido a los mismos: el uso personal por el miembro de la familia obligado a abandonar la vivienda. Es lógico que la ley establezca la entrega de tales bienes u objetos a la persona que los utiliza, haciendo completa abstracción de su titularidad dominical, al ser de todo punto contrario a cualquier criterio de utilidad económica impedir servirse de ellos al único que los necesita y utiliza, máxime cuando, en muchos casos, su falta de uso podría acarrear su deterioro, e incluso su pérdida.

Dentro de este primer grupo de estos bienes y objetos han de entenderse incluidas **las ropas de uso personal**, en el que se integran las que constituyen el **vestuario**, es decir, todas las prendas utilizadas para vestir, tanto la ropa interior o íntima como la que resulta visible exteriormente y los denominados **complementos** del vestir (sombreros, pamelas, gorros, boinas, viseras, cinturones, bufandas, guantes, etc.); también **el calzado de cualquier tipo** (deportivo, botas, botines, zapatos, zapatillas, sandalias, chanclas, etc.)

También forman parte de este primer grupo de bienes que puede retirar el cónyuge o progenitor de la vivienda familiar al abandonarla **los bienes de uso personal** o **personalísimo.**

Por tales deben entenderse, como dice el Auto de la AP de Barcelona, Sec. 12.ª, de 30 de junio de 1999, ponente: Sr. Subirás Roca, M. (DF-03748), «los enseres personalizados por su fin o requeridos por su propio trabajo, pero dejando la vivienda en las mismas condiciones de habitabilidad y ornato de que disponía». **Son personalizados por su fin** aquellos **enseres u objetos de uso personalísimo,** es decir, que sólo pueden ser utilizados, por razones de higiene u otro motivo, por una persona, como los útiles de aseo o limpieza personal, y también aquellos cuyo principal valor no es el material o económico, sino el espiritual o afectivo, como los recuerdos (fotografías exclusivamente personales de eventos o acontecimientos), los premios personales (por ejemplo, la placa, trofeo, diploma o distinción acreditativa de un premio deportivo, laboral, profesional o académico; las medallas, condecoraciones, menciones o reconocimientos honoríficos), los documentos acreditativos de la obtención de títulos académicos, realización de másters, cursos de posgrado, formación o perfeccionamiento. También se consideran bienes de uso personal **los enseres u objetos de uso profesional, como los útiles, herramientas o instrumentos necesarios para el desempeño de la profesión, arte u oficio** (libros, ordenador personal portátil, mobiliario del despacho profesional abierto al público, etc.) **y los elementos, herramientas u objetos imprescindibles para el desarrollo del *hobby,* deporte o afición personal del que abandona la vivienda** (equipo de esquiar, equipo para practicar montañismo o alpinismo; útiles para manualidades o bricolaje, etc.)

Por lo que se refiere a los enseres u objetos de uso profesional ha de tenerse en cuenta que el artículo 1346.8.º, en el régimen de sociedad de gananciales, considera privativos de cada cónyuge los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación

de carácter común, añadiendo el artículo que tales instrumentos no perderán su carácter privativo por el hecho de que su adquisición se haya realizado con fondos comunes, sin perjuicio de que la sociedad sea acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho.

La Sentencia de la AP de Granada, Sec. 3.ª, de 13 de enero de 2006, resolución 7/2006, recurso 878/2005, ponente: Sr. Jiménez Burkhardt, J.M., SP/SENTE/91842, considera instrumentos de uso profesional del marido, profesor de Filología, los libros acumulados por el mismo durante años, ya que, dice, excusa decir la importancia que para el desarrollo de su profesión ha de tener la posesión de los libros acumulados durante años de ejercicio», y le autoriza a retirarlos de la vivienda al abandonarla.

El segundo grupo de bienes es el formado por **los bienes y objetos de la exclusiva pertenencia** de quien abandona la vivienda familiar, siempre que éstos no formen parte del mobiliario y ajuar de uso ordinario por el cónyuge e hijos que permanecen en la vivienda porque, en caso de ser utilizados habitualmente por éstos y ser precisos para cubrir sus necesidades de todo orden, habrán de continuar en la misma por integrar el ajuar, el cual, como sabemos, se determina con independencia de la titularidad dominical de los bienes que lo integran.

Cuando la titularidad dominical de los bienes que pretende retirar el cónyuge que abandona la vivienda familiar sea objeto de discusión entre las partes, la discrepancia no podrá ser objeto de resolución en ejecución de sentencia porque la cuestión excede, notoriamente, del contenido del título ejecutivo, y habrá de diferirse al proceso de liquidación del régimen económico-matrimonial correspondiente. Pero si tal titularidad dominical exclusiva está fijada en dicho proceso, ningún obstáculo habrá para su entrega. El Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sec. 4.ª, de 4 de marzo de 2005, recurso 57/2005, ponente: Sr. Fernández-Montells Fernández, A.M. (SP/SENT/78712), ordena hacer entrega al marido ejecutante de los objetos y efectos personales de la vivienda familiar atribuida a la esposa custodia, que le fueron adjudicados a aquél en la liquidación. La sentencia de separación había atribuido el uso y disfrute de la vivienda a los hijos menores en compañía de la madre, «pudiendo el otro progenitor retirar sus objetos y efectos personales y de su exclusiva pertenencia, previo inventario tanto de lo que permanezca en la vivienda como de lo que extraiga el cónyuge que la abandona». En ejecución de la misma la madre se opuso a la retirada de bien alguno por el marido alegando que el uso exclusivo del ajuar estaba atribuido a los hijos y a la madre y la entrega lesionaba el derecho de los hijos. La Audiencia señala (FJ 3):

> «Fue incluido en el activo del inventario de la sociedad de gananciales el ajuar doméstico, y el contador partidor dirimente intentó en su cuaderno con su reparto, aprobado judicialmente, que quedaran cubiertas las necesidades ordinarias de las dos partes, y así resulta de la mera comprobación de las partidas adjudicadas de dichos bienes a cada uno de los cónyuges, quedando suficientemente cubiertas sus necesidades la madre y sus hijos a ella adjudicados. Motivos por los que, en consonancia con el juez *a quo*, consideramos en el caso que no se vulnera derecho de uso alguno reconocido a los hijos menores en la sentencia de separación con el despacho de ejecución.»

No cabe, en cambio, retirar del domicilio familiar, aquellos muebles, objetos o enseres que aun perteneciendo exclusivamente al cónyuge o progenitor que debe abandonarlo han sido de uso ordinario de la familia, ya que el uso de la vivienda familiar lleva implícito el del uso del mobiliario y ajuar de uso ordinario de la familia existente en ella. En consecuencia no puede un cónyuge, so pretexto de llevar consigo los bienes de su propiedad exclusiva,

vaciar de muebles y enseres la vivienda, haciéndola inhabitable o privándola de objetos o elementos que han constituido su ornato habitual, porque la retirada de los bienes de su exclusiva pertenencia por el cónyuge o progenitor que abandona la vivienda familiar ha de entenderse referida a aquellos que no tengan en sí mismos la consideración de mobiliario y ajuar doméstico de la vivienda familiar por ser de uso común y habitual por los miembros de la vivienda familiar que permanecen en ella.

En particular, se ha estimado (Sentencia de la AP de Málaga, Sec. 6.ª, de 12 de septiembre de 2007, resolución 232/2007, recurso 453/2007, ponente: Sr. Díez Nuñez, J.J, SP/SENT/133082, que no pueden considerarse enseres de uso exclusivamente personal del cónyuge que debe abandonar la vivienda «los cuadros, elementos de ornamentación, electrodomésticos, aparatos electrónicos o retirada del sistema de alarma instalado en la vivienda».

b) Cauce procesal para dirimir las controversias sobre los bienes y objetos que pueden ser retirados de la vivienda y criterios a seguir para resolver las divergencias

¿Cabe pedir en el proceso matrimonial pronunciamientos de condena imponiendo al cónyuge al que se atribuye el uso de la vivienda y ajuar familiar la obligación de entregar al cónyuge que abandona la vivienda familiar determinados bienes u objetos de uso personal y/o de su exclusiva pertenencia existentes en la vivienda?

En principio, fuera de los casos en que, pedido tal pronunciamiento por una parte, la otra reconozca la existencia del bien y que el mismo se encuentra en el domicilio familiar, de tal modo que la divergencia entre partes se limite a si los objetos o enseres forman o no parte del ajuar familiar, no resulta admisible tal pronunciamiento porque es ajeno a la naturaleza de los efectos o medidas complementarios de la crisis matrimonial e introduce en el proceso pretensiones relativas a la existencia en el matrimonio de bienes u objetos y sobre la naturaleza común o privativa de los mismos que tienen su cauce adecuado de resolución en el juicio de liquidación del régimen económico-matrimonial correspondiente, sea el de sociedad de gananciales o cualquier otro.

Así parece entenderlo la Sentencia de la AP de Barcelona, Sec. 12.ª, de 28 de noviembre de 2007, resolución 732/2007, recurso 702/2007, ponente: Sra. Alonso Martínez, M. del M., SP/SENT/148976, que, en un proceso de divorcio, deniega al marido la entrega de la cadena musical, un TV y libros existentes en el domicilio familiar, por no constar su preexistencia ni su titularidad, con este argumento:

> «Interesa el apelante la entrega de una cadena musical Tecnichs, TV de plasma y libros habidos en el domicilio conyugal. La sentencia de instancia no alude de forma expresa a tal entrega si bien, no conteniendo su acuerdo, la desestima. Pues bien, no cabe en esta resolución el pronunciamiento invocando, no constando la preexistencia de tales bienes, ni su titularidad de forma indubitada, pareciendo componer el ajuar doméstico, pudiendo en su caso el apelante instar las acciones correspondientes tendentes a acreditar su titularidad o reclamar su entrega, excediendo lo ahora interesado del objeto de estos autos.»

De forma distinta se plantea la cuestión cuando la sentencia o resolución recaída en el proceso matrimonial contiene un pronunciamiento genérico de atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar a uno de los cónyuges y autoriza al que debe salir de la vivienda a llevar consigo, al abandonarla, sus objetos y enseres de uso personal y bienes de su exclu-

siva pertenencia. En tales casos, las controversias sobre los concretos bienes u objetos que pueden extraerse del domicilio conyugal se suscitarán, necesariamente, en ejecución de sentencia y habrán de sustanciarse fundamentalmente a través del trámite de oposición al despacho de ejecución en los términos ya vistos en el epígrafe II.2.1.4 que antecede, referido al cauce procesal a seguir para dirimir las controversias sobre los concretos bienes y objetos que constituyen el mobiliario y ajuar.

En cuanto a los criterios a aplicar para resolver las controversias que puedan surgir acerca de los objetos y enseres personales que un cónyuge puede retirar del domicilio conyugal al abandonarlo, deberán seguirse los ya explicitados en el anterior epígrafe II.2.1.4, pero sin olvidar que no es posible convertir el proceso de ejecución en un proceso declarativo de modo que aquellos pronunciamientos declarativos que exijan una previa *cognitio* y tengan un cauce procesal específico para su resolución deben quedar imprejuzgados, pudiendo acudir las partes al proceso correspondiente para dirimir sus diferencias. Así lo señala, con cita de la doctrina jurisprudencial que la respalda, la Sentencia de la AP de Málaga, Sec. 6.ª, de 12 de septiembre de 2007, resolución 232/2007, recurso 453/2007, ponente: Sr. Díez Nuñez, J.J, SP/SENT/133082, al decir:

> «... la ejecución de una sentencia no inicia un nuevo proceso, tal y como nos recuerda la Sala 1.ª del Tribunal Supremo en Sentencias de 20 de abril de 1950 y 8 de febrero de 1983, no siendo posible, por tanto, pretender debatir en el incidente de ejecución, si los bienes retirados pertenecen conjuntamente a ambos cónyuges por ser gananciales o de única y exclusiva titularidad dominical de uno de ellos».

c) El momento procesal oportuno para la retirada

Parece fuera de toda duda que el momento procesal más idóneo para que el cónyuge que debe abandonar la vivienda familiar pueda retirar los enseres y objetos de uso personal y los de su exclusiva pertenencia ha de ser el momento en el que se procede a su lanzamiento y a hacer entrega de la posesión al titular del derecho de uso. Literalmente, el artículo 103.2.ª del CC parece referirse a esta hipótesis, al señalar que el juez determinará, en sede de medidas provisionales, «cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge...»

En la praxis está generalmente admitido que, aun no habiéndose acordado expresamente en la resolución judicial que acuerda el lanzamiento la formación de inventario de los bienes y enseres del ajuar que permanecen en la vivienda y los que retira el cónyuge que la abandona, se practique dicho inventario a petición de las partes presentes en la ejecución de la diligencia, si bien, por razones obvias, el inventario sólo se referirá a los bienes y objetos retirados por el ejecutado cuando éste se hallare presente en la diligencia y manifestare su deseo de llevarse sus ropas y objetos de uso personal y los de su exclusiva pertenencia, por no haberlos retirado anteriormente. En tal sentido, está admitido que habiéndose despachado ejecución tan sólo para el lanzamiento, se pueda hacer entrega al lanzado de sus ropas y objeto de uso personal si comparece al acto de la diligencia manifestando su deseo de retirar tales objetos.

¿Precluye el derecho a solicitar que se despache ejecución para la retirada de bienes y objetos de uso personal por parte del cónyuge que sale de la vivienda familiar? En principio

no prescribe la acción para pedir la ejecución de las sentencias o resoluciones judiciales firmes, pero sí puede prescribir la acción para reclamar la ejecución o cumplimiento de las obligaciones reconocidas en ellas.

Al margen de ello, como quiera que las resoluciones judiciales han de ejecutarse en sus propios términos (artículo 18.2 de la LOPJ), razón por la cual sólo puede despacharse ejecución cuando los actos de ejecución solicitados «sean conformes con la naturaleza y el contenido del título» (artículo 551.1 de la LEC), en los casos, bastante frecuentes en la práctica, en que la resolución judicial confiriendo el uso del mobiliario y ajuar a uno de los cónyuges haya concedido al otro cónyuge un plazo (que suele ser de ocho días) para retirar de la vivienda sus objetos de uso personal y los de su exclusiva pertenencia, una vez transcurrido el plazo contenido en la resolución para la retirada, la demanda ejecutiva presentada para autorizar la retirada de tales objetos «ya no encuentra cabida en el título ejecutivo oque ampara la demanda presentada», tal como señala el Auto de la AP de Barcelona, Sec. 12.ª, resolución 8/2008, recurso 745/2008, ponente: Sra. Alonso Martínez, M. del M., Roj AAP 206/2008.

En los procesos matrimoniales en que se hace atribución del derecho de uso del mobiliario y ajuar no cabe que se produzca la prescripción adquisitiva del dominio sobre tales bienes por parte del cónyuge no titular en cuanto en ningún caso concurriría el requisito de la posesión a título de dueño, de modo que en tanto permanezca en vigor el derecho de uso no podrán correr los plazos de la prescripción de cosas muebles.

Sin embargo, en determinados casos, no cabrá la ejecución del pronunciamiento relativo a la posible retirada de los bienes y objetos de uso personal por parte del cónyuge que sale de la vivienda familiar cuando la medida correspondiente sea sustituida por otra posterior que deje sin efecto y carente de sentido la primera.

Así, no sería admisible que el cónyuge obligado a abandonar la vivienda en la separación que no reclamó la entrega en ejecución de la sentencia dictada en dicho proceso, pidiera posteriormente en la demanda de divorcio que se acuerde la devolución o entrega de bienes que permanecen en la vivienda familiar. Simplemente, no cabe pedir en un nuevo juicio declarativo, la reiteración de un pronunciamiento ya acordado con anterioridad en otro proceso.

Tampoco es admisible pedir que se repita la diligencia judicial en su día ejecutada para que el cónyuge que debía abandonar la vivienda familiar pudiera sacar y retirar de ésta sus objetos y enseres personales, amparándose en la alegación de que dicha diligencia fue incompleta.

El Auto de la AP de Madrid, Sec. 22.ª, de 20 de octubre de 2006, resolución 235/2006, recurso 683/2006, ponente: Sra. Neira Vázquez, C., Roj AAP 11023/2006, confirma el auto dictado con fecha 1 de febrero de 2006 por el que se denegaba el despacho de ejecución instado por el marido por el que solicitaba se requiriera a la demandada la entrega de objetos y enseres personales del ejecutante, formándose inventario completo del mobiliario y ajuar doméstico existentes en el domicilio conyugal. El motivo radicaba en que ya el auto de medidas provisionales de 12 de septiembre de 2003, que atribuyó el uso de la vivienda y ajuar a la esposa había autorizado al marido a retirar de dicha vivienda, previo inventario, sus enseres y objetos personales y los de su exclusiva pertenencia, y que, en ejecución de dicho auto, se llevó a cabo diligencia de entrega de bienes al ahora ejecutante con fecha 10 de noviembre de 2003.

E igual ocurriría si, habiéndose practicado, con la presencia del ejecutado, el lanzamiento, éste no hubiera solicitado en dicho momento autorización para la retirada de sus objetos de uso personal. Tal falta de petición sería un acto propio concluyente que podría dar pie, razonablemente, a la contraparte para albergar la lógica expectativa de que no manifestó su voluntad de llevarse sus objetos personales por haberlos retirado con anterioridad a dicho momento o, simplemente, porque renunciaba a tal facultad, de modo que su petición ulterior y extemporánea podría considerarse contraria a la buena fe al defraudar las lógicas expectativas de renuncia que su inactividad procesal generó en la contraparte.

II.3. La retirada de mobiliario y ajuar y de objetos personales en casos especiales

A) Restitución posesoria de bienes u objetos personales de un cónyuge que estén en poder de terceros

Sucede en ocasiones que, a lo largo de la convivencia matrimonial, determinados bienes y enseres de la propiedad exclusiva de uno de los cónyuges, por razones de comodidad o conveniencia, son depositados de manera permanente fuera de la vivienda familiar, unas veces en un inmueble propiedad del cónyuge a quien no pertenece el bien mueble, y otras en uno propiedad de terceros (por ejemplo, de los suegros). En tales casos, producida la ruptura matrimonial, cuando se pretende recuperar el bien por el cónyuge propietario exclusivo del mismo nos encontramos con que, si el mueble u objeto se halla depositado en el inmueble propiedad de un tercero, no se puede despachar ejecución frente a éste, ajeno por completo al proceso matrimonial, para requerirle la entrega de un bien que está en su poder, y que, si el bien se encuentra en un inmueble distinto de la vivienda familiar, es dudoso que pueda considerarse parte del ajuar familiar, por lo que tampoco cabría, en trámite de ejecución, requerir al cónyuge en cuyo poder se encuentre para que proceda a su devolución, al no formar parte el bien del ajuar familiar.

Será preciso, por ello, que si el bien se encuentra en poder de un tercero se ejercite directamente frente a él una acción de reclamación de la posesión del bien, probando que se encuentra en su poder. La Sentencia de la AP de Vizcaya, Sec. 4.ª, de 18 de mayo de 2005, resolución 380/2005, ponente: Sr. Valdés Solis-Cecchini, F., desestima la demanda de juicio verbal en que la esposa reclamaba a la suegra la restitución posesoria del domicilio conyugal que quedó en el caserío de la propiedad de ésta, donde estuvieron viviendo los cónyuges hasta que la esposa salió voluntariamente antes del domicilio conyugal, sobre la base de que no está acreditado el despojo posesorio por parte de la demandada, ya que la existencia de un acta notarial en que la actora hace constar que se va del inmueble y deja allí el dormitorio matrimonial es un acto unilateral que no acredita el despojo posesorio.

En el auto de medidas provisionales de divorcio del Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Madrid de fecha 24 de enero de 2007, Autos 1088/2006, la esposa, que había abandonado voluntariamente el domicilio conyugal de Madrid y pedía la atribución del uso del mismo al marido, solicitaba la entrega de parte del mobiliario y ajuar existente en la vivienda familiar y de ciertos enseres de su propiedad exclusiva ubicados fuera del domicilio conyugal. Ambas peticiones le fueron denegadas, con estos razonamientos:

> «Por lo que se refiere a la petición de la esposa de que se le autorice a retirar del que constituyó el domicilio conyugal la relación de bienes y objetos que se detallan en la lista que presentó en la comparecencia de medidas, con objeto, según afirma, de poder amueblar con

lo elemental la vivienda que ahora ocupa, la misma debe rechazarse porque la mayor parte de los bienes y objetos relacionados forman parte del mobiliario y ajuar, el cual, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 103.2.ª del Código Civil, debe continuar en la vivienda familiar, cuyo uso se atribuye al marido, y de otro, en caso de discrepancia sobre qué bienes gananciales o comunes deban continuar en la vivienda y cuáles se hayan de entregar a uno u otro cónyuge por ser privativos del mismo, conforme dispone el artículo 103.4.ª, la cuestión deberá ser resuelta en el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales, ello sin perjuicio de que la esposa pueda retirar del que constituyó el domicilio conyugal sus ropas y objetos de uso personal y de su exclusiva pertenencia, previo inventario tanto de los bienes y objetos del ajuar que permanecen en la vivienda como de los que retire la esposa.

Resulta asimismo inatendible la petición de la esposa de que se le autorice a retirar de un trastero anejo a un inmueble privativo del esposo, ubicado en A.G., en Pamplona, ciertos enseres de su propiedad, en cuanto tales bienes no pueden considerarse parte del ajuar, al no estar situados en el interior de la vivienda familiar, sin perjuicio de que haga valer tal pretensión en el momento de liquidar la sociedad de gananciales.»

B) Retirada de la vivienda familiar de mobiliario y ajuar u objetos de uso personal pertenecientes a los hijos o a terceros

Sí resulta posible, en cambio, acordar la entrega de bienes u objetos existentes en la vivienda familiar que sean de uso personal de los hijos de los litigantes o de un tercero cuando se acredite que los bienes cuya entrega se solicita no forman parte del ajuar usado ordinariamente por los miembros de la familia que permanecen en la vivienda.

La Sentencia de la AP de Valencia, Sec. 10.ª, de 11 de marzo de 2003, ponente: Sra. Manzana Laguarda, M.P., accede a que la esposa restituya al marido diversos objetos (bicicletas, láminas, etc.) propiedad de los hijos mayores de edad que se encuentran en la vivienda cuyo uso se atribuyó en convenio a la madre, al reconocerse la existencia de tales bienes y no probarse el abandono de éstos por sus propietarios.

En el caso resuelto por la Sentencia de la AP de Tarragona, Sec. 3.ª, de 16 de diciembre de 2004, ponente: Sr. Vigo Morancho, A., el Tribunal autoriza a retirar de la vivienda familiar, cuyo uso fue atribuido a la esposa, una relación de bienes y enseres que consta acreditado que pertenecen a la madre del demandado, al no ostentar ningún derecho sobre los mismos de la actora.

Finalmente ha de tenerse en cuenta que, dada la adscripción de los bienes y objetos que integran el ajuar, por su destino, a satisfacer dentro de la vivienda familiar las necesidades ordinarias del cónyuge y los hijos a quienes se atribuye el uso de aquélla, en los casos de cambio de progenitor custodio sin atribución de domicilio, es factible pedir que parte del mobiliario y ajuar destinado al servicio de los hijos menores cuya custodia se atribuye a otro progenitor, se entreguen al mismo para cubrir las necesidades habitacionales del menor: así, por ejemplo, los muebles de su habitación, la mesa de estudio, su ordenador personal, etc. E, inclusive, en los casos de guarda y custodia repartida que el mobiliario y ajuar se distribuya entre los progenitores y los menores para atender igualitariamente sus necesidades. Así, por ejemplo, la Sentencia de la AP de Salamanca, Sec. 1.ª, resolución 187/2007, recurso 169/2007, ponente: Sr. González Clavijo, J.R., SP/SENT/13346, acuerda, en un procedimiento de modificación de medidas que atribuye a la madre la guarda y custodia de un hijo menor, inicialmente otorgada al padre, de forma expresa, que el hijo pueda recuperar sus objetos personales del domicilio paterno.

SOBRE LA COMPETENCIA OBJETIVA Y TERRITORIAL PARA EL DICTADO DE ÓRDENES DE PROTECCIÓN

JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ LAINZ

Magistrado titular del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Córdoba

RESUMEN

Análisis de la polémica doctrinal suscitada en relación con el órgano judicial competente, tanto desde la dimensión objetiva como territorial de la competencia, para el dictado de una orden de protección y medidas cautelares a prevención de entre las referidas en el artículo 13 de la LECrim. En el presente trabajo se realiza un estudio pormenorizado de las actuaciones a prevención y por sustitución de los juzgados de instrucción de guardia, tanto en el ámbito de la violencia doméstica como de género. Análisis específico de la competencia territorial y, en concreto, de las posiciones doctrinales que abogan por el fuero del domicilio de la víctima o del lugar de comisión del hecho –artículo 15 de la LECrim–, o siempre y en todo caso por el del lugar de presentación de la solicitud. Opción personal por la teoría de la prevalencia del mandato del artículo 15 bis de la LECrim.

ABSTRACT

Analysis of the doctrinal polemic provoked in connection with the competent judicial organ, so much from the objective dimension as from the territorial of the competence one, for the pronunciation of a protection order and cautionary measures to prevention of among those referred in the article 13 of the LECrim. In the present work is carried out an itemized study from the actions to prevention and for the substitution of the examining tribunals on guard duty, so much in the scope of the domestic violence as that of gender. Specific analysis of the territorial competence, and specifically of the doctrinal positions that plead for the jurisdiction of the victim's home or for that of the place of commission of the fact –article 15 of the LECrim–, or always and in any case for that of the place of presentation of the request. Personal option for the theory of the validity of the command of the article 15 bis of the LECrim.

Sumario

I. PLANTEAMIENTO

II. NORMATIVA APLICABLE

III. LOS PARÁMETROS DE DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA OBJETIVA

III.1. El funcionamiento ordinario del Juzgado de violencia sobre la mujer como principal parámetro de delimitación competencial frente a la actuación del Juzgado de guardia

III.2. La actuación a prevención y por sustitución

III.3. Aplicación de los parámetros de actuación en el contexto de la competencia objetiva para el dictado de una orden de protección

IV. DIMENSIÓN ESPACIAL DE LA COMPETENCIA PARA EL DICTADO DE ÓRDENES DE PROTECCIÓN

IV.1. La interpretación oficialista: Hacia la instauración del fuero electivo a favor de la víctima

A) La tesis inicial: La Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género. B) La solución auspiciada por el Consejo General del Poder Judicial.

IV.2. Algunas posiciones doctrinales

IV.3. Sobre la necesidad de respetar las normas generales sobre la competencia territorial

IV.4. La irrupción de los nuevos Juzgados de violencia sobre la mujer de guardia

IV.5. El nuevo esquema competencial ante la previsible comarcalización de los Juzgados de violencia sobre la mujer

I. PLANTEAMIENTO

La respuesta frente a las inaceptables consecuencias del mantenimiento en nuestro entorno social de la violencia machista, de género, tanto a nivel político como judicial, se ha centrado, en buena parte, desde hace ya varios años, en una decidida apuesta por impulsar e incluso exacerbar los recursos legales y procesales dotados por nuestro Ordenamiento Jurídico. Frente a iniciativas legislativas que no hacían sino dar una vuelta más a la tuerca de la vía de la represión penal contra el concepto cada vez más omnicomprensivo de la figura del maltratador, tanto desde la Fiscalía General del Estado como del Consejo General del Po-

der Judicial, sobre todo a través del Observatorio para la Violencia doméstica y de género, se ha tratado de remover cualquier traba institucional o de práctica procesal cotidiana que pudiera restar eficacia a tan firme apuesta.

Precisamente uno de los pilares básicos del sistema de protección a las víctimas tanto de la violencia doméstica como de género radicaba en la instauración de un instrumento jurídico de nuevo cuño que representaba una auténtica revolución jurídica ajena a cualquier precedente normativo: La orden de protección del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim). La Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, nace fruto de la necesidad de continuar avanzando en la línea de la protección integral de las víctimas como forma más eficiente para luchar contra la lacra de la violencia doméstica, así como de enmendar los defectos e insuficiencias que se habían detectado en la anterior legislación reguladora de la conocida en el argot forense como orden de alejamiento. El legislador español contaba ya, con la experiencia de aplicación en el derecho comparado, con suficientes precedentes como para tener gran parte del trabajo adelantado, y más con el precedente inmediato de las luces y las sombras de la orden de alejamiento del artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Dos son, compartiendo en buena parte la opinión de DELGADO MARTÍN[1], las claves de la configuración legal de la orden de protección conforme a la redacción del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que impregnan a tal institución de una naturaleza jurídica híbrida: La orden de protección como medida cautelar y como estatuto jurídico-administrativo de la víctima de la violencia doméstica. Esta última, la creación de un auténtico estatuto jurídico de la víctima de la violencia doméstica, y con la entrada en vigor de Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (en adelante, LOMPIVG), de la víctima de la violencia de género (artículos 23 y 26 de la LOMPIVG), es la auténtica novedad de la orden de protección frente a los ejemplos de derecho comparado y al precedente del artículo 544 bis.

La distinción entre estas dos dimensiones del novedoso instituto jurídico alcanzará una crucial trascendencia a la hora de hacer frente al verdadero objetivo de este trabajo, sobre todo en el contexto de la disociación de las medidas procesales de protección a través de las actuaciones a prevención. Efectivamente, salvo estas breves notas, no es desde luego mi objetivo profundizar en mi posición personal mantenida de forma extensa en anteriores trabajos[2], sino adentrarme en una de las claves que están marcando una de las bases de la eficacia del sistema de protección integral e inmediata que brinda el instrumento procesal de la orden de protección: la delimitación del órgano jurisdiccional, tanto especializado en materia de violencia de género como común, tanto desde la perspectiva de la competencia objetiva como de la territorial, que en cualquier caso concreto sería competente para su dictado.

En este difícil *teatro de operaciones*, la sola convivencia de órganos especializados y comunes en funciones de guardia, distanciados de aquéllos, en la básica dimensión de la competencia

1. DELGADO MARTÍN, Joaquín, «Órdenes de protección y detenidos en la Violencia de Género: ¿ante el Juzgado de guardia o ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer?», *La Ley Penal*, núm. 20 –año II – octubre 2005.

2. En concreto pueden citarse mis trabajos: *Juzgado de violencia sobre la mujer y Juzgado de guardia*, Editorial Bosch, Barcelona, enero de 2006, 1.ª ed. y «La orden de protección del artículo 544 ter de la LECr en la jurisprudencia Penal», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 32, Editorial Lex Nova, julio-septiembre de 2006.

objetiva, por el concepto de actuación ordinaria, de horas de audiencia, las posibilidades de actuación de los ordinarios en funciones de sustitución y a prevención, y las distintas opciones en función de la dimensión espacial, territorial, de la competencia, dificultan sobremanera la posibilidad de discernir un esquema no ya sencillo, sino certero, de tal distribución de competencias. La tendencia *oficialista*, representada por el Consejo General del Poder Judicial, y en concreto los grupos de expertos auspiciados por tan Alta Institución del Estado, la Fiscalía General del Estado y un representativo sector de la aún escasa doctrina que ha tratado la cuestión, más allá de los supuestos de concreta atribución, parte, en esencia, de la idea de que, aparte el supuesto de la actuación del órgano especializado competente, la víctima podría impetrar la concesión de una orden de protección ante cualquiera de los Juzgados de guardia repartidos por todo el territorio nacional, y éste tendría obligación de resolver siempre y en todo caso. Pero considero, modestamente, que esta conclusión es cuanto menos aventurada y que su aplicación siempre y en todo caso, *lege data*, no tiene cabida en nuestro actual sistema procesal de atribución competencial.

Pero para llegar a tal conclusión hemos de partir de una previa delimitación de conceptos procesales, y a partir de ellos aplicar las consecuencias que en mi opinión se extraen de ellos.

II. NORMATIVA APLICABLE

En este primer apartado, sin más ambición que la de realizar un análisis meramente objetivo, prácticamente literal, de las normas que definen la competencia objetiva y territorial para el conocimiento de una solicitud de orden de protección, haremos una breve mención de las normas que son de aplicación, tanto con carácter general como particular, para definir aquéllas. Su debida interpretación, según criterios exegéticos basados en la lógica y su contexto, será objeto de análisis específico en el momento en que exponga mi posición personal.

La competencia objetiva en el ordenamiento procesal penal encuentra su incuestionable enunciado en el artículo 9 de la LECrim. Conforme a dicha regla atribucional, el Juzgado que tiene competencia para conocer de una causa determinada la tiene también para todas sus incidencias; y dentro de éstas sin duda, para la adopción de cualesquiera medidas procesales o asimiladas relacionadas con la causa principal.

Excepciones a tal regla general son la competencia general para la práctica de las primeras diligencias –artículo 13 de la LECrim–, así como la actuación, según el caso, del Juzgado de guardia a prevención o por sustitución, conforme a la extensa regulación contenida en el artículo 42, en sus apartados 1 y 4, del Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales (en adelante, RAAAJ). Si la práctica de las primeras diligencias, conforme al artículo 13 de la LECrim, da opción a un órgano jurisdiccional inicialmente incompetente para el conocimiento de la causa penal para dar protección a los ofendidos y perjudicados por el delito, y en concreto para la adopción de las medidas cautelares tanto del artículo 544 bis como del artículo 544 ter, la actuación a prevención o por sustitución establecida en el artículo 42 del RAAAJ, con fundamento legal en los artículos 87.f) y 87 ter.1.d) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) y 14.5.c) de la LECrim, permite al Juzgado de guardia la adopción de tales medidas;

en el primer caso se trataría de aquellas que pudieran considerarse urgentes e inaplazables, y en el segundo, y en concreto, respecto de las solicitudes de orden de protección.

La delimitación de la competencia objetiva en favor de los órganos especializados u ordinarios viene delimitada sobre la base del concepto de hora de audiencia. Dentro del ámbito competencial del Juzgado de violencia sobre la mujer, la LOMPIVG introdujo una competencia específica a cargo de los Juzgados de guardia, tanto en materia de legalización de detenidos –artículo 797 bis.2.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal–, como de resolución de peticiones de determinadas órdenes de protección –artículos 87.1.f), y 87 ter.1.d) de la LOPJ y 14.5.c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal–, siempre que en estos dos casos la actuación haya de verificarse fuera del espacio de tiempo de actuación ordinaria de los órganos especializados, es decir, fuera de días y horas hábiles –artículos 797 bis.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 42.4 del RAAAJ–.

Desde el punto de vista de la competencia territorial para el dictado de órdenes de protección en materia de violencia de género, el actual artículo 15 bis de la LECrim sienta una regla tajante, y aparentemente no necesitada de complejas interpretaciones. Si por una parte la competencia territorial viene delimitada por el concepto de domicilio de la víctima, con la *apostilla* propuesta por la opinión del Tribunal Supremo de *«... al momento de ocurrir los hechos»*[3], el fuero pasa a ser electivo para la víctima en cuanto respecta a la resolución de órdenes de protección o medidas urgentes del artículo 13 de la LECrim. Pero eso sí, al menos parece dejarse bien claro que la elección no afectaría a cualquier órgano territorial, sino aquel que se corresponda con el concepto clásico del *forum delicti comissi*, es decir: *el Juez del lugar de comisión de los hechos*. No queda claro, sin embargo, si ese *Juez natural* habría de ser un Juez de violencia sobre la mujer con carácter preferente o si siempre habría de ser un Juez de instrucción, y por tanto en funciones de guardia.

La redacción actual del artículo 544 ter de la LECrim es la causa principal de la controversia jurídica generada en torno a la dimensión territorial de la competencia para el conocimiento y resolución de órdenes de protección, tanto en el ámbito de la violencia doméstica como de género. La primera referencia que se hace en el texto definitivo, en su versión dada por la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia, y parcialmente modificada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, al órgano judicial competente para resolver sobre una solicitud de orden de protección, tilda a éste simplemente de Juzgado de instrucción, según se colige de la lectura del primero de sus apartados (*El Juez de instrucción dictará orden de protección...*); el apartado segundo hace mención nuevamente al Juez de instrucción pero para hacer referencia a la iniciativa de oficio o a instancia de parte como posibilidades de actuación; en el apartado tercero se introduce la voz *juez competente*, como destinatario final de la orden de protección, cuando ésta haya sido presentada ante las instituciones y autoridades que

3. En este sentido el Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2006, sobre cuestiones de competencia negativa en relación con el artículo 15 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incorporado por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género («El domicilio al que se refiere el artículo 15 bis de la LECrim, es el que tenía la víctima al ocurrir los hechos»); y en concreto el Auto del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 3 de marzo de 2006, núm. de recurso 137/2005. Mi más reciente opinión personal en lo referente a la competencia territorial puede encontrarse en mi trabajo: «La orden de protección del artículo 544 ter de la LECr en la jurisprudencia Penal», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 32, Editorial Lex Nova, julio-septiembre de 2006.

igualmente se definen; terminando el párrafo con la referencia nuevamente al juez competente territorialmente y al juez del lugar de la solicitud cuando se suscitaran dudas acerca de la competencia territorial. La referencia al Juez de guardia, sin embargo, aparece por primera vez en el párrafo segundo del mencionado apartado segundo, como destinatario principal y último de la solicitud de orden de protección cursada a través de las instituciones públicas y privadas definidas en dicho párrafo. No es, sin embargo, sino a partir del apartado cuarto cuando la voz *Juez de guardia* gana fuerza de forma definitiva, como se puede apreciar en los párrafos primero, tercero y cuarto de dicho apartado. La anunciada reforma de las leyes procesales prevista en el Proyecto de Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, que da nueva redacción, entre otros, al apartado cuarto, sin más ambición de momento que la de realizar simples correcciones técnicas casi intrascendentes[4], apenas afecta al análisis que estamos realizando del mencionado precepto.

Realmente, la intención del legislador fue en todo momento atribuir de forma prioritaria la competencia para conocer de las órdenes de protección a los Juzgados de instrucción de guardia, en el supuesto de la violencia doméstica, y prioritariamente a los Juzgados de violencia sobre la mujer[5] en los supuestos de violencia de género; así se colige claramente del contenido de la Exposición de Motivos de la mencionada Ley 27/2003[6], en el que se exterioriza la apuesta del legislador por una respuesta rápida a las demandas de solicitud de orden de protección, para lo que se piensa en el servicio de guardia. Realmente, la norma tiene sentido si la interpretamos considerando que las referencias iniciales al Juez de instrucción lo son a los efectos de determinación de la competencia objetiva en el marco de la actual planta judicial penal; y que la matización posterior en cuanto a la opción del servicio de guardia obedece a la especificación de la atribución competencial a éstos, en el entendimiento de que la inmensa mayoría de las solicitudes de órdenes de protección traerían causa de una denuncia aún no cursada ante la autoridad judicial que resultara competente. Tan es así, que la competencia se establece en favor del órgano instructor o enjuiciador cuando la causa se encuentra ya en tramitación y la situación de riesgo surge o se plantea en ese ínterin –apartado 11.º–. Es decir, la norma propone un criterio de atribución competencial que parte del Juzgado de guardia o de violencia sobre la mujer, en su caso, como regla general, pero partiendo de la premisa de la inexistencia de un procedimiento penal en trámite, pues en este último caso, la competencia, a excepción lógicamente de situaciones de necesidad de actuación urgente que no pudieran ser atendidas por el órgano judicial competente, corresponde al órgano judicial encargado perentoria o definitivamente de la tramitación de la causa, tanto en sede de instrucción como de enjuiciamiento.

4. El ejemplo más llamativo es la inserción del principio de presunción de inocencia al concepto de *agresor* reflejado en el primer párrafo de dicho apartado, que es sustituido por el de *presunto agresor*. Destaca, además, la imposición de la asistencia letrada al presunto agresor, ya en todo caso, no ... *en su caso*.

5. Por mandato de la Disposición Adicional Cuarta de la LECrim, introducida por la Disposición Adicional Duodécima de la LOMPIVG: «Las referencias que se hacen al Juez de Instrucción y al Juez de Primera Instancia en los apartados 1 y 7 del artículo 544 ter de esta Ley, en la redacción dada por la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica se entenderán hechas, en su caso, al Juez de Violencia sobre la Mujer».

6. «La nueva orden de protección se ha de poder obtener de forma rápida, ya que no habrá una protección real a la víctima si aquélla no es activada con la máxima celeridad. Para ello, continuando en la línea inaugurada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, por la que se regula el procedimiento de enjuiciamiento rápido de determinados delitos y faltas, la presente regulación se decanta por atribuir la competencia para adoptar la orden de protección al Juez de Instrucción en funciones de guardia».

La determinación del órgano judicial competente territorialmente se plantea, en términos de literalidad del precepto, como un enigma en el que las contradicciones internas son palpables. Efectivamente, las primeras referencias que se hacen aparentan describir al órgano judicial en su dimensión exclusivamente objetiva: el Juzgado de guardia como destinatario en abstracto, un *Juzgado de instrucción*. El apartado tercero parece tender a la idea de la competencia por razón, no del lugar de presentación, sino de la competencia objetiva y territorial previas para el conocimiento de la causa, bien fuera perentoria –artículo 15 de la LECrim– o definitiva. Efectivamente, si se comienza a hablar de las autoridades ante las que puede solicitarse una orden de protección, y entre ellas se incluye expresamente a la *autoridad judicial*, seguidamente se matiza que la autoridad o institución receptora ha de remitirla de forma inmediata no a cualquier juez, sino a un juez que se tilda de *juez competente*. Tal expresión, si tenemos en cuenta la referencia que se hace posteriormente a la solución *sui generis* para la contingencia de posibles dudas sobre la competencia, nos llevaría sin especial dificultad a decantarnos por la tesis de la competencia territorial natural, es decir, conforme al *forum delicti comissi* o domicilio de la víctima, según se tratara de violencia doméstica o de género. Resulta evidente que si se plantea una solución concreta para el supuesto de existencia de *dudas acerca de la competencia territorial*, es que no se está optando por un fuero electivo a favor de la víctima o del solicitante, pues no pueden existir dudas sobre la competencia territorial para el dictado de orden de protección si el único factor delimitador fuera el hecho natural del lugar de la presentación. El legislador, al introducir tal solución en el trámite de la Ley ante el Senado, trató a toda costa de evitar que la existencia de conflictos de competencia pudiera dilatar indebidamente la solución a una demanda de orden de protección. Precisamente para solventar estas contingencias, evitar la paralización de procedimientos y por ende de respuesta ante la necesidad de adopción de medidas de protección de la víctima, la citada Ley Orgánica 15/2003 introdujo modificaciones en los artículos 25.3 y 759.1.ª, párrafo segundo.

Sin embargo, el legislador, como ya por desgracia nos tiene en tantas ocasiones acostumbrados, introduce un grave factor distorsionador en su apartado 4.º Aunque el verbo empleado inicialmente en su párrafo primero –*recibida la solicitud*–, es en sí neutro, pues tanto se recibiría la solicitud por el hecho de la presentación como por el hecho de la remisión por cualquiera de las autoridades o instituciones descritas en el apartado anterior, lo cierto es que el párrafo segundo incluye una enigmática referencia «... al juez ante el que hubiera sido formulada la solicitud». Esta atribución parte de una contingencia igualmente, cuando menos, enigmática: el supuesto en el que «... excepcionalmente no fuese posible celebrar la audiencia durante el servicio de guardia». La norma admite varias interpretaciones, y entre ellas, desde luego, la de romper con la regla anterior y considerar que la competencia territorial respondería al fuero electivo de la víctima o de la persona o autoridad legitimada para la presentación de la solicitud, conforme al mandato del apartado 2.º, párrafo primero. No adelantemos, sin embargo, acontecimientos.

Por último, la LOMPIVG, que como sabemos contextualiza la orden de protección como una más de las medidas de protección de la víctima que acoge en su seno –artículo 61.1–, relaciona directamente la competencia para la adopción de tales medidas con la competencia objetiva y territorial para el conocimiento de la causa a la que se asocia la solicitud. Así se constata claramente de la lectura de su artículo 61.2, cuando habla del Juez competente, de oficio o a instancia de parte legitimada, como obligado a resolver sobre la pertinencia de adopción de «... las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, determinando su plazo, si procediera su adopción».

III. LOS PARÁMETROS DE DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA OBJETIVA

Hasta aquí lo que nos pueden aportar las normas de derecho positivo. Pero la concreta definición de los ámbitos de actuación de los Juzgados de violencia sobre la mujer, frente a la defectividad de la actuación de los Juzgados ordinarios de instrucción en funciones de guardia, exige, en este ámbito de relación bidimensional, delimitar unos conceptos que aparecen difuminados, a la vez que sobreentendidos, en las normas de derecho positivo antes descritas: El concepto de la actuación ordinaria de los Juzgados de violencia sobre la mujer[7] y la atribución competencial a prevención y por delegación en favor de los servicios de guardia ordinarios. Una vez debidamente posicionados ante tales presupuestos de atribución compentencial, trataremos de dibujar un esquema de atribución de competencias, inicialmente sólo en este espectro bidimensional, fuera de la dimensión territorial de la competencia.

III.1. El funcionamiento ordinario del Juzgado de violencia sobre la mujer como principal parámetro de delimitación competencial frente a la actuación del Juzgado de guardia

El concepto de *horas de audiencia* utilizado entre otros por el nuevo artículo 797 bis.1 de la LECrim no difiere en nada de su noción común a cualesquiera actuaciones judiciales, aunque mantiene un difícil equilibrio con el mandato del artículo 201 de la misma ley procesal, que establece el principio de la innecesariedad de la habilitación especial de días y horas para la práctica de diligencias de investigación. Si los sábados, domingos y festivos son días inhábiles, como lo son todos los días del mes de agosto salvo para las actuaciones procesales urgentes –artículo 183 de la LOPJ–, la determinación de las horas de audiencia, distinto al de horas hábiles, empleado por el artículo 182.2 de la LOPJ, viene dada por el artículo 10.3 del RAAAJ, que ha modificado el tradicional sistema de horario común por defecto –entre las 09:00 y las 14:00 horas de cada día hábil–, para establecer un sistema flexible, y en todo caso nunca inferior a cuatro horas diarias, con posibilidad de reducción por razones excepcionales. Realmente, son horas de audiencia las determinadas por cada órgano judicial, con carácter general, dentro del margen de actuación definido por dicho artículo 10.3 del RAAAJ.

El Juzgado de violencia sobre la mujer somete su ritmo de actuación a los asuntos que, demandando una actuación urgente o acelerada, tienen entrada en el mismo en dicho ámbito temporal del horario de audiencia pública. El legislador acude, a los efectos de determinar el ámbito temporal de actuación de los Juzgados de violencia sobre la mujer, a la idea de hora de audiencia, englobando en tal concepto a los días hábiles en los que las mismas pueden celebrarse; no hay horas hábiles en los días inhábiles. Pero el cometido del legislador, aparte de tener por claro objetivo atender a razones humanitarias, permitir el descanso de los integrantes de la plantilla del Juzgado especializado, responde a una clara idea, la de fijar con claridad los ritmos de trabajo ordinario que pueden imponerse a un Juzgado de violencia sobre la mujer. Los señalamientos tanto propios como procedentes de actuaciones policiales urgentes (juicios rápidos por delito y faltas de citación policial) habrán de res-

7. Trataremos de forma específica, con posterioridad, las consecuencias jurídicas de la reciente entrada en funcionamiento de servicios de guardia de Juzgados de violencia sobre la mujer.

petar tales márgenes de actuación cotidiana, sin perjuicio de las limitaciones propias de lo establecido en los protocolos de coordinación entre Juzgados de Violencia sobre la Mujer y la Policía Judicial de las distintas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Y dichos márgenes de actuación son los que determinan la posibilidad de intervención del Juzgado de guardia. Realmente, el momento de la presentación del detenido, de la solicitud de orden de protección, o en que se plantee la necesidad de práctica de primeras diligencias, será el factor temporal que podrá definir la competencia del Juzgado de guardia para tomar las correspondientes decisiones sobre materias genuinamente de la competencia de los Juzgados de violencia sobre la mujer; presentada la solicitud de orden de protección o puesto a disposición judicial el detenido en días inhábiles o fuera de las horas de audiencia de los días hábiles, podrá plantearse la necesidad de una respuesta por parte de aquél.

Sin embargo, salvada tal rémora temporal, el Juez titular de un órgano especializado tendrá las mismas facultades que confieren las normas procesales para la realización de sus funciones jurisdiccionales, y en concreto la instrucción de causas penales, y en las mismas condiciones que cualquier otro Juzgado de instrucción; podrá por tanto practicar cualesquiera actuaciones de instrucción propias de su régimen especial sin necesidad de habilitar nuevas horas, o celebrar los correspondientes señalamientos de juicios de faltas o vistas civiles dentro de los márgenes de las horas hábiles establecidas en el artículo 184.1 de la LOPJ, adoptando, en caso de superación de tales márgenes, la oportuna resolución acordando su habilitación, en los términos establecidos en los artículos 184.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 131 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

III.2. La actuación a prevención y por sustitución

El concepto de la actuación a prevención, de la práctica de primeras diligencias a que se refería el artículo 13 de la LECrim en su inicial redacción, partía de una planta judicial diversa en la que la Justicia de instrucción compartía competencias con una jurisdicción territorial de inferior categoría: La justicia municipal. La dificultad de comunicación entre estos ámbitos territoriales menores y las cabeceras de partidos judiciales era la justificación de por qué estos órganos inferiores podían asumir tan importantes competencias, aunque con claras limitaciones que se centraban en la idea de los principios de perentoriedad y subsidiariedad desarrollados en el artículo 307 de la LECrim. Desaparecida la justicia municipal, posteriormente sustituida por los Juzgados de Distrito, sin embargo, queda aún un resquicio, más teórico que práctico, de posible actuación de unidades jurisdiccionales menores, los Juzgados de paz, a quienes el artículo 100.2 de la LOPJ atribuye competencias penales tanto por delegación como a prevención, lo que podría incluir, por aplicación del artículo 13 de la LECrim, la adopción de medidas de protección de las víctimas.

Sin embargo, la actual situación de la competencia para la práctica de primeras diligencias, una vez confirmada la vigencia del artículo 13 de la LECrim por las sucesivas reformas procesales que o bien lo han modificado o han mantenido su vigencia, ha alcanzado una nueva dimensión al permitir extrapolar sus principios a las dimensiones espacial –actuación de órgano territorial diverso– y objetiva –caso de la actuación a prevención en materias de la competencia de los Juzgados centrales de instrucción– de la competencia; y sobre todo respecto de la competencia por razón de reparto en relación con la prestación de los ser-

vicios de guardia. Y es precisamente en esta nueva dimensión en la que se pone en juego el mandato del artículo 42.1 del RAAAJ.

En efecto, el artículo 42.1 del RAAAJ atribuye al Juzgado de guardia, en el contexto de lo que se denominan primeras diligencias, la competencia para la práctica de cualesquiera actuaciones de carácter urgente o inaplazable de entre las que la Ley atribuye a los Juzgados de instrucción y a los Juzgados de violencia sobre la mujer. Por el contrario, el parágrafo cuarto del mismo precepto habla de unas concretas actuaciones del servicio de guardia *en sustitución* del Juez de violencia sobre la mujer. La distinción entre la actuación a prevención en materias de la competencia de los Juzgados de violencia sobre la mujer, sometida al riguroso imperio de la actuación urgente o inaplazable, y la actuación en sustitución para el desempeño de dos concretas atribuciones competenciales propias de éstos –la legalización de detenidos y la tramitación de órdenes de protección–, hace necesario distinguir la naturaleza jurídica de ambas instituciones procesales y las consecuencias que de ello se deducen. Realmente, la diferenciación entre ambas formas de actuación no es ni artificiosa ni intrascendente, como acto seguido podremos analizar.

La actuación a prevención es, por definición, una actuación de investigación criminal, o al menos encuadrada en el contexto de una actuación de investigación criminal. Frente a la actuación por delegación a la que se refieren los artículos 100.2 de la LOPJ y 310 de la LECrim, se trata de una actuación procesal a iniciativa propia del Juez de guardia, de oficio; atribución competencial propia, con fundamento en los artículos 13 de la LECrim y 42.1 del RAAAJ. Al tratarse del desempeño de una competencia que le es propia, el Juez de guardia es el competente para resolver los recursos que pudieran interponerse contra las actuaciones y decisiones que se produzcan en el contexto de su actuación a prevención; y ello aunque se hubiera constituido ya el Juzgado especializado y le hubieran sido remitidas las actuaciones realizadas.

La actuación a prevención está enmarcada dentro del contexto de una actuación urgente e inaplazable, defectiva de la normal actuación en días y horas hábiles del Juzgado de violencia sobre la mujer. No se puede concebir una actuación a prevención si no es dentro de un contexto de necesidad urgente o inaplazable de actuar; la inexistencia de urgencia en la actuación impone inexcusablemente la espera a la apertura del Juzgado especializado en el siguiente día y hora hábiles.

En definitiva, al actuar a prevención, el Juez de guardia ejerce una competencia propia; no sustituye al Juez de violencia sobre la mujer, ni actúa por éste. Pero eso sí, se trata de una atribución competencial de carácter perentorio; de hecho, el artículo 307 de la LECrim habla de un plazo máximo de actuación de 3 días, que prácticamente cubriría todas las previsiones de coincidencia con el siguiente día hábil del Juzgado especializado[8]. Pero no es sólo este límite temporal el que marca la subsidiariedad característica de la actuación a prevención, toda vez que la competencia se desvanece, se pierde, cuando la asume, en concreto, el Juzgado especializado, bien por remisión de lo actuado, bien porque tenga

8. Se excluirían lógicamente los supuestos de la Semana Santa en aquellas Comunidades Autónomas en las que, como en Andalucía, el Jueves Santo es festivo, coincidiendo por tanto cuatro días inhábiles; o con carácter general, los supuestos en que los días 24 de diciembre y 31 de diciembre cayeran en jueves. En tales supuestos, la norma de limitación temporal de la actuación decaería ante la norma específica propia de la actuación de los órganos especializados.

conocimiento del hecho por otra vía[9]; de hecho, existe un específico deber de puesta en conocimiento de lo actuado al órgano especializado competente tan pronto como termine la actuación o se constituya de nuevo el órgano especializado.

La actuación a prevención tiene una finalidad a la vez preventiva y cautelar; en el primer ámbito, tiende a garantizar y asegurar el buen curso de la investigación, anticipando el inicio de las actuaciones judiciales; en el segundo, permite la adopción de medidas tendentes al aseguramiento de la persona del imputado y a la garantía de la salvaguardia de la seguridad y legítimos derechos de las víctimas. En el contexto de las actuaciones a prevención el Juez de guardia puede, de hecho, hacer uso de todas las potestades que le confiere el artículo 13 de la LECrim, a excepción lógicamente, en un principio, de la adopción de medidas de protección de víctimas, sometidas al régimen específico de la sustitución; en concreto recibir denuncias, recabar el auxilio de la Policía judicial en el curso de la investigación, ordenar el examen de la víctima por médico forense,..., decretar la detención del sospechoso e incluso decretar, *inaudita parte*, medidas cautelares de protección de la víctima y otras personas, al amparo en este caso del artículo 544 bis de la LECrim, y por supuesto, la adopción de alguna de las medidas cautelares desarrolladas en los artículos 61 y siguientes de la LOMPIVG. Eso sí, si tenemos en cuenta que es el propio RAAAJ el que impone la diferencia entre la actuación por sustitución y a prevención, la posibilidad de dictado de orden de protección por un Juzgado de guardia a prevención solamente podría entenderse fuera del marco territorial del órgano especializado, como acto seguido podremos comprobar.

Retomando la anterior mención a la actuación por delegación, ésta, en cuanto nos interesa, es igualmente una actuación judicial de investigación. Sin embargo, a diferencia de la actuación a prevención se trata de una actuación a iniciativa del Juez de Instrucción del partido judicial al que está adscrito el órgano jurisdiccional de inferior rango, dentro de la demarcación territorial de aquél. La competencia por delegación viene determinada por categorías preestablecidas (v.gr., práctica de levantamientos por accidentes de tráfico que se produjeran en la demarcación del Juzgado de paz, investigación de circunstancias concurrentes en partes de lesiones remitidos por centro de salud,...) o por procedimientos concretos (v.gr., indagación sobre un asunto concreto, por ejemplo, procedente de la remisión de un parte de lesiones). Contiene un mandato para actuar, no la práctica de una concreta diligencia de investigación que se especifique, lo que lo diferencia del exhorto, que por definición supone un mandato específico y concreto que abarca tanto a los fines como a los medios que deben ser empleados en su ejecución. Se trata, por lo demás, de una actuación de carácter no urgente, salvo que las circunstancias concretas del caso lo demandaren, basada en criterios de racionalización u optimización del desempeño de la función jurisdiccional. La actuación por delegación no está sometida a plazo, limitación temporal, abarcando la competencia tan sólo al cumplimiento de lo que es una atribución competencial cedida, delegada, por decisión de un órgano superior. El artículo 310 de la LECrim permite la extensión de la técnica de la delegación de competencias a cualesquiera actos y diligencias procesales, pero cuidándose de establecer limitaciones al empleo abusivo de la descarga de trabajo aprovechando las posibilidades de delegación. De hecho, la norma prohíbe la delegación, en primer lugar, en cuanto respecta a actos y diligencias reservados

9. Por ejemplo, si la Policía Judicial remite al órgano especializado el atestado completo o copia del atestado remitido previamente al Juzgado de guardia.

por Ley a los Jueces de instrucción (por ejemplo, decreto de prisión, dictado de sentencias de conformidad, dictado de Autos de procesamiento,...), y somete tal facultad a un principio de moderación en su uso, hasta el punto que se reconoce a los Tribunales Superiores de Justicia la potestad de impedir y corregir la frecuencia injustificada de las delegaciones.

Esa vinculación de jerarquía y coincidencia de ámbito territorial hace inviable la posibilidad de que los Juzgados de violencia sobre la mujer pudieran delegar competencias suyas en favor de los Juzgados de instrucción, estuvieran o no en servicio de guardia. La relación existente entre ambos órganos instructores es puramente horizontal, hasta el punto que unos y otros ejercen la misma función, aunque los órganos especializados tienen atribuida determinadas esferas de actuación con carácter exclusivo y excluyente. Y es esta relación de horizontalidad la que impediría la actuación por delegación aun en la hipótesis bastante probable de la creación de órganos especializados con competencia en el ámbito de más de un partido judicial, comarcalizados, sobre la que posteriormente entraremos.

Por tanto, en la relación horizontal existente entre los órganos instructores y los especializados no cabría más mecanismo de cooperación que el propio del exhorto o solicitud de cooperación judicial ordinaria. El exhorto, como sabemos, consiste en una actuación judicial de cooperación o auxilio que abarca a cualquier fase del procedimiento penal. Se desarrolla a iniciativa de otro órgano jurisdiccional. Pero a diferencia de la competencia por delegación abarca, siempre y en todo caso, a procedimientos concretos, y teniendo por objeto la ejecución de actuaciones procesales que han de producir su efecto dentro de la demarcación territorial de otro órgano jurisdiccional de igual clase, practicarse dentro de su circunscripción, o referirse a expedientes judiciales tramitados en otro órgano, sea o no de la misma demarcación territorial, y pertenezca o no al mismo orden jurisdiccional. La competencia alcanza a dar estricto cumplimiento a lo ordenado en la resolución judicial que lo ordena –artículos 183, 184 y 191 de la LECrim–.Teniendo en cuenta el mandato de los artículos 64 y 71.1 del RAAAJ, la competencia para el cumplimiento de tal deber de auxilio judicial habrá de corresponder a los Juzgados de violencia sobre la mujer del territorio perteneciente al lugar donde haya de practicarse la diligencia procesal interesada. Se trata de jurisdicciones especializadas, con competencia exclusiva y excluyente, creadas por mandato legal, no de simples atribuciones competenciales deducidas de un concreto acto administrativo, por lo que la cooperación judicial ordinaria, aquella que no requiere una actuación específica solamente ejecutable por concreto órgano jurisdiccional (v. gr., remisión de testimonio de determinado expediente, transferencia de cantidades consignadas,...), habrá de ser cumplimentada por Juzgados de la misma clase, por Juzgados de violencia sobre la mujer; así lo impone, además, el enfoque propio de la especialización jurídica en materia de violencia de género que habría de presidir la práctica de diligencias tales como la declaración de presunto agresor, víctima y testigos, o como la ratificación contradictoria de peritos.

Frente al Juzgado que ejerce competencias a prevención, la actuación por sustitución[10] supone la intervención como si del mismo órgano jurisdiccional sustituido se tratase. En días y horas inhábiles el Juzgado de Instrucción de guardia se convierte, *ministerio lege*, en Juzgado de violencia sobre la mujer en aquellas materias en las que la norma procesal así lo exige. La sustitución se produce, eso sí, no a nivel del titular del Juzgado, sino de toda la plantilla del

10. Los siguientes párrafos son, en parte, reproducción de la tesis defendida en mi libro *Juzgado de violencia sobre la mujer y Juzgado de guardia*, *op. cit.*, pp. 155 y siguientes.

servicio de guardia. El carácter sucesivo de la actuación imprime un determinado ritmo en la actuación procesal del Juzgado de guardia en funciones de sustitución, por cuanto que retiene la competencia mientras que actúa como tal Juzgado de guardia, debiendo traspasar el expediente, con todo lo actuado, bien al Juzgado de violencia sobre la mujer, bien al Juzgado de guardia entrante, si el cambio de guardia se produjera con anterioridad al día siguiente hábil. Evidentemente, ello no quiere decir que el Juez de guardia pueda eludir su cometido con sólo dilatar la resolución de la decisión sobre una petición de prisión o sobre una solicitud de orden de protección. Serán razones justificadas las que permitirán atrasar la tramitación de una concreta actuación hasta el día siguiente hábil, o traspasar el asunto al siguiente órgano judicial en funciones de guardia; por lo que, no existiendo tales razones, el Juez de guardia debe resolver y, una vez resuelto el asunto, remitir la causa al órgano judicial competente.

Si bien la actuación a prevención propia de la naturaleza jurídica de las denominadas primeras diligencias no supone sino una actuación provisoria que no empaña la actuación de los Juzgados de guardia como lo que son, órganos jurisdiccionales ordinarios de instrucción, su intervención en el contexto de la legalización de detenidos y tramitación de órdenes de protección convierte al Juez de guardia, ya lo hemos anticipado, en sustituto del Juez de violencia sobre la mujer. El Juez de guardia asume competencias que no le son de por sí propias, toda vez que no se desnaturaliza la cualidad de actuación propia de la jurisdicción especializada por el hecho de que en ella intervenga aquél; actúa en funciones de tal aunque no lo sea. La diferente naturaleza de la actuación se vislumbra con claridad del tratamiento que se le da en los dos últimos incisos del artículo 42.4 del RAAAJ. Pero la sustitución no solamente incide en la actuación del Juez como titular del órgano jurisdiccional, sino de toda la plantilla del servicio de guardia, que habrá de encomendarse, dentro de sus funciones, a tal menester; por eso el mencionado precepto del RAAAJ habla concretamente de *objeto del servicio de guardia*; es todo el Juzgado de guardia el que se involucra en tal menester, como si fuera un Juzgado de violencia para la mujer *ad hoc*.

Al actuar el Juzgado de guardia en sustitución, pone término a su labor, con sólo dictar, en su caso[11], la resolución accediendo o no a la solicitud de orden de protección. El Juez de guardia no ha de esperar a la firmeza del auto para remitir lo actuado hasta el momento, por lo que remitido el expediente, sin haberse planteado aún recurso, habrá de ser el Juez de violencia sobre la mujer quien tramite o resuelva el recurso; así parece deducirse del mandato del artículo 42.4 del RAAAJ, en cuanto que exige la remisión de lo actuado, *«... adoptada la decisión que proceda»*. Esperar a la firmeza de la resolución, al menos cuando el recurso aún no hubiera sido presentado, supondría dar al traste con la propia urgencia de la actuación procesal del Juzgado de guardia, que retendría la competencia sobre lo actuado hasta que ganara firmeza la decisión adoptada, en detrimento del órgano especializado. Nunca debe olvidarse que el Juez de guardia actúa en sustitución del Juez de violencia sobre la mujer, no ejerce jurisdicción propia. En todo caso, tratándose de una actuación de la jurisdicción especializada, la competencia para resolver el recurso de apelación corresponderá, de existir, a la sección especializada de la Audiencia Provincial.

11. Sin duda, la imposibilidad material de celebrar la comparecencia del artículo 544 ter.4 de la LECrim en el contexto del servicio de guardia, y su solapamiento con el inicio de las horas de audiencia del órgano especializado, permitirá la remisión del expediente para que sea éste quien resuelva la solicitud; el principio de la actuación sustitutiva, de la subsidiariedad, así lo permite. En este sentido, Delgado Martín, Joaquín, «Órdenes de protección y detenido...», *op. cit.*

Hablamos por tanto de competencia por sustitución como una vía indirecta para la compartición de concretas funciones propias de la jurisdicción especializada. Pero esta asunción de funciones habrá de ser examinada en todo caso dentro de un contexto de excepcionalidad, del marco de la prestación del servicio de guardia, debiéndose evitar la sencilla técnica de aprovechar tales resquicios para convertir a los Juzgados de guardia en tramitadores inmediatos de asuntos de la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer; y además donde más les duele, aprovechando los resquicios de las horas *intespectivas*, cuando el cansancio por el trabajo ya desempeñado hace mella en la capacidad de repuesta correcta y de calidad.

III.3. Aplicación de los parámetros de actuación en el contexto de la competencia objetiva para el dictado de una orden de protección

Fácil resulta concluir que desde la dimensión meramente objetiva, horizontal, de la competencia, el esquema atribucional de la competencia para el dictado de una concreta orden de protección, tanto en materia de violencia doméstica como de género, no ofrece especial dificultad; aunque eso sí, existirán claras diferencias en cuanto respecta a unas y otras modalidades, consecuencia de las especialidades genuinas del régimen propio de los Juzgados de violencia sobre la mujer.

En cuanto respecta al dictado de órdenes de protección en el contexto de la violencia doméstica, y hecha abstracción de la dimensión territorial de la competencia, la competencia corresponderá:

1. Preferentemente al Juzgado de guardia, cuando no se hubiera incoado causa criminal por delito o existiera atribución competencial por razón de antecedente en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3.º, apartado 1.2, de la Instrucción 3/2003, de 9 abril, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, sobre normas de reparto y registro informático de violencia doméstica (BOE núm. 90, de 15 de abril de 2003; en adelante, IRRIVD)[12], y se hubiera remitido la causa al Juzgado competente (artículo 544 ter.4 de la LECrim).

2. Cuando existiera causa criminal abierta o atracción de la competencia en los términos expresados en el párrafo anterior, al Juzgado que conociera o hubiera de conocer de la causa (artículo 544 ter.11).

3. Cuando en virtud de lo dispuesto en el artículo 544 ter.11 de la LECrim el órgano competente no pudiera dar una respuesta inmediata, cuando la necesidad del dictado de la orden de protección fuera, más allá de las exigencias de la propia norma procesal, urgente o inaplazable, el Juzgado de guardia, actuando a prevención, si ante dicho órgano se hubiera presentado la solicitud (artículos 13 y 544 ter.2.2 de la LECrim y 42.1 del RAAAJ).

12. Mediante la solución del *antecedente*, el primer Juzgado de Instrucción que instruyera, o en general asumiera la competencia, de cualquier causa penal tramitada conforme a normas ordinarias, no de enjuiciamiento rápido de delitos o faltas, en la que sujetos activo y pasivo fuera alguna de las personas relacionadas en el artículo 153 del Código Penal, en su redacción vigente en dicha fecha, asumiría la competencia para instruir, y en su caso celebrar juicios de faltas, cuantos asuntos tuvieran entrada posteriormente con la misma relación sujeto activo-sujeto pasivo, con la única excepción de aquellos procedimientos que se tramitaran en el futuro conforme a las reglas del enjuiciamiento rápido, bien de delitos, bien de faltas.

En el supuesto de la competencia de la jurisdicción especializada en materia de violencia de género, el esquema de atribuciones competenciales quedaría del siguiente modo:

1. En primer lugar, y sin lugar a dudas, el órgano natural para el dictado de la orden de protección será el Juzgado de violencia sobre la mujer, siempre que la solicitud tenga entrada en dicho órgano en días hábiles, durante las horas de audiencia [artículos 87.1.f) y 87 ter.1.d) de la LOPJ, 14.5.c) de la LECrim y 42.4 y 62 bis del RAAAJ].

2. En el supuesto de que en un mismo partido judicial coexistan varios juzgados especializados y estuviera establecido un régimen de servicio de guardia de la especialidad, sería de aplicación el mismo esquema anterior; es decir, el Juzgado de violencia sobre la mujer que ejerciera funciones de guardia asumiría la competencia en tanto en cuanto no existiera un precedente judicial, y cuando, existiendo tal precedente, el órgano especializado competente no pudiera atender a la demanda con la urgencia que las circunstancias del caso demandaren (ídem).

3. Fuera del ámbito de actuación de las horas hábiles o del período ordinario de guardia de los Juzgados de violencia sobre la mujer, donde exista tal servicio, es decir, durante los días inhábiles, y fuera de las horas de actuación de aquéllos en los días hábiles, es decir, en la franja horaria que va desde las 00:00 horas y las 09:00 horas, y las 21:00 horas a las 00:00 horas, la competencia para el dictado de orden de protección correspondería al Juzgado de instrucción de guardia correspondiente a su demarcación territorial (ídem y artículo 62 bis del RAAAJ).

4. La actuación de los Juzgados de instrucción en funciones de guardia a prevención, toda vez que la competencia por sustitución abarca plenamente al dictado de las órdenes de protección, abarcaría exclusivamente a aquellas decisiones de naturaleza cautelar, de entre las recogidas en los artículos 61 y siguientes de la LOMPIVG, de entre las que fuera preciso resolver de manera urgente o inaplazable (artículos 42.1 y 62 bis del RAAAJ).

IV. DIMENSIÓN ESPACIAL DE LA COMPETENCIA PARA EL DICTADO DE ÓRDENES DE PROTECCIÓN

Como se ve, el esquema de atribución de competencias para el conocimiento y resolución de solicitudes de órdenes de protección, hecha abstracción de su dimensión territorial, apenas ofrece problemas, una vez que se tiene en cuenta el presupuesto de la actuación de los órganos especializados en el ámbito temporal de las horas hábiles y se comprende el verdadero significado de las voces de actuación a prevención y por delegación empleadas en el artículo 42 del RAAAJ. Pero es cuando introducimos el factor espacial cuando todo el edificio diseñado parece derrumbarse desde la base de sus otrora aparentemente firmes cimientos. Al plantearse la hipótesis de qué sucede cuando la solicitud de orden de protección se presenta ante órgano jurisdiccional territorial no coincidente con el ámbito competencial del fuero de la víctima o del lugar de comisión del hecho a que se refiere el artículo 15 bis de la LECrim, pueda establecerse o no un vínculo de conexidad o relación con la competencia para el conocimiento de la causa criminal, las posiciones doctrinales plantean soluciones diametralmente opuestas, entre las que ven en la concreta elección de la víctima una decisión que debe ser respetada siempre y en todo caso, y aquellas que acuden a la literalidad del artículo 15 bis de la LECrim.

Trataremos de hacer en este apartado un breve análisis de unas y otras posiciones, para finalmente exponer de forma más extensa mi opinión personal sobre tan importante cuestión.

IV.1. La interpretación oficialista: Hacia la instauración del fuero electivo a favor de la víctima

A) La tesis inicial: La Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género

El origen de la que he venido a denominar línea oficialista, más por la fuente, su origen, que por el hecho de la autoridad que representa quienes la defienden, fue, casi como todo en materia de violencia de género, la conocida Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género. A partir de ahí se desarrollaron las demás líneas de interpretación, tanto a nivel del CGPJ y grupos de trabajo de Jueces y Magistrados Especialistas y concretos sectores de la Doctrina.

La tesis defendida por la Fiscalía General del Estado parte realmente de la premisa de considerar que, pese al mandato concreto del segundo inciso del artículo 15 bis de la LECrim, el tenor literal del artículo 544 ter.4 de la ley procesal sería algo así como una excepción a la regla que se enuncia en el precepto anterior. Se consideraría, en definitiva, que como la referencia al Juez de guardia, y en concreto al Juez de guardia del lugar donde se presentó la solicitud, permanece inalterada tras la entrada en vigor de la LOMPIVG, sería siempre competente para conocer de la solicitud el Juez del lugar de la presentación; con más motivo cuando el propio legislador tildaría de urgente la necesaria convocatoria de la comparecencia previa a su decisión.

En esta línea, la Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado aboga a razones de urgencia, prácticamente *humanitarias*, y a la interpretación sobre la regla específica sobre planteamiento de dudas sobre la competencia para resolver sobre la orden de protección (artículo 544 ter)[13]. Se reconoce, efectivamente, que la norma de atribución de la competencia territorial es clara y taxativa, pero claudica ante la idea de que una víctima acudiera a demandar una justicia cautelar ante la autoridad judicial más próxima al lugar donde se encontrara, por ejemplo, tras huir de su pareja, y pudiera recibir por respuesta la convocatoria de la comparecencia ante el Juez natural, el del lugar donde se encuentra la persona que la tiene amenazada. Ante tal eventualidad concluye que «... en estos casos, las propias razones de urgencia inhe-

13. «... Aun cuando el artículo 15 bis de la LECrim sólo prevé la adopción de la orden de protección por el Juez de Violencia sobre la Mujer competente o, en su caso, por el Juez del lugar de comisión de los hechos, ha de tenerse en cuenta que el mismo criterio de celeridad obliga a matizar tal afirmación en aquellos casos en que la orden es solicitada en un tercer partido judicial. Piénsese en el supuesto de que la mujer es agredida por su marido en el lugar donde están pasando las vacaciones y aquélla, atemorizada, en vez de regresar al domicilio conyugal se dirige al domicilio de sus padres en una tercera población donde solicita la orden de protección. En estos casos, las propias razones de urgencia inherentes a tal medida cautelar, imponen que sea el Juez de guardia del lugar donde se efectúa la solicitud el que deba resolver.

Así se deduce, por otra parte, del párrafo segundo del número 3 del artículo 544 ter de la LECrim –que no ha sido modificado por la LOMPIVG– cuando dispone que "... en caso de suscitarse dudas acerca de la competencia territorial del Juez, deberá iniciar y resolver el procedimiento para la adopción de la orden de protección el Juez ante el que se haya solicitado ésta, sin perjuicio de remitir con posterioridad las actuaciones a aquel que resulte competente"».

rentes a tal medida cautelar, imponen que sea el Juez de guardia del lugar donde se efectúa la solicitud el que deba resolver». Realmente, con esta línea interpretartiva estamos presuponiendo que siempre y en todo caso la mujer que acude a un lugar distinto al correspondiente a los fueros territoriales del citado artículo 15 bis de la LECrim lo hace movida por el temor que siente a acudir al lugar propio de dicho fuero electivo. Pero créanme, hay de todo, y no son pocas las ocasiones en las que, *dulcificando* la expresión, la elección del fuero diverso se hace por razones de simple comodidad (lugar donde se pretende residir en lo sucesivo tras la ruptura motivada por el acto de violencia que presuntamente acaba de suceder –domicilio de la familia de los padres–), o incluso de conveniencia (lugar donde el abogado designado se encuentra colegiado, o simplemente para aprovechar las mejores condiciones de atención, por poner un ejemplo, de un servicio de guardia que copa las 24 horas del día o una mayor franja horaria que el de la sede natural de la comisión del hecho o del domicilio de la víctima).

Curiosamente, nada se dice de aquellos supuestos en que es el propio Ministerio Fiscal o alguna de las personas legitimadas quien presenta la solicitud en cualquier órgano territorial en el que no se encuentre la víctima, o cuando la misma es presentada a través del canal de un organismo público asistencial (centro de acogida, recurso de emergencia,...) respecto del que la víctima tiene un simple contacto episódico.

El segundo argumento es ciertamente desconcertante, pues de la no derogación expresa de la cláusula de solución legal ante la hipótesis de existencia de dudas sobre la competencia recogida en el apartado 3 del comentado artículo 544 ter de la LECrim se llega a concluir, prácticamente, que el hecho de la presentación de la solicitud en lugar distinto al establecido conforme a las reglas del artículo 15 bis de la LECrim supondría ya la existencia de la duda favorable a la determinación de la competencia en función del lugar de presentación de la solicitud. Con todos los respetos que me merece la siempre estimable labor doctrinal de la Fiscalía General del Estado, se está asumiendo la interpretación más adversa posible no ya a la dicción literal del precepto, sino a su propio espíritu y naturaleza, tanto desde su dimensión semántica como lógico-contextual. Precisamente, una de las bases fundamentales en la que centraré mi tesis, será la debida interpretación de la cláusula de solución ante la presencia de dudas sobre la competencia territorial y de las consecuencias que se extraen de su solo enunciado.

B) La solución auspiciada por el Consejo General del Poder Judicial

La posición inicial planteada por el Consejo General del Poder Judicial, a través del Observatorio para la violencia doméstica y de género, fue en un principio de ignorancia de la posible interpretación del conflicto. Así, en el Protocolo para la implantación de la orden de protección[14], de la autoría de la Comisión de Seguimiento de la Implantación de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica, publicado con anterioridad a la entrada en vigor de la LOMPIVG, se plantea un esquema de atribución competencial prácticamente coincidente por el propuesto por mi parte respecto de la dimensión meramente objetiva de la competencia. No entra a analizar qué sucede en la hipótesis de que la solicitud se cursara en órgano territorial no competente para el conocimiento de la causa siquiera con carácter perentorio.

14. http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetDoc?DBName=dPortal&UniqueKeyValue=3678&Download=false&ShowPath=false.

La situación, sn embargo, ha variado radicalmente tras la publicación en fecha de 16 de octubre de 2008 de la Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género[15], elaborada por el Grupo de Expertos/as en violencia doméstica y de género del CGPJ. La Guía, que se reconoce en este punto seguidora de la tesis mantenida por el Primer Seminario de Magistrados de Secciones Penales Especializadas en Violencia de Género de las Audiencias Provinciales y la mencionada Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005, parte como regla general del órgano preferente: el Juzgado de violencia sobre la mujer objetiva y territorialmente competente, aunque con la salvedad de la competencia del Juzgado del lugar de comisión de los hechos. Sin embargo, mantiene que el hecho de la presentación de una solicitud de orden de protección o de cualesquiera de las medidas recogidas en el artículo 13 de la LECrim ante cualquier otro órgano judicial (no se aclara en este momento si juzgado especializado u ordinario en funciones de guardia) representa para éste la obligación de iniciar y resolver el procedimiento para la adopción de la orden de protección, «... aunque se susciten dudas sobre su competencia territorial, sin perjuicio de remitir con posterioridad las actuaciones a aquel que resulte competente, por disponerlo así el artículo 544 ter.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». El carácter escueto y de mera exposición de principios que caracteriza a estos documentos jurídicos impide acceder a las razones concretas que llevan a esta conclusión. Aunque los términos empleados parecen llevarnos a la conclusión de que cuando no hubiera la menor duda sobre la incompetencia territorial del órgano judicial ante el que se presenta la solicitud debería remitir éste la causa al órgano que sí lo fuera, como parece deducirse del inciso inmediatamente anterior del mencionado apartado –*Dicha solicitud habrá de ser remitida de forma inmediata al juez competente*–, lo cierto es que la guía habla de coincidencia, entre otras, con la tesis defendida por la calendada Circular de la Fiscalía General del Estado, por lo que se estaría abrazando incuestionablemente la opción por el fuero electivo de la víctima.

Fuera del ámbito de la competencia objetiva, del esquema de actuación que gobierna la intervención de los órganos especializados y servicios de guardia, se sostiene que se agotaría la intervención de los Juzgados de violencia sobre la mujer, optando de este modo por la tendencia reduccionista y limitadora de competencias que ha caracterizado la interpretación de las inicialmente ambiciosas normas procesales desarrolladas en la LOMPIVG. Ciertamente, el artículo 15 bis no aclara qué Juzgado, si ordinario o especializado, es el competente, de forma electiva para la víctima, para el dictado de la orden de protección, pues habla tan sólo del Juzgado del lugar de la comisión de los hechos, pero si tenemos en cuenta el mandato de la Disposición Adicional Cuarta de la LECrim, que impone la sustitución de cualquier referencia del Juez de instrucción por la del Juez de violencia sobre la mujer, y que el artículo 15 bis está describiendo exclusivamente la competencia territorial de los órganos especializados, se comprenderá que esta exclusión es, cuando menos, discutible.

IV.2. Algunas posiciones doctrinales

En las escasas ocasiones en que se ha abordado el problema de la competencia territorial para el dictado de órdenes de protección, y por ende de medidas cautelares de entre las prevenidas en el artículo 13 de la LECrim, los autores se han decantado por dos líneas que, salvo

15. http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetDoc?DBName=dPortal&UniqueKeyValue=64845&Download=false&ShowPath=false.

matices, podrían resumirse, la primera, en la opción por la libre elección de la víctima, como provocadora de un necesario pronunciamiento del órgano territorial ante el que se presente la solicitud; y la segunda en la plena vigencia del mandato normativo del artículo 15 bis de la LECrim, aunque con aplicación de la cláusula sobre la existencia de dudas sobre la competencia como excepción frente a tal regla general, en pro del fuero del lugar de la solicitud.

En la primera línea, sin duda el principal precursor de tal tesis no podía ser otro que Magro Servet[16]. Este autor, referente indiscutible en la literatura jurídica que se ha dedicado al fenómeno de la violencia doméstica y de género, parte de considerar que el artículo 544 ter de la LECrim no deja lugar a dudas a entender que el órgano judicial competente para resolver sobre cualquier orden de protección es aquél ante el que se presenta la solicitud, sin perjuicio de remitir, en su caso, lo actuado al órgano judicial competente. Sorpresivamente, con la publicación de la LOMPIVG, y en concreto de sus artículos 61 y 62, el autor sostiene que tal criterio de la efectividad se ha visto aún más reforzado, pese a que la primera de las normas citadas, en su apartado 2.º, habla expresamente no de cualquier Juez ante el que se presente una solicitud de medidas cautelares de protección, sino del «... Juez competente, de oficio o a instancia de la víctima...» y demás personas e instituciones legitimadas para instarlas. La interpretación que realiza a la referencia que se hace en el artículo 62 al Juez de violencia sobre la mujer, y en su caso al Juez de guardia, sin embargo, parece olvidar la dimensión territorial del conflicto, toda vez que se acoge a la diferente actuación para el caso de que el órgano especializado se encuentre dentro de su horario de actuación ordinario o se hubiera llevado a efecto la detención del presunto agresor[17].

El argumento que utiliza el mencionado ilustre autor, paradójicamente, se acerca claramente a la argumentación casi humanitaria sostenida por la calendada Circular de la Fiscalía General del Estado, al considerar que tal interpretación resulta obvia, porque «... si el Instituto de la Mujer ha realizado estudios que evidencian que una mujer tarda de media cinco años de sufrir malos tratos hasta que acude a denunciarlos, produciría un estado de desamparo absoluto que se plantearan problemas competenciales en el Juzgado de instrucción o que no se resolviera sobre la medida cautelar postulada, cuando existen hoy en día, sobre todo, instrumentos legales completos para que la víctima tenga la protección debida por parte de la Administración, pero no sólo la de Justicia, sino por todo el arco multidisciplinar que se recoge en el apartado 8.º del artículo 544 ter de la LECrim». Defiende igualmente lo inasumible que supone someter a la víctima a las resultas del planteamiento de cuestiones de competencia, con las consecuencias de inoperancia e ineficacia que de ello podrían derivarse[18].

16. Magro Servet, Vicente, «El juzgado competente para conocer de la violencia de género en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral», *Diario La Ley*, año XXVI, núm. 6201, miércoles, 2 de marzo de 2005. La misma línea de opinión es defendida en su reciente trabajo: «La no temporalidad de la orden de alejamiento fijada en la instrucción de la causa por violencia de género», *Boletín Violencia Doméstica*, enero 2009, referencia: SP/DOCT/3760, SEPIN Editorial Jurídica.

17. En este sentido el último trabajo del mencionado autor «La no temporalidad de la orden de alejamiento...». Por su parte, la referencia que se hace al hecho de la detención trae causa de la opinión, mantenida igualmente por los criterios publicados por Magistrados de Audiencias Provinciales especialistas en materia de violencia de género, de que el hecho de la detención y puesta a disposición de detenido ante el Juzgado de guardia hará que se atraiga la competencia del órgano común para el conocimiento de la solicitud de orden de protección aunque ésta hubiera sido cursada cuando el Juzgado especializado se encuentre ya en las siguientes horas hábiles; opinión que, desde luego, y teniendo en cuenta el concepto de la actuación por sustitución que he desarrollado, no comparto.

18. «... Cuando la víctima acude a formular la denuncia la Administración no puede inhibirse y apelar a reglas competenciales –también denominadas "burocráticas"– que en estos casos específicos de violencia de género pueden dar lugar, por un lado, a que la propia víctima desconfíe de la Administración de Justicia al comprobar que cuando acude a ella no le dan una respuesta

En la misma línea paralela a la que he tildado de *oficialista*, podemos citar a Charco Gómez[19], quien prácticamente equipara el concepto de duda sobre la competencia al hecho mismo de la presentación de una solicitud de orden de protección frente a órgano judicial incompetente, por cuanto que considera que la urgencia del caso, lo que define como *actuación a prevención*, impone la interpretación del precepto en el sentido de «... para tramitar y resolver la orden de protección, el juzgado deberá prescindir de apreciar su competencia territorial para conocer del proceso penal sobre los hechos que dan lugar a la petición de la orden». Por su parte, Alhambra Pérez[20] insiste en la relación del dictado de la orden de protección con las primeras diligencias a que se refiere el artículo 13 de la LECrim, eludiendo cualquier referencia a la cláusula sobre la duda de competencia territorial contenida en el artículo 544 ter.3 de la LECrim, pues no en vano, para ella, «... se trata de medidas protectoras de las víctimas que no admiten retraso ni dilación alguna, por lo que en estos casos será competente el Juez de Instrucción de guardia ante el que se solicite la medida, sin perjuicio de su posterior remisión al Juez que conozca de la causa».

La posición doctrinal contraria tiene como principal exponente a Senés Montilla[21], quien acude a la preponderancia indiscutible del artículo 15 bis de la LECrim, interpretando la cláusula de la duda sobre la competencia territorial como aquel supuesto en que fuera dudosa tal competencia; solamente en este supuesto debería resolver sobre la orden de protección el Juez ante el que se presentare la solicitud. Es más, considera que la opción que da el artículo 15 bis es al Juez de guardia del lugar de la comisión de los hechos. La misma tesis es igualmente seguida, en parecidos términos, por otros autores tales como González Granda[22] y Brage Camazano[23].

IV.3. Sobre la necesidad de respetar las normas generales sobre la competencia territorial

Adentrándonos ya en mi tesis, en buena parte coincidente con la sostenida por Senés Montilla, si el párrafo primero del apartado 3 del artículo 544 ter de la LECrim comienza por determinar los lugares o instituciones donde se puede presentar una orden de protección, inmediatamente la norma nos advierte que aquélla ha de ser cursada a quien define como *juez competente*. El destinatario de la solicitud no puede ser otro que el Juez de instrucción competente por razón tanto de su competencia objetiva como territorial, pues acto seguido se nos

urgente, y, por otro lado, que la inexistencia de la adopción de una medida cautelar puede llevar consigo consecuencias funestas como las propias cifras de mujeres muertas por la violencia de género lo demuestra.»

19. Charco Gómez, María Luz, «La orden de protección para las víctimas de la violencia doméstica: Ley 27/2003, de 31 de julio», en *Los juicios rápidos. Orden de protección: análisis y balance*, Manuales de formación continuada 25/2004, CGPJ, Madrid, pp. 183-220.

20. Alhambra Pérez, Pilar, «Cuestiones de competencia, competencia objetiva, subjetiva y funcional», en *Aspectos procesales y sustantivos de la Ley Orgánica 1/2004*; *Cuadernos de Derecho Judicial 1/2007*, CGPJ, Madrid, pp. 83-119.

21. Senés Motilla, Carmen, «Consideraciones sobre las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas de la violencia de género», *Diario La Ley*, año XXVIII, núm. 6644, lunes, 5 de febrero de 2007.

22. González Granda, Piedad, «Los juzgados de violencia sobre la mujer en la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género», *Diario La Ley*, año XXVI, núm. 6214, lunes, 21 de marzo de 2005.

23. Brage Camazano, Joaquín, «La orden de protección a las víctimas de la violencia doméstica: dimensión penal y afectación de derechos fundamentales», *Diario de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 1942, p. 1.

habla de la suscitación de dudas sobre tal competencia territorial. Efectivamente, el legislador, tomando en cuenta el ejemplo de las cuestiones de competencia entre Juzgados de instrucción, adopta una solución coherente con el principio del mantenimiento de la competencia al menos para el desempeño de las actuaciones urgentes, optando por atribuir la competencia para resolver la solicitud de orden de protección, «... en caso de suscitarse dudas acerca de la competencia territorial del Juez...», a la autoridad judicial del lugar en el que se hubiera presentado la solicitud, «... sin perjuicio de remitir con posterioridad las actuaciones a aquel que resulte competente». Nótese que nos encontramos en un estadio intermedio entre el planteamiento de la cuestión de competencia y la inexistencia de dudas en cuanto a la atribución competencial en favor de la autoridad judicial a quien se haya presentado la solicitud.

En todo caso, presupuesto ineludible para esta atribución provisional de la competencia para la decisión sobre la concesión de orden de protección es la existencia de dudas en cuanto a la competencia territorial para el conocimiento de la causa principal, o de la solicitud por razón de actuación urgente del Juzgado de guardia. Por mucho que nos empeñemos, la duda no existe cuando resulta incuestionable que la competencia no corresponde al Juzgado donde se presenta la solicitud, por lo que en tales supuestos no cabría otra solución que la de derivar la solicitud a dicho órgano jurisdiccional, incluso remitiendo por el cauce más urgente la solicitud para su tramitación inmediata ante el Juzgado de violencia sobre la mujer, o en su caso de guardia, que hubiera de conocer de la causa, y, por ende de la solicitud de concesión de orden de protección. Hemos de concebir la duda como la existencia de un supuesto en el que la competencia territorial pudiera ser objeto de discusión basada en criterios mínimamente razonables, se plantee o no posteriormente una cuestión de competencia territorial; y, por poner un ejemplo, no existe duda cuando la esposa, agredida por su marido en el domicilio conyugal ubicado en Algeciras, se desplaza temporalmente a casa de su prima en Pontevedra, y allí es convencida para presentar la denuncia y una orden de protección. Si la norma establece un criterio no para solucionar, sino para evitar la cuestión de competencia, es porque puede haber duda sobre ésta, lo que jamás sería pensable si la competencia se hace depender del solo hecho de la presentación de la denuncia; no caben dudas de competencia cuando la solicitud se presenta en Soria y fuera el Juzgado de guardia de Soria el que debe resolver por ser el lugar de presentación, aunque en Soria no haya estado el matrimonio jamás en su vida con anterioridad.

El artículo 15 bis de la LECrim establece una excepción al fuero territorial de la víctima en materia de dictado de medidas de protección o medidas urgentes, estableciendo en tal caso un a modo de *fuero electivo*, entre el Juez natural y el Juez del lugar de comisión del hecho: la posibilidad de que el Juzgado del lugar de comisión del hecho punible asuma de forma perentoria la competencia para el conocimiento de solicitudes de órdenes de protección y medidas cautelares de protección de la víctima a que se refiere el artículo 13 de la LECrim.

En definitiva, considero que más bien la competencia será por definición del órgano territorial que haya de asumir el conocimiento de la causa principal (en su caso, Juzgado de guardia de dicha localidad), coincidente por tanto con el fuero territorial específico del domicilio de la víctima; defectivamente, incluso a elección de la víctima, del órgano territorial especializado de la comisión del hecho (en su caso, Juzgado de guardia de dicha localidad); y en último caso, y por razones de auténtica urgencia, bien por grave riesgo para la víctima, bien por cualquier eventualidad que impida hacer llegar al órgano jurisdiccional competente la solicitud, cabrá la posibilidad de que el Juzgado de violencia sobre la mujer o

Juzgado de guardia de otra localidad, acuerde, *in extremis*, medidas de protección en interés de la víctima, incluso, de ser posible, una orden de protección, haciendo uso de su facultad de actuar a prevención, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la LECrim.

La intervención de los Juzgados de violencia sobre la mujer del lugar de la comisión del hecho punible, cuando éstos se encuentran en funcionamiento no puede ser negada tan abiertamente como se propone. De momento, el artículo 15 bis de la LECrim es una norma de atribución de competencia territorial específica que afectaría solamente a los Juzgados de violencia sobre la mujer. La norma no distingue cuando en su último inciso habla de *Juez del lugar de comisión de los hechos*; y lo lógico es pensar que cuando se habla en el primer inciso de Juez de violencia sobre la mujer, la no indicación de la naturaleza del órgano judicial competente para resolver sobre órdenes de protección y medidas de las establecidas en el artículo 13 de la LECrim, no pueda tener otra razón de ser que la de considerar que se está hablando de un órgano judicial de la misma naturaleza, pues si no lo coherente y lógico habría sido referir que el fuero electivo lo era a favor del Juzgado de instrucción. Por otra parte, la Disposición Adicional Cuarta de la LECrim llevaría a idéntica conclusión, en tanto en cuanto el órgano no competente territorialmente habría de ser, en su caso, un Juzgado de violencia sobre la mujer. Pero es que a la misma conclusión habría de llegarse si tenemos en cuenta el especial celo que mantuvo en todo momento el legislador, al redactar la LOMPIVG, en garantizar en todo caso la atención a las víctimas por parte de un Juzgado especializado; y es que dejar la puerta abierta a la irrupción de los Juzgados ordinarios del lugar de comisión del hecho, cuando realmente las solicitudes de orden de protección se presentan, casi sin excepción en éste, al ser el hecho de la denuncia una reacción casi inmediata a la comisión del delito, podría suponer hurtar del conocimiento de los órganos especializados el conocimiento de los asuntos que más trascendencia directa tienen en la garantía de la debida protección de las víctimas.

Pero no sólo estos argumentos sirven, en mi modesta opinión, para llegar a la tesis que defiendo, pues son varias e igualmente convincentes, las razones que podemos aportar para llegar a idéntica conclusión. Pasaremos a analizar seguidamente estos argumentos adicionales.

No se puede argüir de ninguna manera que el artículo 544 ter.4 de la LECrim establezca de forma incontestable una determinación electiva del órgano jurisdiccional competente para la celebración de comparecencia y dictado de resolución accediendo o denegando la concesión de una orden de protección. Como ya anticipáramos, el precepto habla de la recepción de una orden de protección, bien presuponiendo que lo es ante el órgano competente, bien pudiendo considerarse que la solicitud ha llegado a quien correspondiera (por ejemplo, por remisión del Juzgado de guardia ante el que se ha presentado, o al Juzgado de violencia sobre la mujer, al haber tenido entrada en horas de audiencia). La norma, en su apartado tercero, realmente, se limita a establecer que el órgano judicial competente, *el juzgado de guardia*, resuelve sobre la orden de protección; no se para a determinar una competencia específica que rompa las reglas comunes de competencia objetiva y territorial.

En definitiva, cuando la LECrim utiliza a lo largo de su articulado las acepciones «Juez de instrucción» o «Juez de guardia», siempre está presuponiendo que habla del Juez competente por razón de la causa y del territorio. Baste como ejemplo la referencia que se hace al Juez de instrucción en el artículo 579 en cuanto a la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones, o el artículo 797 en cuanto a la recepción de los atestados conforme

al trámite del enjuiciamiento rápido. Solamente en ocasiones la ley rituaria llega a matizar, cual sucede respecto de las diligencias de entrada y registro (artículo 546), cuando la sola mención de la competencia era una auténtica obviedad, o para determinar el hecho de la actuación de Juez distinto al competente, cual sucede en los supuestos de presentación de detenidos (artículos 498 y 499.2), o de resolución decretando la prisión provisional (artículo 505.6). El propio artículo 544 ter parece ir por esta línea cuando en su primer parágrafo habla en términos genéricos (Juez de instrucción), aparentando presuponer la competencia territorial y objetiva, en un contexto en el que posteriormente tendría su sentido la matización de que este Juez de Instrucción debería ser, en un principio, el de guardia.

Puede incluso suceder que el lugar de la presentación de la solicitud no interese a ninguna de las partes. Puede darse el caso, y así ha ocurrido en la realidad, de que la víctima acuda a un recurso de emergencia en determinada localidad coincidente con el domicilio familiar y el de comisión del hecho –Málaga–; con tal motivo sea trasladada a una dependencia segura donde por el Instituto de la Mujer se presenta la orden de protección –Córdoba–, y ese mismo día trasladada a un piso de acogida a más de 200 km del lugar de presentación de la solicitud –Granada–. ¿Realmente podemos sostener que ante tal circunstancia debería prevalecer el fuero del lugar donde se presenta la solicitud?

Cronológicamente, el artículo 15 bis de la LECrim es norma posterior que contrariaría de forma expresa, por incompatibilidad absoluta, el pretendido enunciado del artículo 544 ter de la LECrim en la interpretación *oficialista* anteriormente descrita. Carecería de sentido establecer un fuero electivo específico para la resolución de solicitudes de órdenes de protección y medidas cautelares a prevención –el Juez del lugar de la comisión del delito–, manteniendo a su vez la norma anterior que desvirtúa a la posterior. Si el parágrafo cuarto del artículo 544 ter no establece una excepción a la regla general sobre la competencia para el dictado de orden de protección, que no puede ser otra que la propia del conocimiento de la causa principal, y defectivamente la propia del lugar de comisión del hecho, ésta, la establecida en el artículo 15 bis, será la norma que, en un principio, rija la competencia sobre la adopción de órdenes de protección. No puede defenderse bajo ningún concepto que pese a que el artículo 15 bis, ley posterior, establezca un fuero específico para el dictado de tales resoluciones, la interpretación *voluntarista* del artículo 544 ter prive de contenido a tan claro y taxativo mandato legal.

En definitiva, la urgencia a la que se acogen la Fiscalía General del Estado y parte de la doctrina anteriormente citada para romper los criterios específicos de competencia, olvida que la decisión judicial puede ser resuelta, con la misma urgencia, por el órgano judicial competente, si la solicitud es remitida al mismo y la comparecencia puede practicarse ante el mismo con la misma o idéntica celeridad. Existen actualmente mecanismos tecnológicos de remisión de los expedientes o solicitudes en tiempo real al órgano competente (en concreto, fax y correo electrónico), e incluso la posibilidad de celebración de las comparecencias a través de la videoconferencia, tal y como expresamente permite el artículo 325 de la LECrim, como para hacer inconsistente el alegato de la necesidad de actuación urgente. Ante la posibilidad de la presentación de la solicitud ante órgano jurisdiccional incompetente, nada impediría que el órgano judicial referido remitiera la solicitud, según el caso, bien al órgano especializado competente por razón de la materia o, en su caso, al Juzgado de guardia, dentro del ámbito temporal de actuación de uno u otro. En cualquier caso, el Juez del lugar de la presentación, cuando su incompetencia territorial es incuestionable, es decir, no existen

dudas sobre su absoluta falta de competencia territorial, puede adoptar medidas inmediatas de protección de entre las establecidas en el artículo 13 de la LECrim, tal y como expresamente se permite, además, en el artículo 544 ter.4, párrafo cuarto, y con carácter general en el artículo 544 bis, sin afectar para ello a su obligación de dar el curso normal a la solicitud de orden de protección interesada: su remisión al órgano jurisdiccional competente. De este modo quedarían cubiertas las situaciones de específica necesidad de dictado de resolución inmediata para atender a la urgencia que demandare el caso concreto.

La elección del lugar de presentación de la solicitud por la víctima puede responder a simple conveniencia o por razón de encontrar en dicha localidad un amparo o apoyo que no se encuentra en otro (el ejemplo del domicilio de los padres de la víctima es elocuente a este respecto); pero no por ello puede justificarse la ruptura del principio de competencia, que tiene su arraigo constitucional en un principio tan fundamental como es el principio de la garantía del Juez natural, del *juez ordinario predeterminado por la ley* –artículo 24.2.1 de la Constitución–. Permitir la libre elección del Juez encargado de dar una respuesta a tal pretensión cautelar rompería el principio del Juez predeterminado por la Ley que sirve al Tribunal Supremo para hacer la interpretación anteriormente mencionada sobre el fuero territorial de la víctima, como se puede apreciar de la sola lectura del calendado Auto del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 3 de marzo de 2006, núm. de recurso 137/2005, que precisamente considera ajeno a tal principio el otorgamiento a una de las partes de la posibilidad de decidir por su propia cuenta el órgano judicial que ha de resolver una petición suya. Tal permisividad en la elección del órgano judicial por parte del solicitante permitiría auténticas situaciones de abuso de derecho mediante la elección injustificada de órganos judiciales (el padre de la esposa residente con su marido en Tenerife, decide presentar la solicitud en el Juzgado de guardia de Ávila, para limitar las posibilidades de defensa del esposo), la búsqueda de órganos judiciales más proclives a la concesión de determinadas ventajas a las víctimas (el abogado de la víctima tiene conocimiento de que en un partido judicial vecino se encuentra de guardia un Juez de quien conoce que suele ser *bastante generoso* a la hora de fijar prestaciones alimenticias a favor de la de descendencia común del matrimonio, frente a la actitud que suele tomar la Juez del Juzgado de violencia sobre la mujer del partido del domicilio de la víctima coincidente con el lugar de supuesta comisión de los hechos), o simplemente el aprovechamiento de los partidos judiciales que contaran con guardias continuadas las 24 horas del día o con horarios de mañana y tarde (piénsese el supuesto de la víctima residente en Posadas –localidad cordobesa ubicada a poco más de 30 km de la capital–, donde se comete el delito un sábado por el mediodía, que decide acudir al Juzgado de guardia de Córdoba porque allí abren el Juzgado de guardia los sábados por la tarde).

Realmente, tan gravoso puede resultar para la víctima regresar a la sede del partido judicial de su domicilio para la celebración de la comparecencia referida como lo es para el presunto agresor desplazarse hasta donde le convenga a ésta. Las mismas posibilidades de protección de ésta pueden darse por las autoridades policiales y judiciales de una y otra demarcación judicial.

En definitiva, la irrupción en la planta judicial española de los Juzgados de violencia sobre la mujer ha supuesto una variación sobre las normas de competencia del Juzgado de guardia anteriores a la LOMPIVG, de suerte que el esquema de actuación en el ámbito de la violencia de género quedaría del siguiente modo:

a) Preferentemente son los órganos especializados, bien correspondientes al fuero del domicilio de la víctima o del lugar de comisión del hecho, a elección de ésta, los competentes y no los Juzgados de guardia para conocer de la solicitud de orden de protección, salvo cuando la solicitud tenga entrada fuera de los días y horas hábiles.

b) De no presentarse la solicitud mientras están en funcionamiento los Juzgados de violencia sobre la mujer, los órganos competentes para su tramitación, en ese ínterin, son los Juzgados de guardia; pero no cualesquiera, sino en principio aquellos que se encuentren en la misma sede del órgano jurisdiccional especializado, o correspondientes al lugar de comisión del hecho.

c) La opción por el órgano judicial del lugar de presentación de la solicitud solamente procedería cuando se suscitaran dudas acerca de la competencia territorial, se hubiera planteado o no una cuestión de competencia.

En el supuesto de la violencia doméstica, se partiría del mismo esquema, exclusión hecha de los órganos especializados, pero con posibilidad de actuación a prevención de cualquier Juzgado de guardia ante el que se plantee la posibilidad de actuación, incluso de oficio, si la urgencia del caso así lo demandare.

Aparte de tal supuesto de la situación de duda sobre la competencia territorial, solamente cabría una posibilidad de que un determinado órgano jurisdiccional incompetente territorialmente adoptara una orden de protección o medida cautelar de alejamiento: la decisión a prevención en base a lo establecido en el artículo 13 de la LECrim. Pero tal norma parte realmente de la necesidad perentoria de adopción de una determinada decisión cautelar entre tanto la causa tiene llegada al órgano judicial competente. Si los canales normales de comunicación permiten que la solicitud tenga su curso ante el órgano competente para el conocimiento de la causa directa o defectivamente, exigir que el Juzgado de guardia ante el que se presenta la solicitud la resuelva siempre y en todo caso, sería un contrasentido jurídico; no hay razón objetiva que impida que el órgano competente conforme al artículo 15 bis de la LECrim resuelva, como le corresponde en derecho, la solicitud. La opción por la práctica de las primeras diligencias, bien dictándose una orden de protección, o cualesquiera medidas cautelares de protección de la víctima solamente puede entenderse como una excepción, que ha de partir sin duda de tres premisas: en primer lugar, la necesidad de la adopción inmediata, perentoria de una medida de protección; en segundo lugar, la posibilidad de presencia personal de la contraparte ante el Juzgado de guardia de forma casi inmediata, pudiéndose optar, en caso contrario, si la urgencia del caso lo exigiera, por el dictado de medidas de protección interinas, con remisión de la causa principal al órgano competente; en último lugar, la posibilidad del dictado de la resolución en el período que transcurre hasta el siguiente día y hora hábil, pues transcurrido éste, sin haberse podido celebrar la audiencia, la causa debería remitirse al Juzgado de violencia sobre la mujer coincidente con el partido judicial del juzgado de guardia *elegido*.

Considero, por tanto, que el artículo 15 bis de la LECrim es el que determina la competencia territorial para el conocimiento de las solicitudes de órdenes de protección; incluso la dualidad del fuero refleja una opción del legislador por establecer un límite a la flexibilidad en la determinación de una eventual competencia perentoria. En consecuencia, presentada la solicitud ante Juzgado de guardia incompetente, la solución pasaría por su

remisión al que lo sea, bien especializado o de guardia, por el medio más urgente posible; y de demandar la situación personal de la víctima una respuesta inmediata a su petición de protección, dictar éste una medida de alejamiento con citación de las partes ante el órgano competente, de ser hallados, o incluso resolver en tal caso sobre la orden de protección si puede garantizarse la presencia inmediata de las partes para la celebración de la comparecencia. Obrar de otro modo podría generar gravísimas disfunciones, una especie de justicia cautelar a la carta o al albur de las conveniencias de quien demanda la solicitud, a riesgo incluso de cercenar las posibilidades de defensa de la parte contraria.

IV.4. La irrupción de los nuevos Juzgados de violencia sobre la mujer de guardia

La introducción en el servicio de guardia de Juzgados de Violencia sobre la Mujer tuvo lugar mediante la inserción de un nuevo artículo 62 bis al vigente RAAAJ, por Acuerdo del Pleno del CGPJ de 17 de julio de 2008, que definitivamente entró en vigor el 1 de enero del presente año. Tal servicio ha de establecerse, por mandato del mencionado precepto reglamentario, en aquellos partidos judiciales donde existan cuatro o más Juzgados de dicha naturaleza. El sistema de guardias diseñado parte de un período de tres días consecutivos por Juzgado con un extenso horario de funcionamiento de doce horas diarias (de 9:00 a 21:00 horas); eso sí, en el bien entendido de que pese a la dicción literal de la norma, «tres días consecutivos» –artículo 62 bis.3–, deben excluirse de la misma fines de semana y festivos, por no existir horas de audiencia tales días, evitando así incumplir el mandato legislativo.

La irrupción de los Juzgados de violencia sobre la mujer de guardia ha supuesto una variación parcial en el régimen común, pues cuando un asunto que no sea de la competencia del Juzgado de violencia sobre la mujer que ejerza las funciones de guardia demande el dictado de una resolución urgente, que lo son las actuaciones contenidas en el artículo 42.1 del RAAAJ, corresponderá a éste como Juzgado de violencia sobre la mujer en funciones de guardia, con plenitud de jurisdicción, como si de un Juzgado de guardia se tratase, dentro de su margen temporal de actuación –artículo 42.4 del RAAAJ–. La competencia inicial será en tal supuesto para el órgano especializado que conociera de la causa, sea o no el que ejerza funciones de guardia; en defecto de éste, fuera de las horas de audiencia y en el margen de actuación del servicio de guardia de los órganos especializados, para aquel que por turno corresponda, y fuera de este margen temporal, del correspondiente Juzgado de instrucción de guardia. La extensión del ámbito temporal de tales Juzgados especializados afectará, igualmente, a los restantes órganos territoriales, que se verán beneficiados por tal extensión a los efectos de la delimitación competencial, aunque siempre sin perder de vista la posibilidad de actuación a prevención por mandato de los artículos 13 de la LECrim y 42.1 del RAAAJ.

IV.5. El nuevo esquema competencial ante la previsible comarcalización de los Juzgados de violencia sobre la mujer

El artículo 87 bis.2 de la LOPJ[24] preveía la posibilidad, aunque de forma excepcional, de extender el ámbito territorial de un juzgado de violencia a dos o más partidos judiciales.

24. En similares términos, el actual artículo 15 bis de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de demarcación y planta judicial.

Aprovechando esta posibilidad, la tendencia del ejecutivo y del legislador en el último tramo de la anterior legislatura fue la de tratar de sacar partido a esta posibilidad de agrupación territorial como forma de garantizar una planta de Juzgados de violencia sobre la mujer realmente especializados en dicha materia: la *comarcalización* de la jurisdicción especializada llevada por órganos judiciales exclusivos. La iniciativa de la extensión de la competencia a varios partidos judiciales, tuvo un primer intento de irrupción en enmienda en el Senado a la Ley Orgánica de igualdad efectiva de hombres y mujeres (Disposición Adicional Vigésima Octava)[25], que no fuera finalmente aprobada al rechazarse las enmiendas incorporadas por el Senado al Proyecto de Ley Orgánica, a su vuelta por el Congreso de los Diputados. La idea ha sido retomada nuevamente en la actual legislatura, encontrándose en estudio a nivel del Ministerio de Justicia.

Lógicamente, *lege data*, la comarcalización de la jurisdicción especializada ya preconizada como inminente, no afectará profundamente al segundo grado de actuación judicial, al Juzgado de guardia. Cuando el Juzgado de violencia sobre la mujer con jurisdicción en dos o más partidos judiciales no se encuentre en funcionamiento, la competencia del Juzgado de guardia se entenderá referida a cada una de las demarcaciones territoriales incluidas dentro de su ámbito competencial, a la vez que al Juzgado de guardia que tenga su sede en la sede del órgano especializado. El Juzgado de guardia de la sede donde se encuentre el órgano especializado sustituye a éste por mandato expreso del artículo 42.4 del RAAAJ; pero los restantes servicios territoriales, como posibles lugares de comisión del hecho, asumirán la competencia por atracción del fuero electivo del artículo 15 bis de la LECrim.

25. Sobre este particular, puede consultarse el trabajo de Magro Servet, Vicente, *Propuesta de nueva determinación de la competencia territorial y mapa judicial de los juzgados de violencia*, Editorial SEPÍN, Referencia SP/DOCT/3305, 4 de julio de 2007.

Revista de Derecho de

familia

JURISPRUDENCIA

PENSIÓN COMPENSATORIA

No habiéndose fijado en la sentencia de divorcio pensión compensatoria a pesar de que sí se estableció en la sentencia de separación, carece la ex esposa de título para instar la ejecución de la pensión fijada en la separación, ya que las medidas de la sentencia de divorcio sustituyen en su integridad a las de la separación.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 1.ª, AUTO 396/2008, DE 22 DE DICIEMBRE

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña María era beneficiaria de una pensión compensatoria en su sentencia de separación. Posteriormente en la sentencia de divorcio no figuraba pensión compensatoria alguna. Cuando, recaída la sentencia de divorcio, la recurrente dejó de percibir la pensión compensatoria solicitó la ejecución de su sentencia de separación. La desestimación de su petición –tanto en instancia como en apelación– fue recurrida en amparo ante este Tribunal, que estimó el recurso por falta de motivación de las resoluciones judiciales recurridas (STC 96/2005, de 18 de abril).

⊙ La Sentencia estimatoria de amparo, anulaba las dos resoluciones judiciales impugnadas y acordaba que el Juzgado de Primera Instancia dictase nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado. En consecuencia, el 26 de julio de 2005, el órgano de instancia dictó Auto en el que afirmó que, si el único motivo de oposición a la ejecución formulado por el demandado había sido acogido en su instancia y sobre esas bases había desestimado la ejecución solicitada, ahora, que dicho Auto había sido anulado por el Tribunal Constitucional en su STC 96/2005, de 18 de abril, no le quedaba más opción que desestimar el motivo de oposición alegado y estimar la ejecución solicitada. El órgano de instancia no aporta mayor argumentación.

⊙ La resolución judicial de instancia que autorizaba la ejecución, fue recurrida en apelación con el argumento de que volvía a incurrir en falta de motivación, pues no resultaba de recibo que el fallo se basara en que las anteriores resoluciones judiciales de instancia y apelación habían sido anuladas por el Tribunal Constitucional. El apelante aducía que la STC 96/2005 anulaba las anteriores resoluciones judiciales por falta de motivación pero no predeterminaba en absoluto el sentido del fallo de una nueva resolución judicial, como parecía ser el entendimiento del órgano de instancia. Mediante Auto de 24 de julio de 2006, la Audiencia Provincial de Madrid estima el recurso y deniega la ejecución, argumentando de la siguiente forma: la ejecución de una sentencia de separación cuando ya existe sentencia de divorcio, vulnera el principio de sustitución (artículos 91 del CC y 774.4 de la LEC), en virtud del cual las medidas que se adoptan en sentencia de divorcio sustituyen en su integridad a las que se adoptan en sentencia de separación y no puede subsanarse en fase de ejecución la efectividad de las medidas de carácter económico y compensatorio, omitidas y no acordadas. El órgano judicial declara que estimar la ejecución de la sentencia de separación vulneraria los principios de disposición, rogación y congruencia de los artículos 19 y 216 de la LEC.

- Doña María imputa a la última resolución judicial vulneración de la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE) en su vertiente de falta de motivación e intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes. A juicio de la recurrente, la STC 96/2005, de 18 de abril, estima violado el derecho fundamental a la ejecución de las resoluciones judiciales porque la Audiencia Provincial de Madrid, en su Auto de 24 de octubre de 2002, no expresaba el fundamento legal de la tesis que sostenía, según la cual una sentencia de divorcio deja sin efecto la sentencia de separación conyugal. Continúa la recurrente afirmando que, expresados los fundamentos legales en el Auto de la Audiencia Provincial de 24 de abril de 2006, éste es irrazonable y arbitrario pues de ellos «no hay forma racional de alcanzar la conclusión de que la sentencia firme de separación quede sin efecto por la de divorcio», por lo que concluye en que de nuevo se ha producido una vulneración del artículo 24.1 de la CE, en su vertiente de derecho a una resolución motivada y derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes. La recurrente solicita que se declare la nulidad de la resolución impugnada y, además, la firmeza del Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Madrid, de 26 de julio de 2005, en el que, como ya apuntamos, se accedió a la pretensión de ejecución de la sentencia de separación.

- El Tribunal Constitucional no admitió a trámite el recurso de amparo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La demandante de amparo pretende que este Tribunal anule el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 24 de julio de 2006 que, en ejecución de la STC 96/2005, de 18 de abril, expresa el fundamento legal de la tesis que sostuvo el mismo órgano judicial en resolución judicial anterior que este Tribunal anuló, precisamente por la falta de exteriorización de las previsiones normativas en la que se sustentaba la decisión. El Auto ahora impugnado vuelve a sostener que la sentencia de divorcio deja sin efecto la sentencia de separación conyugal, pero fundamenta su tesis en los artículos 91 del Código Civil (CC) y 19, 216 y 774.4 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC). La recurrente de amparo afirma que de tal fundamentación jurídica no se desprende que una sentencia de divorcio sustituya en su integridad a la sentencia de separación, por lo que la resolución judicial resulta arbitraria e irrazonable.

Su pretensión no es determinar si la sentencia de este Tribunal ha sido correctamente ejecutada, sino que se le reconozca la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE) por el Auto de la Audiencia que ejecutó la STC 96/2005. No obstante no ser aquélla la pretensión de la demandante, para la resolución del presente recurso de amparo hemos de aclarar en primer término que la STC 96/2005, de 18 de abril, está correctamente ejecutada por la Audiencia Provincial de Madrid, en su Auto de 24 de julio de 2006.

Resulta procedente comenzar por recordar que, como ha reiterado la STC 300/2006, de 23 de octubre, FJ 3, «de conformidad con lo ordenado en los artículos 87.1 de la Ley Orgánica de este Tribunal (LOTC) y 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), los órganos judiciales están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva, no pudiendo, en consecuencia, desatender lo declarado y decidido por el mismo. Ciertamente en algunas ocasiones el cumplimiento por el órgano judicial de una sentencia de este Tribunal puede requerir una interpretación del alcance de ésta a fin de dar un cabal cumplimiento a lo resuelto y adoptar, en consecuencia, las medidas pertinentes para hacer efectivo el derecho fundamental reconocido. Pero tal consideración y aplicación por el órgano judicial no puede llevar, sin embargo, como es claro, ni a contrariar lo establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional, ni a dictar resoluciones que menoscaben la eficacia de la situación jurídica subjetiva en ella declarada. Por lo demás es también de importancia para el caso que nos ocupa resaltar que la especial vinculación que todos los poderes públicos tienen a las sentencias de este Tribunal no se limita al contenido del fallo, sino que se extiende a la fundamentación jurídica que lo sustenta, en especial a la que contiene los criterios que configuran su *ratio decidendi* (STC 302/2005, de 21 de noviembre, FJ 6)».

La aplicación de la doctrina expuesta al caso que nos ocupa supone que el órgano judicial a quien

correspondiera la ejecución de la STC 96/2006, de 18 de abril, debía exteriorizar las previsiones normativas en las que se sustentaba la decisión de no despachar la ejecución de la sentencia de separación en el extremo interesado por la demandante de amparo –referido al impago de la pensión compensatoria fijada a su favor en la sentencia de separación–, pues era exactamente ése el motivo que había llevado a este Tribunal a considerar que las resoluciones judiciales impugnadas no estaban fundadas en Derecho y, en consecuencia, apreciar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 96/2005, FJ 7). No fue esto lo actuado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Madrid, en su Auto de 26 de julio de 2005, en el que, lejos de exteriorizar fundamentación jurídica alguna, se limitó a afirmar que si el único motivo de oposición a la ejecución formulado por el demandado había sido acogido en su primer Auto del caso y sobre esas bases había desestimado la ejecución solicitada por la recurrente, ahora, que dicho Auto había sido anulado por el Tribunal Constitucional en su STC 96/2005, de 18 de abril, no le quedaba más opción que desestimar el motivo de oposición alegado y estimar la ejecución solicitada.

Interpuesto recurso de apelación contra la ejecución de la STC 96/2005 llevada a cabo por el Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Madrid, la Audiencia Provincial de Madrid en su Auto de 24 de julio de 2006, resuelve de forma muy distinta, pues declara que en virtud de los artículos 91 del CC y 774.4 de la LEC, la ejecución de una sentencia de separación cuando ya existe sentencia de divorcio vulnera el principio de sustitución, por el cual las medidas que se adoptan en una sentencia de divorcio sustituyen en su integridad a las que se adoptan en una sentencia de separación. El órgano judicial declara, además, que estimar la ejecución pretendida de la sentencia de separación vulneraría los principios de disposición, de rogación y de congruencia de los artículos 19 y 216 de la LEC. No cabe, pues, duda alguna de que la Audiencia Provincial procedió a exteriorizar las previsiones normativas en las que sustentaba su decisión de no despachar ejecución, tal y como requería la STC 96/2005, de 18 de abril.

Por lo demás, conviene añadir que la argumentación aducida por el órgano judicial, en absoluto puede ser tachada de arbitraria, irrazonable o fruto de un error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestos y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho carece de toda motivación o razonamiento. Sin perjuicio de que a este Tribunal no le corresponde revisar la interpretación y aplicación que de la legalidad ordinaria hayan podido efectuar los Jueces o Tribunales, sino sólo realizar un control externo, la simple lectura de los preceptos citados por la Audiencia pone de manifiesto que ésta realizó una interpretación de la legalidad que no puede considerarse contraria a la esfera de actuación que el artículo 117.3 de la CE establece para los Jueces y Tribunales, por lo que no existe vulneración de derecho fundamental alguno. Así, la tesis de que la sentencia de divorcio sustituye en su integridad a la sentencia de separación se sustenta sin problemas en las previsiones del artículo 774.4 de la LEC, precepto que dispone que «cuando no exista acuerdo entre los cónyuges o, en caso de no aprobación del mismo, el tribunal determinará, en la propia sentencia, las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, disolución del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna». En definitiva, la Audiencia Provincial de Madrid, en su Sentencia de 24 de julio de 2006, procedió a ejecutar correctamente la STC 96/2005, de 18 de abril, y dictó una resolución conforme a Derecho y plenamente ajustada al artículo 24.1 de la CE.

En relación con la concreta queja aducida en la demanda de amparo por la recurrente –vulneración del artículo 24.1 de la CE por resolución arbitraria e irrazonable–, debemos afirmar que, por las razones ya expuestas en el fundamento jurídico anterior y desde la consideración del derecho a la tutela judicial efectiva, la demandante de amparo ha tenido una respuesta que satisface dicho derecho, por más que sea contrario a sus pretensiones. Este Tribunal, ya ha afirmado en muchas ocasiones, que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no garantiza un pronunciamiento acorde con las pretensiones de la parte, sino una resolución fundada en Derecho (SSTC 10/2000, de 17 de enero, FJ 2; 88/2004, de 10 de mayo, FJ 5) y que la simple discrepancia con la interpretación razonada que de la legalidad ordinaria realizan los Juzgados y Tribunales integrantes del Poder Judicial, no tiene cabida en el marco objetivo del recurso de amparo, por no implicar dicha discrepancia, por sí sola, la vulneración de ningún derecho fundamental (STC 44/1998, de 24 de febrero, FJ 2; AATC 208/1984 y 116/1995).

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Vulneración a la tutela judicial efectiva al impedirse que un menor extranjero declarado en desamparo pudiese oponerse a su orden de repatriación negándosele la posibilidad de nombrar un defensor judicial ya que existían intereses contrapuestos con la entidad pública que había asumido su tutela y que era partidaria de la repatriación.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 1.ª, SENTENCIA 183/2008, DE 22 DE DICIEMBRE

Ponente: Excmo. Sr. don Pablo Pérez Tremps

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ La Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid, por Resolución de 23 de diciembre de 2003, acordó declarar en situación de desamparo a un menor de nacionalidad marroquí, nacido el 1 de enero de 1989, «por encontrarse en España sin persona adulta que pueda responsabilizarse de él», asumiendo su tutela y solicitando de la Administración central la iniciación del procedimiento de repatriación para la reincorporación en su núcleo familiar, lo que fue acordado por Resolución del Delegado del Gobierno en Madrid de 10 de febrero de 2006.

⊙ El 5 de abril de 2006, el menor y la asociación Coordinadora de barrios para el seguimiento de menores y jóvenes, actuando bajo la misma representación letrada, interpusieron contra la citada resolución recurso contencioso-administrativo, adjuntando escrito del recurrente en el que designaba al Letrado para su representación «en cuantos trámites administrativos y jurisdiccionales sea preceptiva su intervención».

⊙ El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 14 de Madrid, al que por reparto correspondió el conocimiento del asunto, por providencia de 5 de abril de 2006, acordó incoar el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales núm. 1-2006 y formar pieza separada de suspensión cautelarísima.

⊙ Por Auto de 5 de abril de 2006 se acordó de manera provisional suspender el acto impugnado, celebrándose el 6 de abril de 2006 la comparecencia sobre el mantenimiento de la medida cautelar. En dicho acto, el Abogado del Estado alegó que el Letrado no era el representante legal del menor, cuya tutela la ostentaba la Comunidad de Madrid, y que «en caso de conflicto de intereses, como ocurre en el presente caso, la representación debe recaer sobre el Ministerio Fiscal». La Letrada de la Comunidad de Madrid manifestó que estaba conforme con la resolución impugnada y que era esta Comunidad la que ostenta la tutela y representación legal del menor. El Ministerio Fiscal solicitó el nombramiento de un defensor judicial, en interés del menor, «vista la contraposición de intereses entre quien tiene asumida la tutela del menor y lo que quiere el menor». El menor, que ya contaba con 17 años de edad, manifestó que quería estar en España, que sabe que la tutela la tiene la Comunidad de Madrid y que quiere que le asista el Letrado al que tiene designado. En dicho acto, se acordó dar un trámite de audiencia sobre la posibilidad del nombramiento de defensor judicial del menor, dados los intereses en conflicto puestos de manifiesto entre el menor y la entidad que ostenta su tutela. El Letrado designado por el menor para ejercer su representación y que, además, lo hacía en representación de la Coordinadora de barrios para el seguimiento de menores y jóvenes mantuvo la solicitud de nombramiento y aceptó él mismo el desempeño de tal función si el Juzgado así lo consideraba oportuno. Por su parte, tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal y la

Letrada de la Comunidad de Madrid entendieron que no había conflicto de intereses, oponiéndose al nombramiento de defensor judicial.

⊙ Por Auto de 6 de abril de 2006 se acordó nombrar defensor judicial del menor al Letrado que había sido designado por el menor para representarle. En dicha resolución se argumenta, por un lado, que es plenamente aplicable a los supuestos de tutela, la posibilidad de que a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria se produzca el nombramiento de defensor judicial previsto en el artículo 163 del CC, cuando exista conflicto de intereses entre los menores no emancipados y quien ostente su patria potestad, recordando que el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, establece el derecho de todo menor a ser oído en cualquier procedimiento judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social, pudiendo ejercitar ese derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. Por otro lado, en esta resolución también se pone de manifiesto que, dado el carácter sumario y urgente del procedimiento contencioso-administrativo en que se enmarca, el nombramiento de defensor judicial del menor podía resolverse por el Juez que está conociendo del asunto. La Letrada de la Comunidad de Madrid, mediante escrito registrado el 17 de abril de 2006, interpuso recurso de súplica contra dicho nombramiento, dando lugar a la tramitación de un incidente de oposición, que fue resuelto por Auto de 24 de abril de 2006, acordándose la ratificación del nombramiento, con el argumento de que cualquier órgano judicial en que se plantee el conflicto de intereses, con independencia del orden jurisdiccional, debe propiciar el nombramiento de un defensor judicial, insistiendo que dicha decisión, adoptada sin la oposición del Ministerio Fiscal, es uno de los cauces posibles, junto al de haber considerado, conforme al artículo 18 de la LJCA, al menor con capacidad suficiente para ejercer por sí mismo su derecho, al tratarse de una decisión personalísima que afectaba a su esfera personal.

⊙ Por Sentencia de 25 de septiembre de 2006 se estimó parcialmente el recurso, declarándose la nulidad de la resolución de repatriación impugnada, insistiéndose en los argumentos expuestos en el Auto de 24 de abril de 2006 para rechazar las causas de inadmisión referidas tanto a la falta de jurisdicción en relación con la competencia para nombrar defensor judicial como a la incapacidad del recurrente para impugnar el acto administrativo. El Abogado del Estado, la Letrada de la Comunidad de Madrid y el Ministerio Fiscal interpusieron recurso de apelación, cuyo conocimiento correspondió, con el número de rollo 5-2007, a la Sec. 8.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

⊙ Por Sentencia de 28 de febrero de 2007, y conforme solicitaba el Ministerio Fiscal, se estimó el recurso declarando que concurría la causa de inadmisión de falta de representación y capacidad procesal del recurrente en amparo, así como la falta de legitimación activa de la asociación codemandante, dejando imprejuzgada la cuestión de fondo. A esos efectos, se argumentó, por un lado, que el Letrado no ostentaba mandato alguno del menor, quien, además, carecía de capacidad procesal, ya que, estando previsto en el artículo 18 de la LJCA que tienen esa capacidad «los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad tutela o curatela del menor de edad», en el presente caso «el menor no está emancipado, sino sometido a tutela de una Administración pública –la Comunidad de Madrid–, sin que nos encontremos en el supuesto previsto en el transcrito artículo 18 de la LJCA» (FD 3). Igualmente, se argumentó que el Juzgado de Instancia carecía de competencia para suplir ese defecto de capacidad a través del nombramiento de un defensor judicial, ya que ésta corresponde a los órganos judiciales del orden civil a través del oportuno procedimiento de jurisdicción voluntaria, concluyendo que «sólo los padres del menor –representantes legales del mismo– o, en su caso, el Ministerio Fiscal tendrían capacidad procesal para impugnar la resolución recurrida» (FD 3).

⊙ El menor ha interpuesto recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional que acordó la nulidad de la sentencia dictada por la Sec. 8.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de febrero de 2007 en lo referido a la causa de inadmisión de falta de representación y capacidad procesal del menor.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El objeto del presente recurso es determinar si la resolución impugnada, en la medida en que apreció la concurrencia del óbice procesal de falta de representación y capacidad procesal del recurrente para impugnar en vía judicial su repatriación por ser menor de edad no emancipado sometido a tutela pública, ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE), desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción.

Entrando en el análisis de la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE), este Tribunal ha reiterado que es un elemento esencial de este derecho obtener del órgano judicial una resolución sobre el fondo de las pretensiones, derecho que también se satisface con una decisión de inadmisión que impida entrar en el fondo de la cuestión planteada cuando dicha decisión se fundamente en la existencia de una causa legal que resulte aplicada razonablemente. En ese sentido, también se ha resaltado que el control constitucional de las decisiones de inadmisión ha de verificarse de forma especialmente intensa, dada la vigencia en estos casos del principio *pro actione*, principio de obligada observancia por los Jueces y Tribunales, que impide que interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso obstaculicen de manera injustificada el derecho a que un órgano judicial conozca o resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida. Así, se ha destacado que puede verse conculcado este derecho por aquellas interpretaciones de las normas que sean manifiestamente erróneas, irrazonables o basadas en criterios que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que la causa legal aplicada preserva y los intereses que se sacrifican (por todas, STC 135/2008, de 27 de octubre, FJ 2).

Por otra parte, también debe recordarse que si bien este Tribunal no se ha pronunciado específicamente sobre la capacidad procesal de los menores de edad para impugnar judicialmente decisiones que afecten a su esfera personal –que aparece regulada en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo en el artículo 18 de su Ley reguladora (LJCA) al señalar que tienen esa capacidad «los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela»–, sin embargo, en diversas resoluciones ha estimado vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE) de los menores en supuestos de procesos judiciales en que no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal (como ejemplo, SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 5, ó 17/2006, de 30 de enero, FJ 5). Así, se ha reiterado que el derecho de los menores que estén en condiciones de formarse un juicio propio a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de representante o de un órgano apropiado, aparece recogido en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (artículo 12) y que en nuestro Ordenamiento, el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor reconoce el derecho de éste a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (artículo 9.1; por todas, STC 22/2008, de 31 de enero, FJ 7). Además, cabe citar aquí el artículo 24.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, publicada en el DOUE de 14 de diciembre de 2007 e íntegramente reproducida en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de junio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, en que se establece que «[l]os niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez».

Por último, respecto de la repatriación de menores, este Tribunal ya ha destacado que es uno de los supuestos en que queda afectada la esfera perso-

nal y familiar de un menor. Así, en el reciente ATC 372/2007, de 17 de septiembre, se argumentaba que «nos encontramos en un caso que afecta a la esfera personal y familiar de un menor, que, con diecisiete años de edad en el momento de resolverse sobre la autorización para la repatriación, gozaba ya del juicio suficiente para ser explorado por el Juzgado de Menores, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oído ... Por esta razón, es claro que el Juzgado debió otorgar un trámite específico de audiencia al menor antes de resolver la pretensión deducida por la Dirección General de la Policía (SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 5; 152/2005, de 2 de junio, FJ 3)» (FJ 3).

En el presente caso ha quedado acreditado que la Comunidad de Madrid, en su condición de tutora legal, instó la repatriación del recurrente, que fue acordada por la Delegación del Gobierno en Madrid y que, contando con 17 años de edad, impugnó judicialmente dicha decisión a través de un Letrado, ratificando a presencia judicial su voluntad tanto de oponerse a la decisión administrativa como de ser representado por dicho Letrado. Igualmente, se verifica que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, para garantizar el derecho del recurrente menor de edad de acceder a la jurisdicción en impugnación de una decisión que afectaba a su situación personal, y aun reconociéndole capacidad procesal *ex* artículo 18 de la LJCA para impugnar la resolución administrativa, ante el conflicto de intereses existente con el órgano de tutela que era el que había instado la repatriación, procedió, a instancias del Ministerio Fiscal, al nombramiento de un defensor judicial, que recayó en su propio Letrado. Por último, se pone de manifiesto en las actuaciones que el órgano judicial de apelación, finalmente, acordó la inadmisión del recurso interpuesto, dejando imprejuzgada la cuestión de fondo suscitada, al entender, por un lado, que el recurrente carecía de capacidad procesal, ya que, estando previsto en el artículo 18 de la LJCA que tienen esa capacidad «los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela», en el presente caso «el menor no está emancipado, sino sometido a tutela de una Administración pública –la Comunidad de Madrid–, sin que nos encontremos en el supuesto previsto en el transcrito artículo 18 de la LJCA» (FD 3). Y, por otro, que el Juzgado de instancia carecía de competencia para suplir ese defecto de capacidad a través del nombramiento de un defensor judicial, ya que ésta corresponde a los órganos judiciales del orden civil a través del oportuno procedimiento de jurisdicción voluntaria, concluyendo que «[s]ólo los padres del menor –representantes legales del mismo– o, en su caso, el Ministerio Fiscal tendrían capacidad procesal para impugnar la resolución recurrida» (FD 3).

En atención a lo anterior, tal como sostiene el Ministerio Fiscal, debe concluirse que la decisión de inadmisión impugnada ha vulnerado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE), desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción, ya que la interpretación y aplicación del ordenamiento procesal realizada ha resultado desproporcionada, al no haberse ponderado que se estaba impidiendo que la persona directamente afectada por una decisión administrativa pudiera, bajo cualquier mecanismo, instar su control judicial.

En efecto, la interpretación y aplicación de la regulación de la capacidad procesal, por ser un presupuesto de acceso a la jurisdicción, debe estar regida por el principio *pro actione*, siendo constitucionalmente exigible que se ponderen las circunstancias concurrentes para adoptar una decisión que no resulte rigorista ni desproporcionada en que se sacrifiquen intereses de especial relevancia. Entre esos intereses está, sin duda, y como ya se expuso anteriormente, el derecho de cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, a ser oído en vía judicial en la adopción de medidas que afectan a su esfera personal, en tanto que este Tribunal ya ha reiterado que forma parte del contenido esencial del artículo 24.1 de la CE. De ese modo, con mayor razón, y por ser en muchos casos su presupuesto lógico, también forma parte del contenido esencial del artículo 24.1 de la CE que se posibilite a cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, instar de los órganos judiciales, en cualquier orden jurisdiccional, la defensa de intereses que afecten a su esfera personal, incluso contra la voluntad de quienes ejerzan su representación legal.

En relación con ello, debe destacarse, en primer lugar, que, habida cuenta del tenor literal, ya transcrito anteriormente, del artículo 18 de la LJCA sobre la capacidad procesal de los menores de edad para la defensa de sus derechos e intereses legítimos sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela del menor de edad, la simple referencia apodíctica contenida en la resolución judicial impugnada de que no se está en el supuesto previsto en dicho artículo implica un defecto de motivación con relevancia constitucional, toda vez que, en los términos definidos por la jurisprudencia constitucional (por todas, STC 105/2008, de 15 de septiembre, FJ 3), no contiene los elementos o razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos para llegar a esa conclusión.

Al margen de ello, y sin que resulte procedente que este Tribunal se pronuncie sobre cuál debe ser el orden jurisdiccional competente para el nombramiento de defensor judicial de los menores en casos como el presente, ni aun sobre si hubiera debido reconocerse capacidad directa *ex* artículo 18 de la LJCA al recurrente en vez de suplirla a través del nombramiento de defensor judicial, lo que, en sí mismo consideradas, son cuestiones de mera legalidad ordinaria, lo cierto es que la negativa judicial a reconocer capacidad procesal directa al recurrente y, simultáneamente, imposibilitar que pudiera suplir ese defecto de capacidad mediante la designación de un defensor judicial con el argumento de que dicha competencia es exclusiva del orden jurisdiccional civil, pero sin permitir tampoco la subsanación del nombramiento realizado por el órgano judicial de instancia, han impedido de manera definitiva a un menor, con capacidad y madurez suficiente, instar el control judicial de una decisión administrativa, como era la de su repatriación, que afectaba de una manera muy directa a su vida y esfera personal, lesionado de esa manera su derecho de acceso a la jurisdicción (artículo 24.1 de la CE), para defender intereses personalísimos.

Esta conclusión queda confirmada en un supuesto en que concurren, además, otras dos circunstancias relevantes como son, por un lado, la simultánea decisión judicial de negar también legitimación activa a la asociación co-demandante y, por otro, el hecho de que se estaba en el marco de un procedimiento judicial de protección de derechos fundamentales, con lo que se abortaba completamente la posibilidad de que se pudiera obtener un pronunciamiento judicial sobre el fondo de las vulneraciones de derechos fundamentales aducidas, cuando ya se había obtenido una primera resolución judicial estimatoria.

Por tanto, debe declararse la nulidad de la resolución judicial impugnada, en el único extremo referido a negar representación y capacidad procesal al recurrente, así como la retroacción de las actuaciones para que el órgano judicial dicte una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

FILIACIÓN

La estabilidad familiar no es el criterio que debe regir la interpretación del artículo 136 del CC y por tanto debe aplicarse el principio de verdad biológica, por lo que no puede entenderse caducada la acción de impugnación de paternidad interpuesta por el marido al haberse ejercitado dentro del año desde que tuvo conocimiento de que no era el padre biológico.

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

Ponente: Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Luis Pedro interpuso demanda de juicio verbal de filiación contra doña María Esther, solicitando que se dictase sentencia «declarando que el actor no es progenitor de Jesús con todos los efectos legales inherentes, incluidos la inscripción de la sentencia en el Registro Civil; debe imponerse las costas del juicio a la parte demandada dada su mala fe y temeridad».

⊙ Admitida a trámite la demanda, doña María Esther contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado: «se dicte sentencia declarando, de acuerdo al resultado de la prueba biológica, la filiación matrimonial o la no filiación matrimonial, en su caso, del menor Jesús».

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Güimar dictó sentencia desestimando la demanda al entender caducada la acción.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP de Santa Cruz de Tenerife dictó Sentencia el 10 de septiembre de 2004, cuya parte dispositiva es como sigue: «FALLO: 1.º Estimamos el recurso formulado por don Luis Pedro. 2.º Revocamos la sentencia apelada en el sentido de estimar la demanda presentada por el indicado apelante y debemos declarar y declaramos que este último no es progenitor o padre biológico del menor Jesús, con todos los efectos legales inherentes a ello. 3.º No ha lugar a hacer expresa imposición de las costas de ambas instancias. 4.º Firme la presente resolución, por el órgano *a quo* deberá remitirse testimonio de la misma al Registro Civil de Candelaria, en el que consta la inscripción de nacimiento del expresado menor, para la correspondiente rectificación de su filiación».

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El presente recurso de casación se fundamenta en la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial contenida en las Sentencias de 20 de junio de 1996, 10 de febrero de 1997, 31 de diciembre de 1998, 31 de diciembre de 1999, 31 de diciembre de 2001, 26 de junio de 2002 y 26 de junio de 2003, y se articula en tres motivos de impugnación, en los cuales se denuncia la infrac-

ción de los artículos 116, 136, 141 y 1216 del Código Civil, y 39 de la Constitución. La denuncia casacional, no obstante esa pluralidad de infracciones, es una y la misma, y por ello procede el examen conjunto de los tres motivos del recurso: en todos ellos se plantea la cuestión de cuál es la fecha inicial del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad por el marido que conoce que no es el padre biológico del hijo inscrito, una vez transcurrido el plazo de un año desde la inscripción de la filiación al que se refiere el párrafo primero del artículo 136 del Código Civil.

La sentencia recurrida declaró haber lugar al recurso de apelación interpuesto por el actor, y, revocando la de primer grado, estimó la acción impugnatoria ejercitada en la demanda, siguiendo la doctrina establecida en la Sentencia de esta Sala de fecha 15 de septiembre de 2003, que establece que la aplicación rigurosa y literal del artículo 136 del Código Civil –que es al que debe estarse para combatir la presunción de paternidad que sienta el artículo 116, siendo, en cambio, inaplicable el artículo 141–, en los casos en que la paternidad resulta absolutamente descartada –como sucede en el supuesto de autos–, ofrece serios problemas de contradicción con los principios que informan la Ley de 13 de mayo de 1981, que se resumen en la prevalencia de la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial, contradicción que debe ser superada, posibilitando la destrucción de la presunción, y fijando el *dies a quo* del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de impugnación por el marido en el momento en que tuvo conocimiento cierto, apoyado en prueba científica, de su incapacidad para procrear, o, en general, en el momento en que tuvo conocimiento de que la presunta paternidad no se correspondía con la verdad biológica, falta de correspondencia adverada por la prueba de investigación de la paternidad. Con arreglo a dicho criterio jurisprudencial, tomando en consideración que tanto las partes como el Ministerio Fiscal se mostraron de acuerdo en estar al resultado de la prueba pericial biológica, y que en la practicada en el curso del proceso se dictaminó la exclusión de la paternidad biológica del actor respecto del menor Jesús, el tribunal de instancia consideró que no cabía entender caducada la acción de impugnación de la filiación paterna matrimonial ejercitada dentro de un año contado desde el momento en que el demandante conoció su falta de paternidad biológica.

La parte recurrente combate semejante pronunciamiento, para lo cual se apoya, al construir el alegato casacional, en la doctrina jurisprudencial que acude al principio de seguridad jurídica –que se traduce en la estabilidad familiar– para resolver la colisión de intereses que se produce en los casos en que la filiación paterna no se corresponde con la realidad biológica, y que conduce a la estricta y rigurosa aplicación del plazo de caducidad establecido en el párrafo primero del artículo 136 del Código Civil, cuyo cómputo tiene como término inicial, bien el momento de la inscripción de la filiación en el Registro Civil, bien el momento en el que el marido ha tenido conocimiento del nacimiento.

Para resolver la cuestión objeto de este recurso de casación se ha de tener a la vista, ineludiblemente, la Sentencia del Tribunal Constitucional 138/2005, sobre el párrafo primero del artículo 136 del Código Civil, en cuanto comporta que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empiece a correr aunque el marido ignore no ser el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como hijo suyo en el Registro Civil.

Dicha sentencia, que fue seguida *in totum* por la Sentencia 156/2005, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad del referido precepto a partir de la consideración de que el legislador, al articular el régimen jurídico de las relaciones de filiación, no puede obviar la presencia de ciertos valores constitucionalmente relevantes, cuales son la protección a la familia en general (artículo 39.1 de la Constitución), y de los hijos en particular (artículo 39.2), así como la seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución) en el estado civil de las personas; y al mismo tiempo, debe posibilitar la investigación de la paternidad (artículo 39.2 de la Constitución), mandato del constituyente que guarda íntima conexión con la dignidad de la persona (artículo 10.1), tanto desde la perspectiva del derecho del hijo a conocer su identidad, como desde la configuración de la paternidad como una proyección de la persona. Mas en particular, en la configuración legal de la acción prevista en el artículo 136 del Código Civil se pone de manifiesto la presencia de los aludidos valores constitucionales: y así, la seguridad jurídica en la relación paterno-filial se refuerza mediante el establecimiento de un plazo para el ejercicio de la acción, y al mismo tiempo, la investigación de la paternidad se favorece por cuanto el propio precepto prevé que no comience a correr el plazo mientras el marido ignore el nacimiento del hijo.

En esta misma línea, el Tribunal Constitucional destaca la necesidad de que el principio de libre investigación de la paternidad se compatibilice con las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica, al concurrir derechos e intereses legítimos dignos de protección que derivan de las relaciones paterno-filiales que refleja el Registro Civil. «Por ello –se dice en el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia 138/2005– el establecimiento de un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, además de presentar una conexión evidente con el reconocimiento tácito (*tacens consentit si contradicendo impe-*

dire poterat), tiende a preservar un valor o principio constitucional, como es el de la seguridad jurídica en las relaciones familiares y la estabilidad del estado civil de las personas, así como a proteger a los intereses de los hijos (artículo 39.1 y 2 de la CE). Así lo impone la primacía del interés de los menores que recoge el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, recordando los principios inspiradores de instrumentos internacionales en los que España es parte, a los que resulta obligado remitirse con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39.4 de la CE, especialmente a la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, o también, en el marco de la Unión Europea, la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por Resolución A 3-0172/92, del Parlamento Europeo y el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2001, y cuyo contenido (aun sin fuerza jurídica vinculante) se ha incorporado al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (título II). En el mismo sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que no vulnera el artículo 14 (prohibición de discriminación), en relación con los artículos 6 y 8 (derecho a un proceso equitativo y derecho al respeto de la vida privada y familiar) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la institución de plazos para entablar una acción de investigación de la paternidad, institución que se justifica por el deseo de garantizar la seguridad jurídica y proteger los intereses del niño (STEDH de 28 de noviembre de 1984, caso Rasmussen c. Dinamarca, § 41)».

Si por tales razones no cabe hacer objeción alguna, en el plano constitucional, al establecimiento de un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de impugnación, tampoco cabe, en el mismo plano, poner tacha al hecho de que el indicado plazo tenga, en principio, como *dies a quo* la fecha de la inscripción de la filiación en el Registro Civil; como ningún reproche merece, desde la misma perspectiva constitucional, que se incorpore como excepción la previsión de que el mencionado plazo no comenzará a correr si quien ha sido reputado legalmente como padre no conoce todavía el nacimiento del hijo.

Lo que, en cambio, es reprobable, en términos constitucionales, es que el enunciado legal excluya, *sensu contrario*, a quien, pese a conocer el hecho del nacimiento de quien ha sido inscrito como hijo suyo, sin embargo desconoce su falta de paternidad biológica. Esta exclusión *ex silentio* tiene como consecuencia una imposibilidad real de ejercitar una acción impugnatoria por el marido que adquiere conocimiento de la realidad biológica una vez trascurrido un año desde que se hizo la inscripción registral. «Esta exclusión resulta tanto menos justificada cuanto el conocimiento de ambos datos –el nacimiento del hijo inscrito y que no se es progenitor biológico– son presupuestos ineludibles no ya para el éxito de la acción impugnatoria de la paternidad matrimonial, sino para la mera sustanciación de la pretensión impugnatoria, ya que en materia de acciones de filiación nuestro ordenamiento prevé que "en ningún momento se admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde" (artículo 767.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, anteriormente, el derogado artículo 127 del CC). La imposibilidad de ejercitar la acción impugnatoria de la paternidad matrimonial mientras falte un principio de prueba, que sólo puede aportarse si existe el previo conocimiento de la discrepancia del Registro Civil con la realidad biológica, aboca al principio *actiones nondum natae nondum praescribuntur* (artículo 1969 del CC)» (STC 138/2005, FJ 4).

La razón de la inconstitucionalidad del primer párrafo del artículo 136 del Código Civil se encuentra, por lo tanto, en que cercena el acceso a la jurisdicción del padre que descubre no serlo una vez trascurrido un año desde la inscripción registral de la filiación, sin que esa limitación del derecho a la tutela judicial efectiva guarde proporcionalidad con la finalidad perseguida de dotar de seguridad jurídica a la filiación matrimonial. «La imposición al marido de una paternidad legal que, sobre no responder a la realidad biológica, no ha sido buscada (como ocurre en los casos de adopción y de inseminación artificial) ni consentida conscientemente, sino impuesta por una presunción legal (artículo 116 del CC), que, siendo inicialmente *iuris tantum* (ATC 276/1996 de 2 de octubre, F 4), sin embargo, transcurrido un año desde la inscripción de la filiación, conocido el nacimiento, se transforma en presunción *iuris et de iure*, resulta incompatible con el mandato constitucional de posibilitar la investigación de la paternidad (artículo 9.2 de la CE) y, por extensión, con la dignidad de la persona (artículo 10.1 de la CE), así como con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE) en su dimensión de acceso a la jurisdicción» (STC 138/2005, FJ 4).

El examen del presente recurso a la luz de los criterios constitucionales expuestos debe hacerse, paralelamente, a partir de una serie de presupuestos, de especial relevancia para la resolución del caso, y que a continuación se detallan. A) La controversia, en sede casacional, se ciñe a la determinación del término inicial o *dies a quo* del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial prevista en el primer párrafo del artículo 136 del Código Civil. Se ha de convenir que es pacífico entre las partes que es ésa la acción ejercitada, y no otra distinta, como la del artículo 141 del Código Civil, que el demandante invocó en su día para fundamentar su pretensión. De

cualquier manera, es posible situar en el artículo 136 del Código Civil la acción ejercitada sin riesgo de incurrir en incongruencia, al ser subsumibles en el supuesto que contempla los hechos y la razón jurídica alegada por el demandante al ejercitar la pretensión deducida en la demanda, que no es otra que la impugnación de la filiación matrimonial por no responder a la verdad biológica, y no la impugnación del acto que la determina. B) Es cuestión pacífica que el actor ejercitó la acción de impugnación dentro del plazo de un año a contar desde que tuvo noticia de su falta de paternidad biológica. C) También es pacífico –pues así resultó de la prueba científica practicada en el proceso– que no es el padre biológico del menor Jesús, que figura como hijo suyo en el Registro Civil. Falta, pues, la concordancia entre la realidad biológica y la realidad registral.

Examinado, pues, el caso de autos, bajo estos presupuestos, y también con el presupuesto de la inconstitucionalidad del primer párrafo del artículo 136 del Código Civil, se ha de convenir que la solución dada por el tribunal de instancia es la jurídicamente correcta. Sin desconocer el alcance de la declaración de inconstitucionalidad del citado precepto –que no tiene un efecto anulatorio del mismo, sino que comporta la obligación del legislador de trazar, de forma precisa, y en aras de la seguridad jurídica, el *dies a quo* del plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, dentro de cánones respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 138/2005, FJ 6)–, la aplicación de la norma debidamente acomodada a las exigencias constitucionales impone la obligada consecuencia de no considerar caducada la acción impugnatoria ejercitada por el marido dentro del plazo de un año a contar desde que tuvo noticia de su falta de paternidad biológica, en línea, por lo tanto, con el criterio ya seguido por esta Sala en anteriores resoluciones (Sentencias de 3 de diciembre de 2002, 15 de septiembre de 2003, y 12 de diciembre de 2004), en las que se declara que la aplicación rigurosa del artículo 136 del Código Civil a supuestos en los que la paternidad está absolutamente descartada, ofrece serios problemas de contradicción con los principios informadores de la Ley de 13 de mayo de 1981, y que el referido precepto no puede llevarse a extremos tales que llevarían a instaurar situaciones de tensión en el padre atribuido por la Ley que llega a conocer que no es el progenitor del menor, situaciones que incluso pueden calificarse de fraudulentas, no autorizadas, por ello, por el artículo 6.4 del Código Civil.

La sentencia recurrida, por lo tanto, se ajusta a la doctrina jurisprudencial de esta Sala que interpreta de la manera expuesta el artículo 136 del Código Civil, la cual debe ser reiterada, en la medida en que fija un criterio de interpretación y aplicación del primer párrafo del señalado artículo que se acomoda a las exigencias constitucionales, atendida la declaración de inconstitucionalidad de dicho precepto, y dados los términos en los que se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional que la declara.

En consecuencia, el recurso, en sus tres motivos de impugnación, debe ser desestimado.

FILIACIÓN

La fecha en que tuvo conocimiento el marido de un informe médico que pone de manifiesto su esterilidad, sirve de comienzo del *dies a quo* del plazo de caducidad de la acción de impugnación de la paternidad.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 2008

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

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Rodolfo y doña Estela contrajeron matrimonio en 1977.
- En 1981 tuvo lugar el nacimiento de un hijo al que también se le puso como nombre Darío.
- El matrimonio se separó en 1986 y se disolvió por divorcio en 1989.
- Con fecha 3 de agosto de 1999 un médico certifica que «se constatan cifras bajas de espermatozoides que harían muy difícil el conseguir un embarazo por vía natural en este momento...».

⊙ El 15 de septiembre de 1999 don Rodolfo interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía, contra don Darío y doña Estela y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que se declarara que don Darío no es hijo del demandante e interesaba la supresión del primer apellido con imposición de las costas procesales a los demandados.

⊙ Don Darío contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado «dicte sentencia por la que se desestime la demanda con imposición de costas a la parte demandante». La codemandada doña Estela fue declarada en rebeldía por haber transcurrido el plazo sin haber comparecido en autos.

⊙ El Ministerio Fiscal formuló oposición interesando la desestimación de la demanda.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Marín dictó Sentencia el 29 de enero de 2001 desestimando la demanda al declarar caducada la acción.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Pontevedra dictó Sentencia el 10 de julio de 2002 desestimando el recurso interpuesto por don Darío.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La *quaestio iuris* presenta un doble aspecto. El primero es la caducidad de la acción, que el artículo 136 del Código Civil establece en un año; el segundo, de fondo, es la acreditación de que no sea verdaderamente padre del hijo que dio a luz su esposa, constante matrimonio.

Las sentencias de instancia, tanto la del Juzgado de Primera Instancia número uno de Marín, de 29 de enero de 2001, como la de la Audiencia Provincial, Sec. 1.ª, de Pontevedra, de 10 de julio de 2002, han apreciado la caducidad de la acción. El recurso de casación que ha formulado el demandante se fundamenta en el artículo 477.2.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de doctrina jurisprudencial, en relación con el artículo 136 del Código Civil, manteniendo que no se ha producido la caducidad de la acción y sí se debe tener por probada la no paternidad marital.

La doctrina jurisprudencial sobre la caducidad de la acción de impugnación de la paternidad marital no ha sido uniforme, pero las últimas sentencias han seguido un criterio claro. Las de 23 de marzo de 2001 y 3 de diciembre de 2002 han dicho explícitamente que los principios generales del derecho, desde la reforma del Código Civil de 1981, conforman una «patente tendencia a que en materia de estado civil prevalezca la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial», lo que es abonado por la normativa constitucional cuyo artículo 39 «asegura la protección integral de los hijos, protección que clama contra la inexactitud de la determinación de la paternidad» y tal breve plazo de caducidad «conllevaría ante el desconocimiento por el marido de cualquier circunstancia que le permitiera impugnar la determinación registral, un efecto de indefensión vedado por el artículo 24 de la propia Constitución Española».

El artículo 136 da la legitimación al marido para la acción de impugnación de su paternidad marital, ligándola al breve plazo de caducidad de un año, cuyo *dies a quo* es la inscripción de la filiación en el Registro Civil o desde que supo el nacimiento.

La jurisprudencia, como se ha dicho, apuntó primero y reiteró después, no sin sentencias contradictorias, que el día inicial era el conocimiento del marido de su no paternidad del hijo que había concebido y dado a luz su esposa, que podría no coincidir con la inscripción.

Cuyo tema llegó al Tribunal Constitucional y en dos sentencias declaró inconstitucional el párrafo primero de dicho artículo en cuanto comporta que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empiece a correr aunque el marido ignore no ser el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como hijo suyo en el Registro Civil. Son las Sentencias 138/2005, de 26 de mayo, y 156/2005, de 9 de junio, ambas dictadas por el pleno del mismo.

El recurso de casación de la parte demandante, según lo expresado en el fundamento anterior,

debe ser estimado por razón de que las sentencias de instancia no han aplicado la doctrina jurisprudencial ya consolidada al tiempo de dictarse, ni la norma tras su declaración de inconstitucionalidad en cuanto el *dies a quo* de la caducidad impuesta por el Tribunal Constitucional que fue posterior a las fechas de aquéllas.

El conocimiento por parte del marido demandante y recurrente del informe médico, que le permite mantener el error de la inscripción registral de su filiación es, pues, el determinante del *dies a quo* del plazo de caducidad de un año y, según la jurisprudencia y la doctrina constitucional, ésta no se ha producido al no haber transcurrido el año.

Lo cual hace preciso entrar en el fondo de derecho material que es la comprobación de si se ha acreditado la no paternidad, conforme dispone el artículo 487.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ha sido constante la doctrina jurisprudencial, avalada por el Tribunal Constitucional, que la negativa a la prueba biológica de paternidad no es por sí sola suficiente para pronunciarse sobre ello; no es *ficta confessio* que permita basar un pronunciamiento judicial que modifique definitivamente el estado civil de la persona.

Así se pronunció explícitamente la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 2005.

En el presente caso no se ha practicado prueba alguna cuyo resultado abone claramente la no paternidad del demandante respecto al demandado. La única que aporta es el certificado médico de 3 de agosto de 1999, antes referido, cuyo texto literal básico es: «... se constata cifras bajas de espermatozoides con escasa movilidad que harían muy difícil el conseguir un embarazo por vía natural, en este momento. Con las pruebas complementarias practicadas no se pueden precisar desde qué fecha presenta la actual patología o si ésta viene de antiguo. Un posterior certificado, del mismo médico, de 21 de marzo de 2000 dice: «... presenta una severa oligoastenospermia que hace prácticamente imposible conseguir un embarazo por vía natural. Ante los antecedentes consta intervención química de varicocele izquierdo en 1997, con estudio doppler actual que constata la no reproducción del mismo. Todo esto nos hace suponer que ha sido la causa de su esterilidad y en mi experiencia suele presentar años de evolución.»

De estos certificados médicos –que no prueba pericial– se desprende: primero, que no es imposible la paternidad; segundo, que nada certifica sobre la cuestión en 1981, fecha de nacimiento del demandado cuya paternidad marital se impugna.

En consecuencia, no se puede estimar la demanda y negar la filiación paterno-matrimonial sin prueba alguna, tan sólo con una negativa a una prueba biológica. La falta de relaciones personales entre padre e hijo son más consecuencia de la separación conyugal que de la discutida paternidad, que nunca podría justificar la declaración sobre ésta.

Por tanto, apreciando el motivo de casación sobre la caducidad y negando está, no cabe estimar el recurso de casación por cuanto se mantiene el fallo, como ya han tenido ocasión de pronunciarse en este sentido las Sentencias de esta Sala de 9 de abril de 2001 y 20 de junio de 2002.

FILIACIÓN

Se declara caducada la acción de impugnación de la paternidad por el transcurso de un año desde que el esposo tuvo conocimiento de su supuesta no paternidad ya que la interposición de una anterior demanda de impugnación, que no fue admitida a trámite, no interrumpió el plazo de caducidad.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 2008

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

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Cornelio y doña Sofía contrajeron matrimonio en 1988. Nace su hijo, inscrito como tal en el Registro Civil, el 8 de mayo de 1996. El marido alega sospechas de infidelidad en octubre-noviembre de 1996. Se produce la separación conyugal en 1997.

⊙ El marido formula una primer demanda de impugnación de su paternidad el 4 de febrero de 1997, que es inadmitida a trámite por falta del requisito de un principio de prueba que exigía el artículo 127 del Código Civil hoy derogado y sustituido por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.

⊙ El auto de inadmisión, firme, dictado en apelación por la Audiencia Provincial es de 10 de julio de 1998, notificado el siguiente día 20.

⊙ Con fecha 20 de octubre de 1998 don Cornelio interpuso nueva demanda de juicio declarativo de menor cuantía, contra doña Sofía y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que se declarara que el expresado don Jesús Ángel no es hijo del demandante, ordenando la oportuna rectificación de asientos en el Registro Civil de Banijófar, todo ello con expresa condena en costas a la demandada.

⊙ Doña Sofía, contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado «dicte sentencia por la que alegando excepción perentoria de caducidad de la acción y excepción de litis consorcio pasivo necesario, se desestime la demanda con imposición de costas a la parte demandante».

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Orihuela dictó Sentencia el 29 de junio de 2001 estimando la excepción de caducidad en la acción planteada absolviendo a doña Sofía en esta instancia y dejando imprejuzgado el fondo del asunto, sin condena en costas.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 7.ª de la Audiencia Provincial de Alicante dictó Sentencia el 1 de octubre de 2002 desestimando el recurso interpuesto por don Cornelio.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El plazo de caducidad que para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad marital impone el 136 del Código Civil es breve (un año), inexorable (sin paliativos) y, como tal, ininterrumpido (no admite suspensión ni interrupción).

Pese a ello, procede hacer dos observaciones. La primera, que la jurisprudencia entendió, no sin ciertas fluctuaciones, que no debía contar desde la inscripción en el Registro Civil o el conocimiento del nacimiento, sino desde que el marido sepa o pudo saber no ser el progenitor, lo que ha impuesto el Tribunal Constitucional en Sentencias 138/2005, 26 de mayo y 156/2005, de 9 de junio, en el sentido de declarar inconstitucional aquella norma, en cuanto comporta que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empiece a correr aunque el marido ignore no ser el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como hijo suyo en el Registro Civil. La segunda, que en otros plazos de caducidad, esta Sala se ha referido a una posible interrupción o suspensión, pero no es así; o bien, ha negado la interrupción pese a haberse presentado la demanda de pobreza, en Sentencia de 8 de noviembre de 1983 o bien ha planteado la duda y mantenido no tanto la interrupción, sino que el comienzo de la acción se produce con el acto de conciliación, en Sentencia de 11 de marzo de 1987.

En todo caso, la jurisprudencia ha mantenido reiteradamente el principio de no interrupción ni suspensión de la caducidad, desde las más antiguas de 27 de abril de 1940 y 10 de marzo de 1942 hasta las posteriores de 30 de mayo de 1984 que alude a un cuerpo de doctrina constituido por gran número de sentencias que cita y de 14 de febrero de 1986 que cita también, muchísimas.

El primero de los motivos del recurso de casación alega la infracción del artículo 136 del Código Civil y jurisprudencia sobre la suspensión del plazo de caducidad, en sentencias de 1983 y 1987 que han sido tratadas en el fundamento anterior. No se ha infringido aquella norma, ni estas sentencias. Aparte de que no establecen claramente la suspensión de la caducidad, sí hablan de acto procesal válido o situación de fuerza mayor o causa independiente de la voluntad de los litigantes (Sentencia de 8 de noviembre de 1983, a la que se remite en este punto, la de 11 de marzo de 1987). Y no es éste el caso. El demandante formuló una demanda, en 1997, dentro del plazo de caducidad del año, pero fue una demanda sin el presupuesto del principio de prueba

que exigía el artículo 127, párrafo segundo, del Código Civil, vigente en aquel tiempo; fue inadmitida a trámite, habiendo ya transcurrido dicho breve plazo. Lo cual no significa que se interrumpiera o suspendiera la caducidad; la invalidez de la primera demanda fue por acto voluntario de la parte, no fue una acto procesal válido, ni un caso de fuerza mayor: no puede mantenerse que suspendiera o interrumpiera el plazo de caducidad. Más tarde, cuando presenta la segunda demanda, con un debilísimo principio de prueba, ya había caducado la acción. Por tanto, no se estima este motivo primero.

El motivo segundo insiste en el mismo tema que el anterior: admisión de la suspensión del plazo de caducidad por concurrir caso excepcional previsto por la doctrina jurisprudencial, consistente –según se alega en este motivo– en que la demanda, la primera, que presentó dentro de plazo, en 1997, está ejercitando un acto procesal válido que debe producir la interrupción del plazo de caducidad. No es así. El acto procesal no es un acto válido, puesto que es una demanda que carece de un presupuesto de admisibilidad, por obra de la propia parte (es decir, su dirección letrada) que no produce interrupción ni suspensión de la caducidad. El motivo, pues, se desestima.

El motivo tercero alega la acción del artículo 39.2 de la Constitución Española, del artículo 136 del Código Civil y la jurisprudencia, de la que cita las Sentencias de 30 de enero de 1993 y 23 de marzo de 2001 (otra más se cita por *obiter dicta*, por lo cual no interesa). La alegación de la norma constitucional está fuera de lugar, pues la caducidad no se ha declarado inconstitucional y la protección de la familia incluye también el plazo para ejercicio de acciones de impugnación de la paternidad en aras de la estabilidad familiar y no se pretenda amparar la impugnación de una filiación matrimonial en el principio de protección integral de los hijos. La del artículo 136 del Código Civil evidentemente no se ha infringido pues se ha cumplido al apreciar la caducidad que impone. La jurisprudencia, tampoco. La Sentencia de 30 de enero de 1993 se refiere a la acción de impugnación de la paternidad en cuanto al *dies a quo* para el cómputo del plazo, lo que más tarde sancionó el Tribunal Constitucional pero para nada se refiere a la suspensión o interrupción del plazo. De la de fecha 23 de marzo de 2001 hay dos sentencias, la primera (recurso 655/96) simplemente reconoce que no se produjo caducidad en el caso extremo de que el hijo fue concebido tras la separación conyugal; la segunda es relativa a una cuestión del Instituto de la pequeña y mediana empresa, en que no aprecia caducidad porque el negocio jurídico fue calificado de promesas unilaterales de ventas aceptadas, que equivalen a compraventas, no a opciones de venta con plazo.

ALIMENTOS

El artículo 148 del CC no es aplicable a aquellos supuestos en los que se modifica la cuantía de la pensión alimenticia, por lo que la nueva pensión sólo debe abonarse desde la fecha de la sentencia que la determina. Para que tenga efectos con anterioridad deberán solicitarse las medidas provisionales previstas en el artículo 775.3 de la LEC.
Ni el mero transcurso del tiempo, ni la liquidación de la sociedad de gananciales, ni el nacimiento de un nuevo hijo del obligado al pago de la pensión compensatoria son motivos hábiles para que aquélla se extinga.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 2008
Ponente: Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don José Miguel interpuso demanda de eficacia civil de sentencia canónica con modificación de medidas contra doña Leticia solicitando que «se dicte sentencia por la que se tenga la referida resolución ajustada al Derecho del Estado y su eficacia en el orden civil, acordando reconocer la eficacia y ejecutoriedad en el orden civil de la sentencia por el Tribunal Eclesiástico del Obispado de Bilbao de fecha 21 de diciembre de 2000 declarando nulo el matrimonio contraído entre don

José Miguel y doña Leticia, así como que se proceda a la inscripción en el Registro Civil de Bilbao, donde consta inscrito el matrimonio que se anula y donde consta el nacimiento de los hijos. Del mismo modo, solicito que previa la estimación íntegra de la demanda, se proceda a dictar sentencia por la que se inste la modificación de medidas adoptadas en la sentencia de divorcio dictada en los autos de divorcio contencioso 640/97, tramitados ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Bilbao, origen de los de rollo 62/98 tramitados ante la Sec. 2.ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia, y en virtud de esta estimación, se proceda a: 1. Declarar extinguida la pensión compensatoria con cargo a mi representado y de la que se beneficia la demandada. 2. Reducir la pensión alimenticia que mi representado ha de abonar a la hija menor Margarita, fijándola en la cantidad de 70.000 pesetas, de acuerdo con las nuevas circunstancias concurrentes en este caso, pagaderas por mensualidades anticipadas dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente donde se viene efectuando tal ingreso, pensión que será anualmente actualizada conforme a la variación que experimente el IPC que publique para la provincia de Bizkaia el Instituto Nacional de Estadística u organismo que los sustituya, entendiendo esta cantidad como global y comprensiva de todos los gastos de manutención y estudios que se derive de la hija.»

⊙ Admitida a trámite la demanda, la demandada contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado: «... se dicte sentencia por la que, desestimándose dicha demanda se acuerde la confirmación de las medidas adoptadas en la sentencia de divorcio dictada por la Audiencia Provincial de Bizkaia en fecha 14 de diciembre de 1998, por no haberse producido alteración de las circunstancias tenidas en cuenta por la Sala a la hora de adoptar dichas medidas, de la suficiente entidad como para provocar su modificación. Y subsidiariamente, para el caso de que se considere que la declaración de nulidad del matrimonio canónico de los litigantes pone fin a la pensión compensatoria que percibe mi representada, solicito que el importe de la misma le sea concedido como indemnización establecida en el artículo 98 del Código Civil, en base a lo dispuesto en el artículo 97 del mismo cuerpo legal. Todo ello con expresa imposición de las costas a la actora».

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Bilbao dictó Sentencia el 11 de septiembre de 2002 acordando reconocer la eficacia civil de la resolución canónica, así como las siguientes medidas definitivas: «1. La atribución al Sr. José Miguel de la guarda y custodia sobre la hija común del matrimonio menor de edad, siendo el ejercicio de la patria potestad compartido entre ambos progenitores. 2. La Sra. Leticia deberá abonar en concepto de pensión alimenticia en favor de la hija del matrimonio el importe de 47.000 pesetas (282 euros). Dicha cantidad se ingresará dentro de los primeros cinco días en la cuenta bancaria que al efecto señale el esposo, cuantía que será revisable anualmente conforme a las variaciones del IPC que publique el INE. 3. El Sr. José Miguel deberá abonar en concepto de pensión compensatoria en favor de la esposa el importe fijado en la sentencia de divorcio contenciosa recaída en los autos número 640/97 de la Audiencia Provincial de fecha 14 de diciembre de 1998».

⊙ En grado de apelación, la Sec. 4.ª de la AP de Vizcaya dictó Sentencia el 17 de noviembre de 2003 desestimando el recurso interpuesto don José Miguel.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Pensión alimenticia

Inicialmente el padre pedía que la cuantía mensual se redujera a 70.000 pesetas por idénticas razones, apreciando la suficiencia de dicha suma para atender las necesidades de la menor. Posteriormente, mediante escritos de 3 y 5 de abril de 2002, el actor amplió la demanda en base a un hecho nuevo,

consistente en que la hija menor con fecha 2 de abril de 2002 había decidido irse a vivir con él aprovechando las vacaciones de Semana Santa, razón por la que el actor pedía la guarda y custodia de la menor, y que fuera la madre la obligada a pagar la pensión alimenticia, en cuantía de 420,71 euros al mes.

La madre alegó en su escrito de contestación que la menor continuará teniendo las mismas necesidades lo que determinaba la improcedencia de la reducción de la cuantía de la pensión alimenticia reconocida en su favor a cargo del padre. No obstante, después de conocer que la menor había decidido vivir con su padre, la Sra. Leticia se mostró de acuerdo en atribuir la guarda y custodia de la menor al actor, aceptando también que fuera la madre la que abonara una pensión alimenticia de 80 euros mensuales a partir del 1 de mayo de 2002, extinguiéndose en dicha fecha la pensión alimenticia a cargo del padre.

En el primer motivo del recurso de casación objeto de enjuiciamiento, con cita como vulnerados de los artículos 93, 142, 146, 147 y 148 del Código Civil, plantea el recurrente en relación a la pensión alimenticia establecida a favor de la hija menor de matrimonio, la cuestión de si procede condenar a la madre a su pago con efectos retroactivos desde la fecha de interposición de la demanda o por el contrario, como entiende la sentencia recurrida, desde la fecha de la resolución en que se fija esa prestación, aduciendo tanto la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina de esta Sala Primera plasmada en Auto de 31 de julio de 2003 (recurso de casación 3397/2000), Sentencia de 8 de abril de 1995 (recurso de casación 3099/1991) y Sentencia de 11 de diciembre de 2001 (recurso de casación 2517/1996) como por existencia de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales, citando sendos Autos de la Audiencia Provincial de Vizcaya en el sentido de retrotraer la obligación de prestar alimentos y otros dos Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, que adoptan un criterio contrario.

Como señala el fundamento de derecho primero de la sentencia recurrida la discrepancia mostrada por el actor respecto de la fecha de inicio del la obligación alimenticia a cargo de la esposa fue una de las cuestiones que centraron la litis en segunda instancia. Ya dijimos que el actor, a resultas de que su hija menor había decidido vivir con él, decidió ampliar su demanda interesando una pensión alimenticia a cargo de la demandada de 70.000 pesetas mensuales (420,71 euros). Como el Juzgado accedió a fijarla sólo por cuantía de 47.000 pesetas (282 euros) mensuales actualizables anualmente conforme al IPC, el hoy recurrente, además de expresar en apelación su disconformidad con la cuantía, adujo que la sentencia era incongruente por no pronunciarse sobre la fecha en que debía comenzar el devengo de la pensión –que a su juicio debía ser el día en que la hija comenzó a convivir con su padre (2 de abril de 2002) y no la fecha de notificación de la sentencia–, resolviendo la Audiencia sobre esta cuestión [Apartado A) del fundamento jurídico segundo] que la fijación del comienzo de la obligación es materia de orden público, y que el posicionamiento de las partes no es vinculante para el tribunal, y en su virtud, de conformidad con el criterio seguido en anteriores ocasiones por el mismo órgano, señala que «la pensión de alimentos tiene su inicio obligacional en el momento de dictado de la resolución que la fija».

En relación al problema planteado procede acoger la impugnación al recurso que formula el Ministerio Fiscal, por cuya razonabilidad se acoge en su integridad.

En el desarrollo argumental de este motivo, se alega, que la resolución recurrida, vulnera la doctrina de esta Sala, en la cuestión jurídica relativa al momento, en que el obligado a abonar una pensión de alimentos ha de comenzar a satisfacerla, citando varias sentencias de esta Sala, que establecen una doctrina coincidente relativa, a que la exigibilidad de los alimentos se produce desde la fecha en que se interponga la demanda. Entiende el recurrente que la resolución recurrida vulnera el artículo 148 del Código Civil al establecer, en el fundamento jurídico segundo, «que la pensión de alimentos tiene su inicio obligacional en el momento del dictado de la resolución que la fija.» También se alega la existencia de doctrina contradictoria entre Audiencias Provinciales sobre tal cuestión jurídica, citando dos sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, dictadas por diferentes Secciones, que mantienen el mismo criterio que la sentencia impugnada, a las que contrapone otras dos dictadas por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Bizkaia que mantiene un criterio dispar.

Lo primero que procede precisar es que el pronunciamiento de la sentencia relativo a la pensión de alimentos a favor de la hija menor del matrimonio se dicta en un procedimiento de modificación de medidas seguido entre las partes, que modifica el progenitor custodio y por tanto el obligado al pago, y las sentencias dictadas por esta Sala y citadas en el recurso se refieren a un supuesto en que la reclamación de alimentos deriva de un litigio de reclamación de cantidad. Cabe, en consecuencia, 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.

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, la pretensión de devolución o pago por diferencias que solicita el recurrente es improcedente, en aras del principio de seguridad jurídica, ya que la resolución dictada despliega sus efectos desde que se dicta, no dándose la situación de injusticia que denuncia, en la medida que cuando se planteó la demanda de modificación de medidas pudo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 775.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, haber solicitado la modificación provisional de las medidas definitivas concedidas en el pleito anterior de divorcio, mecanismo procesal que no utilizó.

Respecto al interés casacional fundado en la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, las dos sentencias citadas por el recurrente dictadas por la Audiencia Provincial de Bizkaia, que según él mantienen su criterio, no sostienen identidad de supuestos con la que es objeto del recurso, ya que ambas se refieren a la pensión de alimentos fijada en medidas provisionales, es decir, en la primera resolución que impone la obligación al pago, supuesto distinto al presente como ya se ha expuesto.

Por otro lado, en las sentencias alegadas como contradictorias tampoco existe tal criterio dispar, ya que la dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 22.ª, sí admite la aplicación del artículo 148 del Código Civil a la primera resolución que sanciona la obligación, en aras a la protección del alimentista, pero que deviene inoperante al tratar hipótesis distintas, respecto de los ulteriores pronunciamientos de cuantía que sólo operarán desde la fecha de su adopción.

En consecuencia, no existe jurisprudencia contradictoria, porque como ha manifestado esta Sala en Sentencia de 29 de diciembre de 2005 es preciso que se señalen dos sentencias con una doctrina determinada de un mismo Tribunal (una de las cuales habrá de ser la impugnada) y otras dos sentencias con la doctrina contradictoria, debiendo, además, expresar en el escrito de interposición las resoluciones con el contenido básico que justifica el interés casacional.

A la vista de lo expuesto, procede la desestimación del motivo.

Se encuentra abocada al fracaso la cuestión planteada como motivo segundo, relativa a si el nacimiento del nuevo hijo del actor constituye necesariamente una alteración sustancial de circunstancias.

Partiendo de la literalidad de la norma (artículo 100 del CC), que alude a la alteración sustancial «de la fortuna de uno y otro cónyuge», la Audiencia entiende, con acierto, que el nacimiento de un nuevo hijo del obligado no equivale a una disminución de su fortuna que permita subsumir el supuesto de autos en el supuesto fáctico previsto por la norma. Si el sustento del hijo es una carga del matrimonio, lo

importante será conocer el caudal o medios con los que cuenta la nueva unidad familiar, para lo que se hacía preciso probar si la esposa contribuía económicamente al sostenimiento de dicha carga o por el contrario el sustento del hijo quedaba a expensas exclusivamente del marido, –situación esta que sí redundaría en una disminución de su fortuna–, lo que no se hizo. Parece no reparar el recurrente en la importancia que tienen los ingresos de la esposa a la hora de dilucidar si la fortuna de aquél disminuyó, pues la ley determina el carácter ganancial de los rendimientos del trabajo constante matrimonio, y ello ha lugar a que la fortuna del mismo, lejos de disminuir, se viera incrementada a resultas de la convivencia con su nueva mujer. Resulta por tanto que el recurrente sostiene un motivo tomando en consideración hechos distintos de los que configuran la base fáctica de la sentencia, lo que determina que el interés aducido, representado por la contradicción entre doctrina de Audiencias Provinciales, se tenga por inexistente, ya que «no se refiere al modo en que fue resuelta la cuestión en función de los elementos fácticos, así como de las valoraciones jurídicas realizadas en la Sentencia a partir de tales elementos, sino que se proyecta hacia un supuesto distinto al contemplado en ella, desentendiéndose por completo del resultado de hecho y de las consecuencias jurídicas derivadas de los mismos, de suerte que no estamos sino ante una cita de norma infringida meramente instrumental y, subsiguientemente, ante un interés casacional artificioso y, por ende, inexistente, incapaz de realizar la función de unificación jurisprudencial propia del recurso desde el momento en que responde a una situación distinta de la apreciada por la resolución recurrida (AATS, entre otros, de 13 de marzo de 2007, 27 de marzo de 2007, 10 de abril de 2007 y 8 de julio de 2008 en recursos de casación núms. 2670/2003, 2507/2003, 2940/2003 y 1358/2007). En atención a lo expuesto, el motivo carece de interés casacional, circunstancia que debería haber dado lugar a que no superase el trámite de admisión al concurrir la causa prevista en el artículo 483.2.3.º inciso segundo en relación con el artículo 479.4 de la LEC 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, lo cual no obsta para apreciar ahora dicha causa como determinante de su desestimación.

2. Pensión compensatoria

Don José Manuel solicitaba en su demanda que debía extinguirse el derecho a su percepción en atención al incremento patrimonial experimentado por la beneficiaria a resultas de la liquidación del régimen ganancial, a la merma de los ingresos del obligado ligada a su delicado estado de salud (cardiopatía derivada de sendos infartos cerebrales), y a que la eficacia civil de la sentencia canónica de nulidad determinaría la inexistencia de vínculo *ab initio*, lo que resulta incompatible con el reconocimiento del derecho a pensión.

Al contestar a la demanda inicial la Sra. Leticia alegó que el actor no había probado una alteración esencial de las circunstancias tomadas en cuenta para su fijación, y así, en lo atinente a las determinantes del reconocimiento y cuantía de la pensión compensatoria, defendía que la adjudicación de bienes a la esposa al liquidarse la sociedad de gananciales no supone un incremento del patrimonio sino la concreción de los bienes que integraban la mitad del haber ganancial de cada uno, siendo la situación económica del actor la misma y no peor que la que tenía.

El Juzgado dictó sentencia manteniendo la pensión compensatoria a favor de la esposa y a cargo del marido en la cuantía que le había sido reconocida por la Sentencia de 14 de diciembre de 1998 en autos de divorcio 64/97.

La Audiencia, desestimando el recurso del actor, confirmó íntegramente la sentencia de instancia considerando que no se había probado la alteración sustancial de las circunstancias económicas y de fortuna de las partes, que fueron tomadas en cuenta para la fijación de la pensión compensatoria, descartando tanto su fijación con carácter temporal, como su modificación o extinción. Entre las razones que esgrime el tribunal parar rechazar la alteración de las circunstancias destacan: que la adjudicación a la esposa de su parte de los gananciales no equivale a incremento en su fortuna; que la disminución de ingresos del marido no ha sido debidamente acreditada, no siendo prueba fehaciente de la merma la constatación de una afectación física; que la pensión compensatoria ha de subsistir mientras lo haga la situación de desequilibrio que constituye su razón de ser; que el hecho de haber tenido el obligado un nuevo hijo tampoco determina automáticamente la desaparición del desequilibrio que justifica la pensión compensatoria; y finalmente, que los efectos civiles de la nulidad canónica se extienden sólo al vínculo matrimonial, el cual resulta inexistente, y no a las cuestiones debatidas sobre pensión alimenticia y por desequilibrio. Estas razones le llevan a concluir que el desequilibrio determinante del reconocimiento del derecho a pensión y su cuantía continuaba vigente (fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida: «la pensión compensatoria trata de corregir el desequilibrio tras crisis matrimonial, sin vocación de perpetuidad, ya que una vez corregido el mismo debe desaparecer»), no siendo posible acordar su limitación temporal en atención a que las circunstancias fácticas impiden prever que la beneficiaria va a superar ese desequilibrio en un período de tiempo determinado («si

no podemos afirmar que haya hecho corrector o posibilidad de iniciativa de parte receptora en tal sentido, no es posible la limitación temporal, debiendo acudirse a las causas de extinción del artículo 101 del CC»), ni acceder a su modificación o extinción al no haberse «alterado sustancialmente las fortunas de las partes» (artículo 100 del CC) ni concurrir el supuesto fáctico previsto en el artículo 101 del CC.

a) Nacimiento de un nuevo hijo del obligado al pago de la pensión compensatoria.

Con apoyo en los artículos 90, 91, 93, 142, 145 y 146 del Código Civil que se citan como infringidos, se plantea tan sólo la cuestión de si el nacimiento de un nuevo hijo ha de ser valorado como alteración de las circunstancias tenidas en cuenta para la fijación de la misma, aduciéndose la existencia de interés casacional por existir doctrina contradictoria de las Audiencias de Vizcaya (Sentencias de 11 de julio de 2002 y 27 de junio de 2002) –que acogen la tesis del recurrente de que el nacimiento de un nuevo hijo debe considerarse una alteración sustancial– y Navarra (Sentencias de 31 de mayo de 2002 y 23 de enero de 2002), que, en línea con la sentencia recurrida, consideran lo contrario.

También se encuentra abocada al fracaso la cuestión planteada como motivo segundo, relativa a si el nacimiento del nuevo hijo del actor constituye necesariamente una alteración sustancial de circunstancias.

Partiendo de la literalidad de la norma (artículo 100 del CC), que alude a la alteración sustancial «de la fortuna de uno y otro cónyuge», la Audiencia entiende, con acierto, que el nacimiento de un nuevo hijo del obligado no equivale a una disminución de su fortuna que permita subsumir el supuesto de autos en el supuesto fáctico previsto por la norma. Si el sustento del hijo es una carga del matrimonio, lo importante será conocer el caudal o medios con los que cuenta la nueva unidad familiar, para lo que se hacía preciso probar si la esposa contribuía económicamente al sostenimiento de dicha carga o por el contrario el sustento del hijo quedaba a expensas exclusivamente del marido, –situación esta que sí redundaría en una disminución de su fortuna–, lo que no se hizo. Parece no reparar el recurrente en la importancia que tienen los ingresos de la esposa a la hora de dilucidar si la fortuna de aquél disminuyó, pues la ley determina el carácter ganancial de los rendimientos del trabajo constante matrimonio, y ello ha lugar a que la fortuna del mismo, lejos de disminuir, se viera incrementada a resultas de la convivencia con su nueva mujer. Resulta por tanto que el recurrente sostiene un motivo tomando en consideración hechos distintos de los que configuran la base fáctica de la sentencia, lo que determina que el interés aducido, representado por la contradicción entre doctrina de Audiencias Provinciales, se tenga por inexistente, ya que «no se refiere al modo en que fue resuelta la cuestión en función de los elementos fácticos, así como de las valoraciones jurídicas realizadas en la Sentencia a partir de tales elementos, sino que se proyecta hacia un supuesto distinto al contemplado en ella, desentendiéndose por completo del resultado de hecho y de las consecuencias jurídicas derivadas de los mismos, de suerte que no estamos sino ante una cita de norma infringida meramente instrumental y, subsiguientemente, ante un interés casacional artificioso y, por ende, inexistente, incapaz de realizar la función de unificación jurisprudencial propia del recurso desde el momento en que responde a una situación distinta de la apreciada por la resolución recurrida (AATS, entre otros, de 13 de marzo de 2007, 27 de marzo de 2007, 10 de abril de 2007 y 8 de julio de 2008 en recursos de casación núms. 2670/2003, 2507/2003, 2940/2003 y 1358/2007). En atención a lo expuesto, el motivo carece de interés casacional, circunstancia que debería haber dado lugar a que no superase el trámite de admisión al concurrir la causa prevista en el artículo 483.2.3.º inciso segundo en relación con el artículo 479.4 de la LEC 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, lo cual no obsta para apreciar ahora dicha causa como determinante de su desestimación.

b) La limitación temporal del derecho que fue reconocido a la esposa con carácter indefinido.

En el motivo tercero se denuncian como vulnerados los artículos 90, 91, 93, 97, 98, 99, 100 y 101, y se suscita el tema de si cabe establecer la pensión compensatoria con carácter temporal en el caso enjuiciado, o si acaso acordar su modificación o supresión vía artículos 100 y 101 del Código Civil, respectivamente, pretendiendo justificar la existencia de interés casacional en la modalidad de doctrina contradictoria de las Audiencias, aludiendo a las Sentencias de 18 y 20 de noviembre de 2002 de la Audiencia de Zamora que acogen el criterio favorable a la temporalidad, y a las Sentencias de 22 de julio de 1999 y 12 de mayo de 1999 de la Sec. 12.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que se decantan por el criterio jurídico contrario. Aduce el recurrente que la Audiencia no tuvo en cuenta circunstancias, –especialmente el mero transcurso del tiempo y la propiedad de la esposa de los gananciales adjudicados en la liquidación–, que debían valorarse como causa de limitación temporal o supresión del citado derecho. El motivo así planteado debe ser desestimado.

Los argumentos expuestos no pueden ser acogidos. Ciertamente, en Sentencia de 10 de febrero

de 2005, recurso de casación 1876/2002, luego citada por la de 28 de abril de 2005), este Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse a favor de la temporalidad de la pensión compensatoria, anticipándose al propio legislador, que la admitió expresamente con ocasión de la Ley 15/2005, de 8 de julio –la nueva redacción al artículo 97 del CC señala que la compensación podrá consistir en una pensión temporal, o por tiempo indefinido, o en una prestación única–. Pero la citada doctrina sobre la posibilidad de limitar temporalmente la pensión compensatoria, acogida en posteriores sentencias como la de 19 de diciembre de 2005, ha de ponerse en relación con la naturaleza de dicho derecho, y entenderse en los siguientes términos:

1. La pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil tiene una finalidad reequilibradora, y de la existencia de desequilibrio depende el reconocimiento del derecho, con independencia de su duración. Según la Sentencia de 28 de mayo de 2005, «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». Constituye su presupuesto esencial «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 disfruta el otro cónyuge. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre dos patrimonios».

2. Por lo que respecta estrictamente a la posibilidad de fijar límites temporales, la doctrina no sólo lo admite con arreglo a la normativa anterior a la reforma de 2005, sino que se pronuncia también expresamente sobre la compatibilidad del establecimiento temporal de la pensión compensatoria y del régimen de modificación o supresión a que aluden los artículos 100 y 101 del Código Civil. La Sentencia de 10 de febrero de 2005, tras analizar en profundidad los argumentos vertidos a favor y en contra, opta por el criterio favorable a la temporalización expresado por el 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, entonces, Proyecto de la Ley 15/2005, de 8 de julio, y declara que la fijación de una pensión compensatoria temporal no es algo que la normativa legal vigente antes de la reforma de 2005 (artículo 97, según redacción dada por la Ley 30/1981, de 7 de julio) prohibiera ni que resulte imposible de conciliar con las previsiones contenidas en el Código Civil relativas a su modificación o supresión: «además de que no resulta excluida por el artículo 97 del CC –el que no la recoja no significa que la prohíba–, 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».

3. Toda vez que ni la falta de previsión legal ni el régimen de los artículos 100 y 101 del Código Civil son obstáculos para la fijación de la pensión con carácter temporal, la temporalidad depende tan sólo de que se cumpla una condición: «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; 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 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.

Se sienta así, «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 resulta con claridad:

Primero.–Que presupuesto básico para la concesión o reconocimiento de la pensión es la existencia de un desequilibrio económico entre los cónyuges provocado por la ruptura conyugal que determine, para el acreedor de la pensión, un empeoramiento con relación a la situación de la que disfrutaba en el matrimonio, (y no una situación de necesidad, por lo que compatible su percepción incluso en caso de contar con medios económicos para subsistir), siendo necesariamente al tiempo de producirse la ruptura cuando se han de valorar las circunstancias y resolver tanto lo referente a si procede o no reconocer el derecho y en qué cuantía, como además, sobre su duración indefinida o su fijación con carácter temporal.

Segundo.–Que partiendo de la concurrencia de desequilibrio, en la medida que la ley no establece de modo imperativo el carácter indefinido o temporal de la pensión, su fijación en uno y otro sentido dependerá de las específicas circunstancias del caso, particularmente, las que permiten valorar la idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico, siendo única condición para su establecimiento temporal que no se resienta la función reequilibradora que constituye su razón de ser.

Tercero.–Que cualquiera que sea la duración de la pensión, «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», lo que deja expedita la vía de los artículos 100 y 101 del Código Civil, siempre, lógicamente, que resulte acreditada la concurrencia del supuesto de hecho previsto en dichas normas (alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge, cese de la causa que lo motivó, nuevo matrimonio o situación equivalente de convivencia del preceptor).

Atendiendo a lo expuesto, debe descartarse que en el supuesto de autos la Audiencia haya vulnerado la citada doctrina. En cuanto a la limitación temporal, no puede obviar el recurrente que el desequilibrio se ha de apreciar en el momento de la ruptura, siendo la Sentencia de la Audiencia que puso fin al pleito de divorcio la que reconoció a la esposa una pensión por desequilibrio con carácter vitalicio (documento 8 de la demanda). Aunque esta Sala no comparta los razonamientos de dicha resolución, –al ser la temporalidad compatible con el régimen de los artículos 100 y 101 del Código Civil–, es incuestionable que el recurrente no recurrió dicha resolución, determinando la inatacabilidad en este nuevo pleito las circunstancias fácticas a que hace alusión el artículo 97 del Código Civil –en particular la larga duración del matrimonio, la dedicación de la esposa a la familia, su avanzada edad y la falta de fehaciencia de cualificación profesional, incluyendo la propia voluntad de los esposos expresada en Convenio Regulador (30 de marzo de 1995), donde nada se dijo de sobre la limitación temporal de la pensión–, que llevaron, no sólo a tener por cierto el desequilibrio y reconocer el derecho, sino además a hacerlo sin límite temporal.

Dado que hemos dicho que el reconocimiento del derecho, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los artículos 100 y 101 del CC, lo que procede es dilucidar si concurren en el caso enjuiciado los supuestos de hecho previstos en dichas normas –alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores (artículo 100) o la convivencia del perceptor con una nueva pareja o el cese de las causas que determinaron el reconocimiento del derecho (artículo 101)–. La Audiencia examina la prueba obrante y concluye que «no se han alterado sustancialmente las fortunas de las partes ... no ha lugar a modificar, no hay incardinación en el artículo 100 del CC ni a extinguir, no hay subsunción en el 101 del mismo texto legal». Pretende el recurrente que se consideren alteradas esas circunstancias por el mero transcurso del tiempo y por las resultas de la liquidación de la sociedad de gananciales. Sin embargo, las circunstancias determinantes del desequilibrio y de la subsistencia del mismo más allá de un plazo determinado, que condujeron al reconocimiento de una pensión compensatoria vitalicia, no pueden verse alteradas por el mero transcurso del tiempo en la medida que lo relevante no es el dato objetivo del

paso del mismo, sino la superación de la situación de desequilibrio que justificó la concesión del derecho, lo que no ha ocurrido, debiéndose descartar también que el hecho de que la esposa fuera adjudicataria de bienes como resultado de liquidarse la sociedad de gananciales implique un incremento de su fortuna con relación a la que fue tomada en consideración, reveladora de la posibilidad de superar el desequilibrio que justificó la pensión, pues la liquidación sólo provoca la concreción del haber ganancial, es decir, que la esposa viera concretado en bienes y derechos determinados el haber ganancial que ya le correspondía vigente el matrimonio, siendo así que su fortuna no ha variado ni dicha liquidación afecta a la situación de desequilibrio, cuando ésta tiene que ver con circunstancias como la dedicación a la familia y la pérdida de expectativas laborales o profesionales ajenas a que la esposa se encuentre con bienes o medios suficientes para subsistir a raíz de dicha liquidación.

ALIMENTOS

A pesar de que se haya dictado sentencia de separación, debe admitirse la posibilidad de que entre los esposos se reclamen pensiones alimenticias si uno de ellos acredita el estado de necesidad, no siendo obstáculo que en el convenio regulador ambos renunciasen expresamente a reclamarse pensión compensatoria.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Excma. Sra. doña Encarnación Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Rosa y don Romeo contrajeron matrimonio en 1994.

⊙ El 15 enero 2001 se dictó sentencia en el procedimiento de divorcio tramitado por mutuo acuerdo y se decretó la separación de los cónyuges. En el convenio regulador se pactó lo siguiente: «Ambos cónyuges no estipulan pensión alguna a favor del otro, al no ocasionar la separación desequilibrio económico a ninguno de ellos que implique un empeoramiento en su situación anterior».

⊙ Doña Rosa interpuso demanda de juicio verbal contra don Romero solicitando que «se dicte sentencia por la que se fije a cargo del demandado y en favor de la demandante una pensión alimentaria con importe de 60.000 pesetas mensuales, con efectos desde la fecha de la interposición de la presente demanda, e ingresadas en la cuenta de Caja de Madrid, núm. NÚMooo, a pagar por meses anticipados entre los cinco primeros días y a actualizar anualmente y conforme al índice de precios al consumo para el conjunto del Estado, con expresa condena en costas para la parte demandada».

⊙ Admitida a trámite la demanda se acordó conferir traslado al demandado, y citar a las partes para la celebración de juicio verbal, señalándose el 5 de julio de 2001, compareciendo a dicho acto las partes y practicándose la prueba propuesta por las partes y previamente declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Puertollano dictó Sentencia el 9 de julio de 2001 estimando parcialmente la demanda y fijando a favor de la actora una pensión alimenticia a cargo del demandado de 25.000 pesetas mensuales, a satisfacer, desde la fecha de interposición de la demanda, por meses anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes, mediante ingreso en la cuenta designada a tales efectos por la demandante y que se actualizará a uno de enero de cada año de

conformidad con el índice de precios al consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Ciudad Real dictó Sentencia el 15 de marzo de 2002, con el siguiente fallo: «Por unanimidad, que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador don Guillermo Rodríguez Petit, en nombre y representación de don Romeo, contra la Sentencia de 9 de julio de 2001, dictada en el Juzgado núm. 2 de Puertollano, juicio verbal núm. 187/01, debemos revocar y revocamos íntegramente dicha resolución acordando la desestimación de la demanda, absolviendo al demandado de los pedimentos de la misma, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad; no se hace especial declaración sobre el pago de las costas causadas en esta alzada».

⊙ Doña Rosa interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo al considerar que si bien era factible la reclamación de alimentos, no se daba el estado de necesidad en la ex esposa.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En su demanda de reclamación de alimentos alegaba la esposa que se encontraba en situación de desempleo, lo que le obligaba a poner en arrendamiento alguno de los bienes que se había adjudicado en la liquidación del patrimonio ganancial. El esposo excepcionó la inadecuación de procedimiento y falta de acción y legitimación activa de la actora. El Juzgado de Primera Instancia rechazó las excepciones presentadas por el demandado. Con relación al punto central de la demanda, es decir, la petición de alimentos, el Juzgado entendió que: a) el derecho a la percepción de los alimentos entre cónyuges subsiste mientras continúe el vínculo matrimonial; b) concurre en la parte actora la situación de necesidad que ampararía su derecho a percibir los alimentos y el demandado posee capacidad suficiente; c) aunque la demandante hubiera renunciado a su pensión compensatoria, el derecho de alimentos no es renunciable, por lo que «la renuncia a la pensión compensatoria no puede significar una renuncia implícita al derecho de alimentos ahora reclamado». Teniendo en cuenta los ingresos y gastos acreditados del demandado y la existencia de cierto patrimonio de la demandante, el Juzgado estimó parcialmente la demanda, reconociendo a la demandante una pensión alimenticia de 25.000 pesetas mensuales (150,25 euros).

El marido recurrió dicha sentencia. La de la Sec. 1.ª de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 15 marzo 2002 revocó la apelada. Entiende la Sala sentenciadora que el problema consiste en determinar si se «puede pedir pensión alimenticia obviando las normas de la pensión compensatoria, es decir el que concurran circunstancias que hayan producido la alteración sustancial de las condiciones que los propios cónyuges tuvieron en cuenta para firmar un convenio de separación» y aunque considera que la solución se debe establecer en cada caso concreto, «no puede separarse radicalmente de las normas de la pensión compensatoria, pues como hemos afirmado supone una regulación más amplia y en la mayoría de casos amparadora de la pensión por alimentos». En conclusión afirma que «no se ha producido ninguna circunstancia nueva y distinta de aquellas que consideraron los esposos para fijar su régimen de vida tras la separación, y dada la proximidad entre la sentencia de separación y el momento de presentación de la demanda, podríamos encontrarnos ante un claro fraude del convenio celebrado, no olvidemos que con claro desequilibrio a favor de la esposa, y por ello de las condiciones fijadas en la sentencia judicial», razones por las que considera que debe estimarse el recurso.

El recurso de casación se presenta dividido en tres motivos, que van a examinarse conjuntamente por referirse al mismo problema, enfocado desde argumentos distintos. El primer motivo denuncia la no aplicación de los artículos 142, 143, 144 y 146 del CC. Dice la recurrente que la obligación de prestar alimentos es exigible desde que el alimentista tiene necesidad de ellos para subsistir y en la sentencia no se contemplan en ningún caso estos preceptos como reguladores de la obligación de alimentos. El segundo motivo señala la indebida aplicación de los artículos 97, 99, 100 y 101 del CC. Se argumenta que se han aplicado indebidamente los artículos que regulan la pensión compensatoria, cuando en realidad se trata de un procedimiento de alimentos entre parientes; dice la recurrente que no se puede

confundir pensión compensatoria con alimentos y cita a su favor las Sentencias de 2 diciembre 1987 y 29 junio 1888. El tercer motivo se presenta por infracción por inaplicación de la doctrina de esta Sala, recogida en las Sentencias de 23 septiembre 1996, 29 junio 1988 y 2 diciembre 1987, que mantiene la compatibilidad de la situación de separación matrimonial y la percepción de una pensión alimenticia por uno de los cónyuges.

El presente recurso de casación plantea en realidad dos problemas: a) el relativo a la compatibilidad entre pensiones compensatorias y alimentos al cónyuge en la situación de separación del matrimonio, y b) la relativa a si la recurrente, demandante de los alimentos, se encontraba en estado de necesidad y por ello, era acreedora de los mismos.

La finalidad de la pensión compensatoria no es subvenir las necesidades del cónyuge, sino compensar razonablemente el desequilibrio que la separación o el divorcio produzcan en uno de los cónyuges y así se ha dicho que el presupuesto esencial para que nazca el derecho a obtener la pensión estriba en «la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de que gozaba cada uno antes y después de la ruptura». Se trata de un derecho que puede ser renunciado por quien sería su beneficiario. En cambio, el derecho de alimentos constituye una protección de las necesidades vitales de una persona, que no puede ser renunciada previamente.

Es cierto que desde el punto de vista teórico existe una clara diferencia entre ambas instituciones, lo que no ha impedido que algunas veces se hayan equiparado ambos conceptos. Sin embargo, esta Sala ha considerado siempre que el carácter familiar de la prestación alimenticia hace que ésta se extinga cuando los cónyuges han obtenido el divorcio, aunque se mantiene mientras subsiste el vínculo matrimonial, a pesar de que se haya producido la separación, porque en este caso perdura aun la obligación de socorro, establecida en el artículo 68 del CC, que desaparece al disolverse el matrimonio por el divorcio. Así, por ejemplo, la Sentencia de 25 noviembre 1985 declaraba que la separación de hecho libremente consentida de los esposos, no priva a cada uno de recibir alimentos de su consorte conforme a los artículos 142 y siguientes, incluso aunque el marido siga pernoctando bajo el mismo techo si la mujer no dispone de bienes propios suficientes, en cuyo caso puede reclamarlos al marido (ver asimismo SSTS de 14 de abril y 3 de octubre de 1974). En el mismo sentido, aunque utilizando la argumentación a partir de la disolución por divorcio, la Sentencia de 29 de junio de 1988 declaraba que «el divorcio al suponer el no mantenimiento del matrimonio al haber sido disuelto, según claramente manifiesta el artículo 85 del CC, no genera en cuanto a los cónyuges divorciados causa de obligación alimenticia determinada por aplicación de los invocados artículos 143, 150 y 152» del CC. Y la de 23 de septiembre de 1996, citando la anterior, decía que «producido el divorcio dejan de ser cónyuges, desaparece la razón legal de alimentos, por esta causa, y la sentencia de alimentos pierde su eficacia, viniendo a regular la nueva situación el Derecho matrimonial y la sentencia de divorcio que a su amparo se dicta».

En consecuencia de todo lo anterior, esta Sala debe confirmar su doctrina reiterada de acuerdo con la que constante matrimonio, aunque se haya producido la separación de los cónyuges, sigue manteniéndose el derecho recíproco a la prestación de alimentos.

Estos argumentos darían la razón a la recurrente en el sentido de que es cierto que no puede asimilarse el derecho de alimentos con la pensión compensatoria, pero no puede por ello estimarse este recurso, porque existiendo en abstracto el derecho a la reclamación de los alimentos, debe estudiarse si en este caso concreto la recurrente los acreditaba, por reunir las condiciones exigidas en la Ley para ello y que son la necesidad del alimentista y la capacidad de quien debe prestarlos, requisitos que deben concurrir, pues la falta de uno de ellos producirá la consecuencia de que no nazca este derecho.

Y ello es lo que ha ocurrido en el presente recurso, porque la sentencia recurrida lo que en realidad concluye es que no ha probado el estado de necesidad de la reclamante, que no existía cuando se firmó el convenio y se renunció a la pensión compensatoria. Efectivamente: a) se afirma en la sentencia recurrida que se comprueba que se produjo un «gran desequilibrio» en la liquidación del régimen de gananciales, de modo que se adjudicaron a la esposa los inmuebles y gran parte de los muebles, mientras que se adjudican al marido el vehículo y una parte de los muebles; b) que la necesidad existiría en el momento de firmarse el convenio, porque la reclamación de alimentos tuvo lugar cuatro meses después de la sentencia de separación y la esposa ya estaba cobrando el paro, desde unos tres meses antes de la separación, con una pensión de desempleo mínimo de 14.688 pesetas (88,28 euros), que se pagó desde el 17 de octubre de 2000 hasta el 16 de octubre de 2002, por lo que sus circunstancias económicas no habían cambiado cuando interpuso la demanda de alimentos con relación al momento de la firma del convenio.

Todo ello hace llegar a esta Sala a la conclusión de que no existía la pretendida necesidad de la recurrente, por lo que faltando uno de los elementos básicos del nacimiento de la obligación de alimentos, deben desestimarse todos los motivos del recurso.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Al presumirse que la esposa no va a poder procurarse en poco tiempo un medio de vida que le permita prescindir de la pensión compensatoria y que no va a lograr por sí desenvolverse autónomamente y superar el desequilibrio, no puede fijarse una limitación temporal a la pensión compensatoria.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Rosa interpuso demanda de separación matrimonial contra don Carlos José solicitando se dictase sentencia estableciendo entre otras medidas: «Que se fije en concepto de pensión compensatoria para la esposa la suma mensual de 661 euros mensuales actualizables anualmente conforme a las variaciones experimentadas por el IPC de Baleares».

⊙ Admitida a trámite la demanda, el demandado la contestó oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado dictase Sentencia por la que «se decrete la separación legal del matrimonio, por la causa del artículo 82.1.º del CC imputable a la esposa, y como medidas complementarias a tal declaración, entre otras: No procede fijar pensión compensatoria a favor de la esposa, dado que la separación no produce desequilibrio económico alguno. Subsidiariamente, se solicita se establezca una pensión compensatoria a favor de la Sra. Rosa, con cargo a su esposo, por un plazo máximo de doce meses, por importe mensual de 180,30 euros».

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Inca dictó Sentencia el 8 de mayo de 2003, estimando la demanda de separación y entre otras medidas acordó que, en concepto de pensión compensatoria don Carlos José abonará a doña Rosa la suma de trescientos euros, durante el plazo de dos años, por meses anticipados, en doce mensualidades al año y dentro de los cinco primeros días de cada mes, cantidad que se actualizará anualmente según el porcentaje de incremento que experimenten los ingresos económicos del obligado al pago, o en su defecto, según el IPC que establezca el INE u organismo que lo sustituya.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 4.ª de Baleares dictó Sentencia el 2 de diciembre de 2004 estimando parcialmente el recurso y estableciendo entre otras la siguiente medida: Que no resulta procedente fijar plazo a la pensión compensatoria concedida a la esposa.

⊙ Don José Carlos 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, temporalidad que defiende la parte recurrente (amparándose en el anterior precepto en unión a los artículos 100 y 101 del Código Civil, que son citados como infringidos), pero que fue rechazada en segunda instancia.

Analizando los antecedentes del pleito se observa que la actora solicitó una pensión por desequilibrio de 661 euros mensuales, pretensión a la que se opuso el demandado hoy recurrente aludiendo a su improcedencia por inexistencia de desequilibrio para la esposa, no obstante admitir con carácter subsidiario que pudiera fijarse una pensión compensatoria de 180,30 euros al mes. La sentencia dictada en Primera Instancia, parcialmente estimatoria de la demanda, accede a conceder a la esposa una pensión por importe de 300 euros mensuales, pero con una duración máxima de dos años, ya que, según razona (fundamento jurídico sexto) la pensión compensatoria «no puede entenderse como una especie de renta o pensión vitalicia derivada del matrimonio, sino como un derecho relativo, condicional, circunstancial y limitado en el tiempo salvo casos excepcionales», fijándose a la hora de concretar el plazo de duración en circunstancias tales como «el tiempo de duración del matrimonio, su dedicación a la familia y a los negocios familiares, así como su escasa cualificación profesional». Recurrida dicha sentencia en apelación por la esposa, uno de los argumentos impugnatorios (que da contenido al motivo tercero), hace referencia a la improcedente sujeción de la pensión a límites temporales, defendiendo nuevamente la esposa que la cuantía debía ser la pedida inicialmente (661 euros mensuales) sin establecimiento de un plazo de duración, que se estima no es algo imperativo sino que sólo procede en situaciones excepcionales en que cabe apreciar también la duración determinada del desequilibrio generador del derecho. La Sentencia de la Sec. 4.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 2 de diciembre de 2004 que ahora se recurre, estima en parte el recurso de apelación, revocando la sentencia de primer grado en este concreto punto, resolviendo, en línea con la tesis de la apelante, que la pensión compensatoria concedida a la esposa no se encuentra sujeta a límite temporal, no porque no sea legal y doctrinalmente posible, sino porque el establecimiento de un plazo de duración es algo excepcional, que está condicionado a que concurran unas concretas circunstancias (corta duración del matrimonio, juventud de la acreedora, superior cualificación profesional que garantice acceder fácilmente al empleo) ninguna de las cuales se dan en el caso de autos.

Lo primero que hay que decir es que la cuestión de si cabe establecer la pensión compensatoria con carácter temporal 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 presente 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.

Por tanto, 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. Ahora bien, 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». En consecuencia, cuando, como aquí acontece, 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. La Audiencia no contradice la doctrina jurisprudencial pues en modo alguno se pronuncia en contra de la posibilidad de fijar un límite temporal, como prueba el que reconozca haberlo hecho en numerosas ocasiones, constituyendo tan sólo la razón de su decisión, el que, atendiendo a la naturaleza y función de la pensión compensatoria, las circunstancias fácticas concurrentes en el caso de autos no justifican el establecimiento de un plazo de duración determinado, habida cuenta que la beneficiaria no es una persona joven que cuente con gran experiencia laboral ni con una gran cualificación profesional, de manera que la situación fáctica 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, lo que obliga a mantener la pensión durante toda su vida. En consecuencia, el recurso debe ser desestimado.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Teniendo en cuenta que el matrimonio sólo duró cinco años; que la esposa que actualmente tiene 55 años ha trabajado ininterrumpidamente durante el período de convivencia y que no existe descendencia, la diferencia de ingresos con el esposo sólo justifica una pensión compensatoria temporal durante cinco años.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Aurelio interpuso demanda de separación contra doña Patricia, solicitando entre otras medidas la no fijación de pensión compensatoria para ninguno de los cónyuges.

⊙ Doña Patricia contestó a la demanda y formuló reconvención solicitando que «se dicte sentencia declarando que la separación matrimonial produce desequilibrio económico a la esposa en relación con la posición de su cónyuge que implica un empeoramiento respecto de la situación de aquélla durante el matrimonio y que atendiendo a la atribución del uso del domicilio conyugal a la esposa y la retribución que ésta debe percibir, se fije la cuantía de la pensión compensatoria a satisfacer por el esposo en la cantidad de mil quinientos euros mensuales, actualizables cada 1 de enero en función de la variación del IPC. Subsidiariamente y para el caso de no serle atribuido el uso del domicilio a la esposa y en función de iguales percepciones salariales, fijar la cuantía de la pensión compensatoria a satisfacer por el esposo en la cantidad de dos mil cien euros mensuales actualizables sobre iguales parámetros».

⊙ Don Aurelio respondió a la reconvención reiterando que «se dictara sentencia de acuerdo con lo solicitado en nuestro escrito inicial, junto a lo demás que en Derecho proceda, o subsidiariamente, si se reconociera el derecho a pensión compensatoria, que se establezca con carácter temporal para un período no superior a las 36 mensualidades y un importe máximo de 200 euros mensuales (doscientos euros), debiéndose imponer las costas de esta reconvención a la demandante de esta reconvención».

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Alcobendas dictó Sentencia el 8 de marzo de 2004, cuya parte dispositiva es la siguiente: «FALLO: Estimando parcialmente la demanda interpuesta por don Aurelio, representado por el Procurador don José Manuel Segovia Galán, contra doña Patricia, representada por la Procuradora doña M.ª Luisa Rodríguez Martín-Fonseca, y estimando parcialmente la demanda reconvencional, se decreta la separación de los cónyuges, y la disolución del régimen económico-matrimonial, con todos los efectos legales, sin hacer especial pronunciamiento en materia de costas causadas, y adoptando las siguientes medidas: –La atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar sita en la AVENIDAooo núm. NÚMooo de San Sebastián de los Reyes a don Aurelio. –Se fija en 500 euros mensuales la cantidad que en concepto de pensión compensatoria deberá abonar don Aurelio a doña Patricia, que abonará por anticipado en los cinco primeros días de cada mes, y que será actualizada anualmente de conformidad con el Índice de Precios al Consumo».

⊙ En grado de apelación, la Sec. 22.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 19 de enero de 2005, cuyo fallo es como sigue: «Fallamos: Que estimamos parcialmente el recurso de apelación formulado

por doña Patricia, así como desestimamos parcialmente el recurso formulado por don Aurelio contra la Sentencia dictada, en fecha 8 de marzo de 2004, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de los de Alcobendas, en autos de separación seguidos, bajo el núm. 177/2003, entre dichos litigantes, debemos revocar y revocamos parcialmente la resolución impugnada, en el sentido de fijar la pensión compensatoria a favor de la esposa en 600 euros mensuales, que se harán efectivos desde la sentencia de primera instancia, y que se abonarán en la forma establecida en la sentencia apelada, operando la primera actualización el 1 de enero de 2005, y ello sin perjuicio de la aplicación en su caso de los artículos 100 y 101 si se dan las condiciones para ello. –No se hace especial pronunciamiento de las costas procesales causadas en la presente alzada».

⊙ Don Aurelio interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que fijó una limitación temporal de cinco años a la pensión compensatoria.

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, temporalidad que defiende la parte recurrente, pero que fue rechazada por la sentencia de segunda instancia.

Examinando los antecedentes del pleito que guardan relación con esta cuestión vemos que, solicitada inicialmente por la demandada reconviniente una pensión compensatoria por importe de 1.500 o 2.100 euros mensuales –según se otorgase el uso del domicilio al marido o a la esposa–, sin límite temporal alguno, a tal pretensión se opuso el actor reconvenido, hoy recurrente, porque en su opinión la ruptura no había ocasionado ningún desequilibrio, aunque, de manera subsidiaria, para el caso de que se estimara procedente su concesión a la esposa, pedía que lo fuera en cuantía no superior a los 200 euros al mes y que se limitara su percepción al plazo de 36 meses. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Alcobendas accedió a conceder a la esposa una pensión de 500 euros mensuales actualizables anualmente conforme al IPC, sin fijar límites temporales, valorando en orden a dilucidar sobre su procedencia, cuantía y duración circunstancias fácticas tales como la diferencia de ingresos económicos de los esposos –claramente superiores en el caso del marido–, así como el que la esposa tuviera que sufragarse el alquiler de una vivienda por ser atribuido el uso del domicilio familiar al marido. Apelada dicha sentencia por ambos litigantes, se observa que los argumentos impugnatorios del Señor Aurelio en lo tocante a la cuestión de la pensión compensatoria, se centran en la improcedencia de la misma (segundo motivo de su recurso), y, con carácter subsidiario, (motivos tercero y cuarto) en la necesidad de que se fije en cuantía no superior a 200 euros mensuales y con una duración máxima de dos años, citando en apoyo de su tesis la doctrina favorable a la temporalidad de la pensión. La Sentencia de la Sección Vigésima Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de enero de 2005 que ahora se recurre, estima en parte el recurso de la esposa y desestima parcialmente el del marido, declarando con relación a la controversia sobre la pensión compensatoria, no sólo que la misma resultaba procedente, sino que además, en atención a los datos existentes (en particular, la duración del matrimonio de cinco años, la convivencia anterior de los esposos durante otros cinco, y la inferior situación patrimonial de la esposa, que la colocaba como cónyuge más desfavorecido o perjudicado por la separación), debía incrementarse hasta los 600 euros mensuales sin limitación temporal alguna, sin perjuicio de una alteración sustancial de las circunstancias anteriores pudiera dar lugar a su modificación o revocación, de conformidad con los artículos 100 y 101 del Código Civil.

Pues bien, la cuestión que se suscita ante esta Sala, reducida a si cabe establecer la pensión compensatoria con carácter temporal, ya ha sido resuelta en sentido afirmativo, siempre con sujeción a las pautas que se establecen, por las Sentencias de esta Sala de 10 de febrero y 28 de abril del presente año 2005, dictadas en interés casacional, cuya doctrina jurisprudencial, por las razones que diremos a continuación, resulta contradicha por la resolución recurrida, 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.

En efecto, la Sentencia de 10 de febrero de 2005, recurso de casación 1876/2002, luego citada por la de 28 de abril de 2005, deja sentada la doctrina sobre la posibilidad de limitar temporalmente la pensión compensatoria, en los siguientes términos:

«La problemática objeto de enjuiciamiento es la consecuencia 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 disfruta 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 estimulación 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 SSTS de 2 de diciembre de 1987 y 21 de diciembre de 1998 y RDGR y N 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 compensatoria 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 (SS 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 –SS de 21 de noviembre de 1934 y 24 de enero de 1970–, como con posterioridad –SS 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 (SS 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 SS 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 –innecesariedad 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; 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 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.

La anterior doctrina es enteramente aplicable al presente caso, y determina la estimación del recurso una vez constatado el interés casacional. Ello es así porque la Audiencia defiende (fundamento jurídico tercero) que la pensión compensatoria, como si de una pensión alimenticia se tratase, ha de ser percibida por razones estrictas de necesidad y durante el tiempo que dure la misma, siendo éstas las razones que conducen a concederla con carácter indefinido, a salvo de lo previsto en los artículos 100 y 101 del Código Civil para su modificación o revocación. Pese a que la Sala demuestra conocer los argumentos favorables a la temporalidad, (expresamente alude a que la pensión no puede lastrar al cónyuge deudor y convertir al acreedor en un cuasi jubilado a costa del primero, en la medida que ello conllevaría que el perceptor no tuviera incentivos para superar su desigualdad económica, prefiriendo vivir a costa del otro, «lo que parece poco acorde con las exigencias del principio de dignidad de la persona»), termina decantándose por su carácter indefinido, en atención a que «en los preceptos del Código Civil no se impone

la obligación de intentar mejorar la fortuna a través de trabajo o del acceso a una superior cualificación». En suma, la Audiencia se alinea con los que, para oponerse a la posibilidad de fijar límites temporales a la pensión, aducen no sólo que no existe previsión legal al respecto, sino también que la temporalidad dejaría sin contenido los artículos 100 y 101 del Código Civil, (así se explica que se aluda a ellos expresamente), interpretación que choca con la doctrina de esta Sala plasmada en las referidas Sentencias de 10 de febrero y 28 de abril del año 2005, que ha manifestado al respecto, tanto que la temporalidad estaba permitida en la regulación del Código Civil introducida por la Ley 30/1981, de 7 de julio, y anterior a la reforma que de 2005, por cuanto «no resulta excluida por el artículo 97 del CC –el que no la recoja no significa que la prohíba–», como 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». En consecuencia, el argumento de que la pensión vitalicia puede ser modificada llegado el caso, por vía de los referidos preceptos, no es suficiente razón para no fijar un límite para su percepción si se dan las circunstancias que lo permiten; en consecuencia, su fijación con carácter temporal o por tiempo indefinido sólo debe depender de las específicas circunstancias del caso, (particularmente, las que permiten valorar la «idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico») con la única condición de que la temporalidad de la pensión no haga que se resienta la función reequilibradora que constituye su razón de ser. En el supuesto de autos la Audiencia rechaza fijarla con límite temporal por razones ajenas a las circunstancias determinantes de la idoneidad o aptitud de la esposa para superar el desequilibrio, y ello hace obligado el que esta Sala las examine, ya en funciones de instancia, a fin de dilucidar sobre si en este concreto caso, resultaba procedente, en línea con lo solicitado por el recurrente, establecer un límite temporal a la pensión, respetando en todo caso la cuantía concedida. Tomando en cuenta la corta duración del matrimonio (se contrajo el día 5 de septiembre de 1997 y la demanda de separación es de 25 de marzo de 2003), el hecho de que la esposa haya venido desempeñando su actividad laboral ininterrumpidamente, sin que el matrimonio fuera obstáculo para ello, su edad (55 años), 7 años más joven que el recurrente, su acreditada capacitación laboral, antigüedad en el empleo (desde 1989 desempeña su labor en la misma empresa, la de su ex marido) y disponibilidad para el trabajo (carece de hijos menores a su cuidado), la lógica y a la experiencia permiten apreciar con un alto grado de probabilidad, que un plazo igual a 5 años resulta bastante para compensar a la esposa por el desequilibrio sufrido, más allá del cual el percibo de la pensión carecería de justificación.

Por consiguiente ha lugar al recurso y, de conformidad con lo establecido en el artículo 487.2 de la LEC, debe casarse la resolución recurrida, siendo deber de esta Sala, por el efecto positivo de la jurisdicción, asumir la instancia, y limitar el período de percepción de la pensión compensatoria de 600 euros mensuales concedida a favor de la esposa y a cargo del marido, a un plazo de 5 años, a contar desde la fecha de la sentencia de primera instancia (8 de marzo de 2004).

PENSIÓN COMPENSATORIA

Aunque la esposa tiene una corta experiencia temporal, su edad, 29 años, unido a que no existe descendencia, justifican la fijación de una pensión compensatoria temporal durante siete años, tiempo que se considera suficiente para que pueda procurarse un medio de vida que haga innecesario seguir percibiendo la pensión.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña María Trinidad interpuso demanda de separación contra don Rubén solicitando que «se dictara sentencia por la que se acuerde la separación del matrimonio integrado por doña María

Trinidad y don Rubén, y establecimiento, de forma definitiva, de las medidas que, con carácter provisionales, se interesan en otrosí de este escrito, e imponiendo las costas al demandado de negarse a nuestras justas pretensiones».

⊙ Don Rubén contestó a la demanda solicitando al Juzgado dictar sentencia por la que con desestimación de la demanda instada de contrario respecto de las medidas solicitadas, se acuerde la separación matrimonial de doña María Trinidad y Don Rubén, denegando las medidas propuestas de contrario por no ser ajustadas a Derecho, y con expresa condena en costas.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Granada dictó Sentencia el 17 de diciembre de 2002, decretando la separación y estableciendo entre otras la siguiente medida: En concepto de pensión compensatoria, el esposo entregará a la esposa, en los cinco primeros días de cada mes, la cantidad de 180 euros mensuales en la cuenta bancaria que al efecto designe la esposa, cantidad que se actualizará anualmente de conformidad con las variaciones que experimente el IPC que publique el INE.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP de Granada dictó Sentencia el 16 de septiembre de 2003 desestimando el recurso interpuesto por don Rubén.

⊙ Don Rubén interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien fijó una pensión compensatoria por un período de siete años desde la fecha de la sentencia de separación.

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, temporalidad que defiende la parte recurrente (amparándose en el anterior precepto en unión al artículo 100 del Código Civil, ambos citados como infringidos), pero que fue rechazada en ambas instancias.

En concreto, solicitada por la actora una pensión por desequilibrio de 600 euros –pretensión a la que se opuso desde un principio el demandado, hoy recurrente–, el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Granada accedió a concederla pero tan sólo en cuantía de 180 euros mensuales, eso sí, sin limitación temporal, valorando en orden dilucidar sobre su procedencia, cuantía y duración, circunstancias fácticas tales como el tiempo de convivencia de los esposos (el matrimonio se contrajo el 15 de agosto de 1997 y la demanda fue interpuesta en febrero de 2002), la carencia de ingresos de la mujer, su edad (nacida el 9 de febrero de 1973), su actividad laboral anterior al matrimonio y la ausencia de descendencia. Recurrida dicha sentencia en apelación por el marido, uno de los argumentos impugnatorios, concretamente el segundo, hace referencia a la temporalidad de la pensión, aduciéndose por el hoy recurrente que no existían razones para fijar dicha pensión, y, subsidiariamente, que de estimarse procedente la misma, habría de estar limitada a un máximo de un año, «en base a la escasa duración del matrimonio, posibilidades de inserción en el mercado laboral, edad de los cónyuges, salud, no descendencia», citando en apoyo de su tesis la doctrina favorable al referido límite temporal. La Sentencia de la Sec. 3.ª de la Audiencia Provincial de Granada de 16 de septiembre de 2003 que ahora se recurre, desestima el recurso de apelación y confirma la resolución de primera instancia, limitándose a señalar en cuanto al tema que aquí interesa, que la duración temporal de la pensión resulta improcedente «por ser contraria a lo establecido en el artículo 100 del Código Civil».

Pues bien, la cuestión que se suscita ante esta Sala, reducida a si cabe establecer la pensión compensatoria con carácter temporal, ya ha sido resuelta en sentido afirmativo, siempre con sujeción a las pautas que se establecen por las Sentencias de esta Sala de 10 de febrero y 28 de abril del año 2005, dictadas en interés casacional, cuya doctrina jurisprudencial resulta contradicha por la resolución recurrida, 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.

En efecto, la Sentencia de 10 de febrero de 2005, recurso de casación 1876/2002, luego citada por la de 28 de abril de 2005, deja sentada la doctrina sobre la posibilidad de limitar temporalmente la pensión compensatoria.

La doctrina expuesta en la anterior sentencia es enteramente aplicable al presente caso, y determina la estimación del recurso una vez constatado el interés casacional. Ello es así porque la Audiencia dice ampararse en la dicción del artículo 100 del Código Civil, es decir, en la falta de previsión legal de la posibilidad de fijar límites temporales a la pensión, cuando, como ha quedado dicho, la omisión no significa que dicha temporalidad se encontrara proscrita en nuestro ordenamiento, siendo por esto mismo que la última modificación legislativa la admite expresamente. La admisión de la temporalidad de la pensión sólo exige que con ello no se resienta la función reequilibradora, condición que obliga, a la hora de fijarla con carácter temporal y concretar su duración, a estar a las específicas circunstancias del caso, particularmente, las que permiten valorar la «idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico». En el supuesto de autos, como la Audiencia entiende que no cabe fijarla con límite temporal, prescinde de examinar dichas circunstancias que sin embargo deben ser contempladas por esta Sala, ya en funciones de instancia. Así, la juventud de la esposa (29 años), la buena salud que se le supone con arreglo a la misma, la previa, aunque corta experiencia laboral de la que dispone (folio 66), e indudablemente, su propia actitud personal, claramente favorable a procurarse lo antes posible un empleo que asegure la independencia económica de la que carecía, de lo que se tiene constancia documental (folio 67) y por sus propias manifestaciones en el escrito de oposición al recurso de apelación (folio 247), y todo lo anterior unido a la ausencia de descendencia, permite, si no asegurar, sí prever como altamente probable que un plazo de siete años es suficiente para compensar a la esposa por el desequilibrio sufrido, y para que pueda procurarse un medio de vida que haga innecesario seguir percibiendo la pensión.

Por consiguiente ha lugar al recurso y, de conformidad con lo establecido en el artículo 487.2 de la LEC, debe casarse la resolución recurrida, siendo deber de esta Sala, por el efecto positivo de la jurisdicción, asumir la instancia, con lo que procede limitar la percepción de la pensión compensatoria concedida a favor de la esposa y a cargo del marido a un período de 7 años desde la fecha de la sentencia de separación (17 de diciembre de 2002).

PENSIÓN COMPENSATORIA

No procede fijar temporalidad a la pensión compensatoria, cuando la esposa tiene 50 años, experiencia laboral muy reducida y lejana en el tiempo, y durante los 18 años de matrimonio se dedicó al cuidado de los hijos.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña Mariana interpuso demanda de separación contra su esposo don Alonso.

- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma al demandado, quien compareció en autos debidamente representado y contestó alegando cuantos hechos y fundamentos estimó de aplicación, y terminó suplicando al Juzgado «dictar sentencia por la que, desestimando la pretensión actora: a) Se declare no acreditada causa alguna de separación del matrimonio entre mi mandante y el demandado, no dando lugar a la separación, con los demás pronunciamientos procedentes en derecho. b) Alternativamente para el caso de que se estimara la existencia de causa de separación, ésta sea la carencia de afecto matrimonial, declarándolo así en la sentencia que se dicte, con los

demás efectos legales prevenidos legalmente, señalando en tal caso como medidas definitivas a regir entre otras la siguiente: 1) Señalar como contribución de mi representado en concepto de alimentos para sus hijos y para el levantamiento de las cargas del matrimonio la cantidad de mil cuatrocientos euros (1.400,00 € mensuales).

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Santa Cruz de Tenerife dictó Sentencia el 11 de marzo de 2004, declarando la separación y acordando entre otras la siguiente medida: 6.º) Se fija como pensión compensatoria el importe mensual de 2400 euros a ingresar en la cuenta corriente que designe la actora en los cinco primeros días de cada mes y revalorizables anualmente conforme al IPC.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 4.ª de la AP de Tenerife dictó Sentencia el 22 de noviembre de 2004, cuyo fallo es como sigue: «Fallamos: Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación de don Alonso, confirmamos la sentencia dictada en primera instancia, excepto el pronunciamiento 6 del Fallo de la misma, que se revoca, quedando así: "Se fija una pensión compensatoria a favor de doña Mariana con cargo a don Alonso por importe de mil trescientos sesenta euros mensuales (1.360), a ingresar en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que designe la beneficiaria, adaptable anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC", sin que proceda hacer pronunciamiento sobre las costas del recurso de apelación».

⊙ Don Alonso 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, temporalidad que defiende la parte recurrente (amparándose en el anterior precepto en unión al artículo 1438 del Código Civil, que son citados como infringidos), pero que fue rechazada en ambas instancias.

Analizando los antecedentes del pleito se observa que la actora solicitó una pensión por desequilibrio de 5.000 euros mensuales, y que a dicha pretensión se opuso el demandado hoy recurrente en su escrito de contestación, aludiendo a su improcedencia «dado que no se dan los requisitos ni concurren las circunstancias que el artículo 97 del Código Civil establece para el otorgamiento de la pensión». La sentencia dictada en Primera Instancia, parcialmente estimatoria de la demanda, accede a conceder a la esposa una pensión compensatoria por importe de 2400 euros mensuales, sin fijar plazo alguno para su percepción. Dicha resolución fue apelada por el marido, quien a lo largo del segundo motivo del recurso se manifestó contrario a la concesión de la pensión compensatoria por no existir desequilibrio, discrepando también de su cuantía, que estimó excesiva e insostenible, añadiendo que, en todo caso, de accederse a la pretensión de la esposa, el órgano judicial debía haber limitado temporalmente su percepción, evitando que la pensión tenga carácter indefinido, pues el no establecimiento de plazo, en palabras del hoy recurrente, pervierte la naturaleza de la pensión compensatoria, convirtiéndola en algo que no es: una pensión vitalicia destinada a perpetuar la igualdad económica de los esposos durante el matrimonio. La Sentencia de la Sec. 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 22 de noviembre de 2004 que ahora se recurre, estima en parte el recurso de apelación y revoca el pronunciamiento sobre pensión compensatoria contenido en la sentencia del Juzgado, reduciendo su importe hasta la suma de 1.360 euros mensuales, sin sujeción a plazo. El tribunal justifica tanto la procedencia como la cuantía de la pensión (fundamento jurídico tercero) en atención tanto a los pactos privados contenidos en Capitulaciones matrimoniales previas al matrimonio, que son transposición de lo dispuesto en el artículo 1438 del Código Civil (referente al derecho que tiene el cónyuge que ha trabajado para la casa a obtener una compensación económica a la extinción del

régimen de separación), como a las circunstancias concurrentes, de las comprendidas en el artículo 97 del Código Civil, que tras ser libremente valoradas por el juzgador permiten tener por existente el desequilibrio para la esposa y pronosticar que la esposa va a encontrar gran dificultad para reiniciar su vida laborar. En particular la sentencia alude expresamente al hecho de que la esposa no trabajara durante los 18 años que duró la relación conyugal, dedicándose exclusivamente al cuidado de la casa y de la familia, al hecho de que durante ese tiempo contribuyera a la actividad profesional y empresarial de su esposo organizando o acudiendo a comidas y fiestas preparadas para sus clientes y amigos, con merma de las expectativas profesionales y económicas de la mujer, así como a su edad, formación, relaciones, y diferencia de caudal económico de uno y otro esposo.

Lo primero que hay que decir es que la cuestión de si cabe establecer la pensión compensatoria con carácter temporal 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 presente 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 se plasma en la Sentencia de 10 de febrero de 2005.

La doctrina expuesta en dicha sentencia permite 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. Ahora bien, de esa misma doctrina se desprende también que la temporalidad no es imperativa, en la medida que su admisión exige que la fijación de un plazo concreto no determine que se resienta la función reequilibradora que le es consustancial. Y esta exigencia o condición para que pueda limitarse temporalmente su percepción obliga al órgano judicial, a la hora de optar por fijar un límite temporal, a atender a las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas que permiten valorar la «idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico». Queda por tanto dilucidar si la Audiencia, al no fijar límite temporal, se aparta en algún modo de la doctrina anterior. La respuesta ha de ser negativa. Cuando el órgano judicial no niega la posibilidad de fijar límites temporales a la pensión, sino que, como es el caso de autos, son las circunstancias del caso –mencionadas de manera no exhaustiva por el artículo 97 del Código Civil y que han de servir tanto para valorar la procedencia de la pensión como para justificar su temporalidad–, las que, libremente apreciadas por el tribunal e incólumes en casación, determinan que el órgano judicial se decante razonablemente por no señalar un plazo para su percepción, no hay contravención de la doctrina de esta Sala, adoleciendo entonces el recurso de inexistente interés casacional. Téngase en cuenta que la misma doctrina que admite la posibilidad de fijar límites temporales a la pensión compensatoria exige justificar 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. Por ende, cuando la Audiencia, como es el caso, pese a no perder en ningún momento de vista la auténtica naturaleza y función de la pensión compensatoria, omite en sus pronunciamientos la fijación de un límite temporal, y concede una pensión vitalicia, ello responde, como se puede colegir sin dificultad de sus razonamientos, a que las circunstancias fácticas concurrentes en el caso de autos (beneficiaria que cuenta con 50 años de edad, experiencia laboral muy limitada y lejana en el tiempo, dedicación durante 18 años de matrimonio al cuidado de la familia, acreditada contribución de la esposa en la actividad profesional y empresarial de su esposo) conducen a una razonable previsión desfavorable a la fácil reinserción laboral de la perceptora, y, en suma, a la convicción de que no va a poder procurarse en poco tiempo un medio de vida que le permita prescindir de la pensión, siendo ilusorio que pueda lograr por sí misma desenvolverse autónomamente y superar el desequilibrio en un plazo de tiempo determinado, por lo cual, la decisión de mantener la pensión con carácter indefinido se ajusta plenamente a las previsiones legales y doctrinales y no incurre en vulneración alguna. En su virtud, el recurso debe ser desestimado.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Fallecido uno de los cónyuges, la liquidación de la sociedad de gananciales instada por los herederos debe tramitarse ante el juzgado del domicilio del demandado.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, AUTO DE 15 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Logroño se han remitido a esta Sala las actuaciones para la resolución del conflicto negativo sobre competencia territorial planteado de oficio con el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Vitoria.

⊙ Por el Ministerio Fiscal se ha emitido dictamen en el sentido de ser competente el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Logroño.

⊙ El Tribunal Supremo otorgó la competencia al Juzgado de Vitoria.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

En proceso especial de liquidación de la sociedad legal de gananciales, ejercitada por el heredero de la esposa frente al otro cónyuge del matrimonio, resulta competente para su conocimiento el Juzgado núm. 4 de Vitoria, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 50 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), que establecen el fuero general de las personas físicas, determinando que será el del domicilio del demandado. Y no existiendo norma imperativa que determine la competencia territorial, habiendo sido interpuesta la demanda en Vitoria y emplazado el demandado en debida forma sin haber planteado la correspondiente declinatoria, resulta competente para su conocimiento el Juzgado de Vitoria y no los de Logroño.

SUCESIONES

Los actos o acuerdos pre-particionales que vayan configurando la partición no necesitan ser aprobados judicialmente, sin que por tanto tenga que intervenir en ellos el defensor judicial. Una vez realizada totalmente la partición es cuando debe intervenir el defensor judicial y cuando se precisa la aprobación judicial.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Por medio de documento privado otorgado el 25 de febrero de 2000 por don Simón y sus hermanas doña Marcelina, doña Antonia y doña Victoria, actuando don Simón también como tutor de

su hermano don Juan Pedro, acordaron que en el reparto de las herencias de sus padres, se adjudique a doña Victoria, como lote completo que le corresponde a los bienes inmuebles a repartir las siguientes fincas que figuran relacionadas y numeradas en el documento de valoración de las citadas herencias, realizando por el perito don Daniel con fecha 23 de febrero de 1999: A) Finca núm. NÚM000, llamada Pomarada de ..., incluyendo el lagar, excepto una franja de cabida de 1.725 m², que quedará unido al resto de la casa principal, con su cuadra, corraladas y huerta. La franja tendrá una anchura homogénea y se trazará mediante una línea sensiblemente recta y paralela a la fachada Éste de la casa y cuadra: B) Finca núm. NÚM002. C) Finca núm. NÚM003. Por último, se acordó que el cuaderno particional de los bienes inmuebles, en el que se incluirá el lote adjudicado a doña Victoria, se realizaría antes de 15 de marzo de 2000.

⊙ Don Simón, doña Marcelina, doña Antonia, y don Juan Pedro, representado este último por su defensor judicial don Miguel por su estado de incapaz interpusieron demanda de menor cuantía contra su hermana doña Victoria, solicitando se dictase sentencia con las siguientes declaraciones: «A). Declarar que el documento privado de 25 de febrero de 2000 contiene una partición contractual y parcial de las herencias de los padres de las partes relativa exclusivamente a los bienes inmuebles de dichas herencias, y mediante la cual se adjudicó a la demandada y heredera de aquéllos doña Victoria las tres fincas que se citan en el documento privado, con cuya adjudicación, aceptada expresamente por dicha heredera, quedó satisfecha su participación hereditaria en los inmuebles. B) Declarar que la comunidad hereditaria sobre los restantes inmuebles de las herencias de sus padres está integrada solamente por los herederos actores. C) Condenar a doña Victoria a otorgar con los mismos, y en caso de que no lo hiciere se otorgue de oficio, la escritura pública pertinente para individualizar jurídica y registralmente la denominada en el documento particional «Finca núm. NÚM000, llamada Pomarada de la Zampudia», mediante los actos de segregación de la finca registral núm. NÚM001 del Registro de la Propiedad de Villaviciosa, o casería de La Cay, que resulten necesarios de acuerdo a lo pactado en el documento privado del 25 de febrero de 2000 y de la prueba pericial que se practique en este juicio o en ejecución de sentencia».

⊙ Admitida a trámite la demanda y emplazada la mencionada parte demandada, su representante legal la contestó oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando se dictase sentencia por la que se desestimase la demanda y se la absolviese de la misma, con imposición de las costas a los demandantes.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Oviedo dictó Sentencia el 3 de septiembre de 2001 estimando íntegramente la demanda.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 5.ª de la AP de Asturias dictó Sentencia el 6 de junio de 2000 desestimando el recurso interpuesto por doña Victoria.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El único motivo admitido del recurso, denuncia, al amparo del artículo 477.1 de la LEC, la infracción por la sentencia recurrida de los artículos 162.2.º, 163, 299, 309 y 1060, todos ellos del Código Civil. Según la recurrente, el documento privado de 25 de febrero de 2000 es ineficaz por falta de consentimiento del defensor judicial del incapaz don Juan Pedro, nombrado por el Juzgado por Auto de 10 de mayo de 1999, a fin de representarle en la partición de la herencia de sus padres, dado que en la misma existía conflicto de intereses con su hermano don Simón, que era su tutor. Sin embargo, es este último quien realiza la partición en el documento privado, sin intervención alguna del defensor judi-

cial. De todo ello deduce la recurrente la nulidad absoluta del contrato, que puede ser apreciada de oficio por los tribunales. Además, la partición en que intervenga el defensor judicial representando el incapaz debe tener, como presupuesto de eficacia, la aprobación judicial.

Es una realidad incuestionable que don Simón fue nombrado judicialmente tutor de su hermano incapaz don Juan Pedro, y que éste era heredero de sus padres. También lo es que el mismo don Simón solicitó judicialmente el nombramiento de defensor judicial para que representase al incapaz en la herencia de sus padres, por tener intereses opuestos, y que el Juzgado accedió a ello, designando a don Miguel.

Este defensor judicial ha de pedir la aprobación judicial de la partición, si el Juez no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento (artículo 1060, párrafo 2.º del CC). En el caso litigioso no se ha dado esta última circunstancia. Por tanto, una vez realizada la partición es cuando ha de recaer la aprobación judicial, de ningún modo para cada uno de los actos o acuerdos pre-particionales que vayan configurándola. Examinado el documento privado de 25 de febrero de 2000, se observa que no contiene más que un acuerdo por el que se atribuirá en la partición de la herencia en cuanto a los inmuebles un lote de ellos, en pago de su cuota, a la demanda, pero quedaron sin partir los demás bienes, y que dicho don Juan Pedro habría de segregar de una de las fincas que se le adjudicaban una franja de terreno para agregarla a otra finca. Todo lo cual es demostrativo de que no había todavía una partición de la herencia de los padres del incapacitado don Juan Pedro, y nada tenía que presentarse a la aprobación judicial, sólo aquélla cuando se hubiese realizado, que recogería lo acordado en el documento privado. Por todo ello el motivo se desestima.

PATRIA POTESTAD

Si bien efectivamente aparecen datos suficientes para acordar la privación de la patria potestad, el juzgador de instancia, a la vista de que efectivamente y al parecer, según los indicios concurrentes, el padre ha ido evolucionando positivamente, acuerda no la privación de dicha patria potestad, sino su suspensión, pensando en la posibilidad de que en un futuro pueda rehabilitarse la misma, lo cual no es en principio inadecuado.

AP CÁDIZ, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Ercilla Labarta

Se solicita en esta alzada por la apelante, la supresión de la patria potestad del padre don Silvio, sobre el hijo común, y a este respecto el artículo 170 del Código Civil establece que «El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial». Como indica la STS de 24 de abril 2000 «La patria potestad es en el Derecho Moderno, y concretamente en nuestro Derecho positivo, una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el artículo 39.2 y 3 de la Constitución; de tal manera que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño, como dispone el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, incorporada a nuestro derecho interno mediante la correspondiente ratificación. Además, un precepto similar contiene la vigente Ley 1/1996, de 15 de enero, sobre protección judicial del menor (artículo 2). Con la privación a los progenitores de la patria potestad sobre el hijo menor, insuficientemente atendido, no se trata de sancionar su conducta en cuanto al incumplimiento de sus deberes (aunque en el orden penal pueda resultar tipificada y sancionada), sino que con ello lo que se trata es de defender los intereses del menor, de tal manera que esa medida excepcional resulte necesaria y conveniente para la protección adecuada de esos intereses». En el presente supuesto aparece acreditado e incluso recogido en la sentencia de instancia, que efectivamente el padre ha dejado de prestar al menor durante un largo período de tiempo cualquier clase de apoyo material y emocional, con las consiguientes repercusiones en el desarrollo psicológico del menor, ocasionándole una serie de perjuicios. Si bien efectivamente aparecen datos suficientes para acordar la privación de la patria potestad, el juzgador de instancia, a la vista de que efectivamente y al parecer según los indicios concurrentes, el padre ha ido evolucionando positivamente, acuerda no la privación de dicha patria potestad, sino la suspensión de la misma, pensando en la posibilidad de que en un futuro pueda rehabilitarse la misma, lo cual no es en principio inadecuado, ya que ningún problema o perjuicio se le ocasiona al menor, en cuanto que la suspensión de la patria potestad tiene los mismos efectos prácticos que la privación de la misma, pues conforme al artículo 170,2 citado «Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación».

GUARDA Y CUSTODIA

Dado que, según el informe pericial, el deseo del hijo de 14 años de convivir con su padre transciende a una simple compatibilidad de aficiones y caracteres, no existiendo ninguna razón objetiva ni subjetiva para considerar inhábil al citado progenitor, no parece aconsejable imponer el mantenimiento de una convivencia con la madre que, al menos por el momento, el hijo no desea. No es obstáculo que los otros dos hijos menores permanezcan con la madre.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María Amparo Ivars Marín

Es objeto del presente recurso la revisión del pronunciamiento de la sentencia relativo a la guarda y custodia de los hijos comunes del matrimonio. La atribución de la guarda y custodia de los menores a uno u otro progenitor debe resolverse atendiendo al principio de beneficio e interés de hijo menor, auténtica pauta de conducta que viene contenida en la declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Dicho principio ha tenido proyección en nuestra legislación en diversos preceptos –artículos 92, 93, 94, 103.1, 154, 158 y 170 del Código Civil–, así como en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno-filiales o tutelares, de forma que constituye un principio fundamental y básico orientador de la actuación judicial que concuerda con el constitucional de protección integral de los hijos (artículo 39.2 de la Constitución Española). Por tanto, la decisión de los Tribunales en esta materia habrá de ir encaminada a procurar asegurar una forma de guarda y custodia lo más equilibrada posible que garantice el más adecuado desarrollo psíquico y social de los menores.

En el caso de autos la progenitora combate el pronunciamiento de la sentencia que, modificando la custodia materna consensuada por los cónyuges al tiempo de la separación, otorgaba al padre la custodia del hijo Juan Ramón, de 14 años de edad. Por su parte, el padre pretende que se revise la sentencia para que le sea otorgada también la custodia de Rocío y de Arturo, de 13 y 7 años de edad respectivamente.

Tras el examen de las presentes actuaciones bajo la óptica de la doctrina antes expuesta, ha de llegarse a la misma conclusión de la juzgadora de instancia.

El exhaustivo informe pericial psicológico obrante a los folios 78 a 96 puso de manifiesto que ambos progenitores resultaban idóneos para responsabilizarse y hacerse cargo de sus hijos –página 17 del informe obrante al folio 95– destacando la perito que mientras que Juan Ramón, de 14 años de edad, se posiciona más cercano al padre, a quien considera víctima de la separación, los hermanos Rocío y Arturo se muestran vacilantes y confusos debido a la influencia que sobre ellos tiene su hermano mayor. Aun siendo cierto que la perito concluye que con carácter previo a modificar la custodia materna debería restablecerse la deteriorada relación materno-filial, especialmente con Juan Ramón, no puede hacerse abstracción del hecho de que nos encontramos con un adolescente que próximamente cumplirá quince años de edad y que de forma contundente manifestó, no sólo a la perito sino también a la juez *a quo*, su deseo de convivir con su padre, aun cuando se mostró favorable a mantener contacto con su madre con el correspondiente régimen de visitas. Dado que según el informe pericial el deseo de Juan Ramón de convivir con si padre transciende a una simple compatibilidad de aficiones y caracteres –página 16 del informe folio 94 de autos–, y no existiendo ninguna razón objetiva ni subjetiva para considerar inhábil al progenitor Sr. Millán, no parece aconsejable imponer el mantenimiento de una convivencia con la madre que, al menos por el momento, Juan Ramón no desea.

Con respecto a Rocío y Arturo, ni del informe pericial ni de ninguna otra prueba se aprecian razones que justifiquen, hoy por hoy, un cambio de custodia pues, a diferencia de lo que ocurre con Juan Ramón, no se aprecia en los menores una firme voluntad de dejar de convivir con la madre, sin que, por otra parte, el hecho de vivir separados los hermanos suponga una dificultad para su comunicación, pues los fines de semana estarán todos juntos y en compañía del mismo progenitor. Por último, recordar a ambos progenitores la obligación que tienen de favorecer un ambiente relajado con los menores, en el que se facilite el adecuado contacto de los hijos con el progenitor con el que no convivan.

En atención a las consideraciones que anteceden procede desestimar los recursos de apelación interpuestos.

GUARDA Y CUSTODIA

Se atribuye la custodia a la madre dado que el menor tiene condicionada o mediatizada su voluntad por parte del padre y está siendo víctima de un síndrome de alienación parental, indisponiéndolo contra su madre y familia materna; viéndose envuelto en un severo conflicto emocional ante las disputas de los padres que está interfiriendo en su proceso de maduración emocional.

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Andrés Palacios Martínez

En lo que respecta a la pretensión revocatoria articulada a través del recurso interpuesto y referida a que se le atribuyese expresamente la guarda y custodia del hijo menor de edad de referencia habido durante el matrimonio y de 16 años de edad en la actualidad; habrá de analizarse en el caso de autos si se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta para la fijación de la medida cuya modificación se interesa. En este sentido y con carácter previo hemos de precisar, que el principio rector en cuanto a la adopción de la medida de atribuir la guarda y custodia del precitado menor, no puede ser otro que la salvaguarda del interés superior y preferente del mismo frente a cualquier otro, incluido el de sus propios padres; principio consagrado tanto en la normativa supranacional (Convención de los Derechos del Niño), como en nuestra legislación en diversos preceptos del Código Civil (artículos 92, 93, 94, 103.1, 154, 158 y 170), Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, y en general, 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. Así las cosas, tras el análisis de la prueba practicada, informes periciales aportados y el emitido por el Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia se deduce, que si bien es cierto, que en virtud de convenio regulador suscrito por las partes y aprobado por sentencia de divorcio dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de esta ciudad con fecha 19 de diciembre de 2005 se estableció la guarda y custodia compartida de los hijos menores habidos durante el matrimonio que convivirían de forma habitual con la madre; también lo es, que ante las discrepancias existentes entre madre e hijo, este último desde abril de 2005 ha estado conviviendo regularmente con su padre y actor Sr. Carlos Ramón; sin embargo, reiterándonos en el análisis del informe aportado y emitido por el Equipo Psicosocial (no olvidemos, asimismo, la exploración del menor en audiencia privada ante la Juez *a quo*) se desprende, no sólo que el mismo tiene condicionada o mediatizada su voluntad por parte del padre y está siendo víctima de un síndrome de alienación parental, indisponiéndolo contra su madre y familia materna; sino que como consecuencia de dicha instrumentalización se está viendo envuelto en un severo conflicto emocional ante las disputas de los padres que está interfiriendo en su proceso de maduración emocional. En consecuencia, esta Sala considera adecuada y ponderada la decisión de atribuir la guarda y custodia del menor de referencia a la madre Sra. María Teresa, manteniendo el régimen de comunicación y visitas vigente a favor del padre y con la obligación de asistir a la Unidad de Salud Mental del Hospital Universitario Virgen Macarena dada la conflictividad grave existente entre ambos progenitores y para favorecer unos contactos lo más racionalmente posibles y que no dificulten la relación con ninguno de ellos, así como propiciar unos mayores vínculos afectivos tendentes a conseguir un correcto, armónico y equilibrado desarrollo del precitado menor con unos referentes parentales adecuados. Así las cosas, esta Sala asume y comparte la fundamentación jurídica recogida por la Juez *a quo* en la resolución recurrida, que responde a una valoración objetivamente razonada, correcta y aséptica de la prueba practicada y que no resulta ilógica ni contraria a las reglas de la sana crítica llegando a idéntica conclusión que aquélla y ello con independencia de que dada la edad del menor y de persistir el grado de conflictividad pudiera instarse otras alternativas jurídicas como la emancipación apuntada por el Ministerio Fiscal en el acto de la vista, pero siempre desde la perspectiva de la salvaguarda del interés superior y preferente del mismo. 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.

GUARDA Y CUSTODIA

La oposición expresa del Ministerio Fiscal a la custodia compartida hace inviable dicho pronunciamiento.

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Alcalá Navarro

Respecto a la guarda y custodia compartida, que venía siendo aplicada jurisprudencialmente hasta su reconocimiento legislativo en la reforma de la Ley 15/2005, de 8 de julio, requiere como requisito para su adopción por el tribunal, según el apartado 5 del artículo 92 del Código Civil, que así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento, lo que no ocurre en el presente caso, y si bien el apartado 8 contempla otra posibilidad excepcional, aunque no existiese tal acuerdo, a instancia de una sola de las partes, precisaría el informe favorable del Ministerio Fiscal, y esto no sólo no sucede en el caso que nos ocupa, sino que el Ministerio Público al formular su oposición al recurso, se opone expresamente a la guarda y custodia compartida dadas las relaciones existentes entre los progenitores y la ausencia de justificación para ello dadas las circunstancias concurrentes. Estamos, por tanto, ante la disyuntiva de padre o madre para confiar la guarda y custodia de las dos hijas menores, de corta edad, que la sentencia apelada ha confiado a la última en base al informe de la psicóloga adscrita al Juzgado de Familia, que lo considera más oportuno para el correcto desarrollo psicoafectivo y emocional de las menores; la parte apelante no añade otros argumentos que la superioridad de la evaluación individual del padre en el referido informe frente al de la madre, lo que no es óbice a la decisión de que permanezca con esta última, con quien han estado desde su nacimiento y cuyas capacidades son suficientes para el cuidado de las menores, tarea en la que se encuentra apoyada por los abuelos maternos, que cubren los períodos en que la madre tenga que atender su trabajo, y la atribución a ésta de la guarda y custodia implica automáticamente el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella, por disponerlo así el párrafo primero del artículo 96 del Código Civil, sin dar opción a otras propuestas alternativas, lo que no obsta a que las cargas económicas que acarrea dicho inmueble, pago aplazado del mismo y cargas fiscales, hayan de ser compartidas por ambos cónyuges.

GUARDA Y CUSTODIA

Se otorga la custodia a la madre ya que, según el informe pericial, tiene más presencia en cuestiones propias del ámbito doméstico y más interés por la marcha de los estudios.

AP VIZCAYA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Ignacio Olaso Azpiroz

La anterior decisión obliga a este Tribunal a pronunciarse sobre a cuál de los dos ex cónyuges se le adjudica la guarda y custodia de Lorenzo lo que, a su vez, lleva aparejada como inevitable secuela, la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar (*ex* artículo 96 del Código Civil), la fijación del régimen de visitas para el cónyuge no custodio (*ex* artículo 94) y la de los alimentos a cuyo pago este último queda obligado (*ex* artículo 93).

Y la decisión no deja de ser complicada en el presente caso ya que, teniendo como finalidad la adjudicación de la custodia el supremo interés del menor, el informe del especialista psicólogo revela que al niño no se le iba a ocasionar especial perjuicio si es custodiado por uno o por otro ya que, de un lado, Lorenzo muestra sintonía, afecto y proximidad con ambos y, de otro, tanto doña Clara como don Íñigo han demostrado capacidad, interés y predisposición para hacerse cargo de la custodia en disputa.

Puestos en este trance, nos inclinamos por otorgar la guarda y custodia a doña Clara quien, según

el perito Sr. Pedro Enrique, tiene más presencia en cuestiones más propias del ámbito doméstico como la alimentación, vestido, etc.; también la tiene, según la impresión que se deduce de los respectivos interrogatorios, en cuanto a interés por la marcha de los estudios, hablar con los profesores, visitas a los médicos, etc.; mientras que don Íñigo la tiene más orientada a parcelas como vacaciones, juegos, ayuda escolar facilitada por su profesión de maestro/logopeda, etc., las que perfectamente pueden ser desempeñadas y desarrolladas en los períodos de comunicación y visitas que, de forma amplia, se van a establecer; con independencia de lo anterior, hay datos (interrogatorio de las partes, informe pericial en alguno de sus apartados, etc.) que hacen fomentar la sospecha de que una ligera mayor proximidad de Lorenzo con su padre de la que habla el perito pueda ser debida, precisamente, a que el contacto entre padre e hijo se produce en mayor medida con ocasión compartir momentos habitualmente agradables (como vacaciones, juegos, etc.), así como que esa mayor cercanía entre padre e hijo se ha iniciado sólo a partir de que doña Clara tomó la iniciativa de divorciarse, ya que el perito habla de una «competición parental positiva»; quedando, por tanto, absolutamente indeterminado lo que ocurriría, en el supuesto de adjudicar la custodia al padre, cuando la situación se «normalizase» tras el divorcio, con las medidas ya definitivas y cuando padre e hijo compartieran también los momentos «desagradables» de la vida ordinaria y del ejercicio de autoridad que forzosamente aquél tendría que desempeñar.

GUARDA Y CUSTODIA

Se atribuye la guarda y custodia de los hijos al padre ya que conviven con él desde la separación de hecho, no habiéndose acreditado la existencia de ningún síndrome de alineación parental.

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Rafael Márquez Romero

Como hemos declarado en reiteradas ocasiones cualquier medida que se adopte respecto de los hijos menores del matrimonio ha de venir condicionada por la perspectiva que permita dilucidar qué sea más favorable para el menor (*favor filii*), y por lo tanto prescindiendo de los particulares intereses de los progenitores, pues así lo dispone el artículo 92 del Código Civil, norma que habilita al Juez para, en función de la situación de hecho que resulte probada, decidir sobre la atribución de la guarda y cuidado al progenitor que se encuentre en mejor situación para cumplir con el deber propio de la patria potestad respecto de los hijos. En este sentido declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2003 que en estos supuestos a lo que ha de atenderse es al mayor beneficio del menor, al que, en los casos de crisis y separación de sus padres, se les coloca en una posición difícil de optar por uno u otro, por lo que, a falta de acuerdo común, la Ley traspasa al Juez la siempre difícil solución de decidir cuál de los progenitores ha de asumir el cuidado y custodia (artículo 159) y en el presente caso de las pruebas practicadas en la primera instancia ha de estimarse acreditado que el padre ha venido dedicándose al cuidado de la hija mayor desde la separación de hecho y del hijo desde la fecha del auto de medidas provisionales, quedando acreditada la capacitación tanto del padre como de la madre para el cuidado de la menor, sin que, por otra parte, se haya acreditado que se haya producido en los menores un síndrome de alineación temporal como se alega en el escrito de interposición de recurso, no apreciándose el mismo en el informe psicológico practicado en la primera instancia en el que sí se observa un tensa y problemática relación familiar en la que se encuentran inmersos los menores que manifestaron expresamente su deseo de que sus padres «dejen de pelear y puedan estar tranquilos», tampoco se aprecia la existencia de este síndrome en la exploración de los menores practicada en la primera instancia en la que, como se declara en la sentencia apelada pronuncian «de manera clara y decidida su voluntad de continuar conviviendo con su padre» aun cuando se manifieste en la sentencia que «sus razones son pobres y las recriminaciones hacia su madre son en algunos momentos absurdas y hacen pensar en que por desgracia los menores han entrado en el juego de reproches entre sus padres y se han posicionado finalmente a favor de uno de ellos», debiendo tenerse en consideración que la hija mayor permaneció en la custodia del padre desde el momento de la separación de los cónyuges, sin que pueda afirmarse que en esta decisión pudiera tener influencia el alegado síndrome de

alineación parental, y uno de los criterios que ha de tenerse en cuenta de modo relevante en la atribución de la guarda y custodia sobre los hijos, dada su formulación legal expresa (artículo 92.5 *in fine* del Código Civil) es el de procurar no separar a los hermanos con el claro designio de no agravar más aún la situación afectiva y de ruptura o desintegración de los lazos familiares que de por sí genera la separación de los progenitores, mediante la separación de los hermanos que, en general, y salvo circunstancias excepcionales que la hagan necesaria, debe ser en principio evitada.

GUARDA Y CUSTODIA

Se estima la demanda de modificación de medidas y se atribuye al padre la custodia del hijo al ser la única medida posible para lograr la normalización de la relación paterno-filial al haber fracasado el cumplimiento del régimen de visitas no existiendo ninguna causa objetiva que impida esta relación.

AP VIZCAYA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña Lourdes Arranz Freijó

La parte demandante, progenitora custodia, presentó demanda de modificación de medidas adoptadas en el procedimiento de modificación de medidas definitivas 1.577/02 del Juzgado de Primera Instancia 14, solicitando la suspensión del régimen de visitas establecido en tal resolución en favor del padre del menor K.

El demandado se opuso a la anterior pretensión y por medio de reconvención solicitó que le fuera atribuida la guarda y custodia de dicho menor.

La sentencia de instancia, desestima la demanda y estima la reconvención atribuyendo al padre la guarda y custodia del menor K, estableciendo un régimen de visitas a favor de la madre y la obligación de la misma de contribuir a los alimentos de su hijo en un importe de 240 euros mensuales y la mitad de los gastos extraordinarios.

Frente a dicho pronunciamiento se alza la parte demandante, solicitando la revocación del pronunciamiento de guarda y custodia, al discrepar de la valoración del resultado de la prueba que se realiza en la sentencia de instancia, afirmando como punto de partida la inexistencia de un denominado síndrome de alineación parental en el menor.

Así, y en concreto, no se comparte la valoración que se efectúa de la Sentencia absolutoria de la segunda instancia del procedimiento penal seguido frente al padre recurrido.

Se niega que la oposición al régimen de visitas establecido en la sentencia de separación tenga su origen en la influencia de la madre y sí sólo en la propia iniciativa del menor, siendo dicho menor el que sin ningún tipo de presión ni manipulación es capaz de decidir sobre el hecho de no querer ver a su padre.

Se concluye por la recurrente que el cambio de custodia establecido, supone un castigo impuesto al menor que en nada le beneficia, tal como se pone de manifiesto en las comunicaciones que dicho menor ha remitido al Juzgador de la instancia.

Finalmente en el acto de la vista se insiste en la inexistencia del denominado síndrome de alineación parental, apoyando tal alegación en la Sentencia absolutoria dictada por la Sec. 6.ª de esta Audiencia, en el proceso penal seguido frente a la madre.

Se afirma que la terapia de choque establecida en la sentencia de instancia no ha modificado la inicial situación, perjudicándose al menor al que se está ocasionando un gran sufrimiento, habiéndose evidenciado a través de los informes emitidos por el Punto de Encuentro con posterioridad a la sentencia, que la conducta de la madre no es obstruccionista sino favorecedora de la relación, reiterando por tanto que debe ser tenida en consideración la voluntad de un adolescente de catorce años.

La parte demandada y el Ministerio Fiscal interesan la confirmación de la sentencia.

Dado el motivo de recurso articulado, debe recordarse que esta Sala tiene dicho con reiteración que la ponderación probatoria corresponde de forma primera y primordial al Juzgador de instancia que, sabido es, opera con las ventajas que confieren la inmediación, oralidad y contradicción, de manera que en esta alzada, y a pesar del conocimiento pleno que de la cuestión tiene el Tribunal de apelación, éste se limita a verificar si en la valoración conjunta del material probatorio, el Juez de origen se ha comportado de forma ilógica, arbitraria o contraria a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica.

Igualmente deberá valorase por esta Sala la prueba incorporada en esta segunda instancia, en concreto los informes emitidos por el Punto de Encuentro con posterioridad a la Sentencia de instancia, y ello en aplicación de lo dispuesto en el artículo 752.1 de la LEC, al tratarse la de guarda y custodia, de una materia de orden público por afectar a menores de edad.

También debe recordarse, que toda la valoración de la prueba practicada deberá ir dirigida a obtener la conclusión que resulte más beneficiosa para el menor, cuyo interés es el que en todo caso debe ser protegido.

Adentrándonos por tanto en la función revisora que a esta Sala le corresponde realizar, en primer lugar debe precisarse que no compartimos la afirmación de la recurrente de que el fundamento de la decisión del Juzgador de la instancia de proceder al cambio de guarda y custodia del menor, sea la existencia de un denominado síndrome de alienación parental, pues en ningún momento del contenido de dicha resolución se realiza tal diagnóstico, por lo que todas las alegaciones de la recurrente negando la existencia de tal síndrome y su cuestionamiento a nivel científico, en nada inciden y en nada desvirtúan los razonamientos que llevaron al Juzgador de la instancia a adoptar el pronunciamiento que hoy es objeto de recurso.

Y es que lo decisivo, en el supuesto de autos, no es tanto el determinar si existe o no una manipulación del menor por parte de su progenitora, sino si el rechazo, que a todas luces el menor manifiesta hacia su padre tiene alguna base objetiva, que lo justifique y de ahí se pudiera derivar un perjuicio para el menor que aconsejara la supresión del régimen de visitas hasta ahora vigente.

Si se determinara que no existe ninguna base objetiva que lo justifique, la posible manipulación de la madre o su entorno sobre el menor, sí tendrá incidencia, a la hora de adoptar el pronunciamiento más adecuado en orden a propiciar y lograr una relación padre e hijo satisfactoria, pues no hay que olvidarse, y eso aquí no se cuestiona, de que hay que partir de que la existencia de tal relación beneficia al menor y por ello se estableció un régimen de visitas, tras recabar el informe de especialistas que así lo aconsejaron.

Pues bien en este aspecto, y dada la materia objeto de litigio, cobra especial relevancia la prueba pericial realizada, por el equipo psicosocial adscrito al Juzgado, pues goza de todas las garantías de objetividad e imparcialidad.

La perito psicóloga, que depuso en el acto del juicio, concluye que el rechazo de K hacia su padre, se basa en un razonamiento moral preconvencional, que busca su castigo retributivo, que no admite matices, demostrando tal falta de ambivalencia una aptitud que se corresponde con edades más infantiles.

Entendemos que la supresión de toda relación entre un padre y un hijo, no puede sustentarse en el juicio moral, espontáneo o inducido, que un menor haya establecido sobre su progenitor.

Pero es que además en el supuesto de autos, tal juicio de moralidad está basado en unos hechos que jurídicamente son inexistentes desde el punto de vista del Derecho Penal, al existir una sentencia absolutoria que así lo ha establecido, no mereciendo reproche alguno la conducta enjuiciada, y por tanto no puede tomarse en consideración, para en base a ella construir la razonabilidad del rechazo del hijo hacia su padre.

La misma conclusión de que el rechazo de K hacia su padre no se sustenta en otras bases que no sean un discurso aprendido, y estereotipado, alcanza la terapeuta del Punto de Encuentro, profesional cuya objetividad está también fuera de duda.

Tales conclusiones, no se ven desvirtuadas por la prueba que se practicó a instancias de la hoy recurrente, pruebas periciales psiquiátricas y psicológicas, que no gozan de las suficientes garantías de objetividad e imparcialidad para que sus conclusiones puedan desvirtuar las alcanzadas por quienes, como ya hemos dicho, son profesionales cuya objetividad está fuera de duda.

En este aspecto, y por lo que se refiera a la prueba pericial psiquiátrica emitida por el Sr. Or., nos remitimos a lo que ya hicimos constar en el Auto dictado por esta misma Sala el 9 de noviembre de 2005, sobre la parcialidad en la obtención de los datos para la elaboración del informe, ya que el realizado en este procedimiento incide en el mismo defecto, lo que es trasladable al informe de la psicóloga Oh. B.

Por eso la rotundidad con que ambos apoyan la conclusión de que debe respetarse en todo caso la voluntad del menor, acordando un distanciamiento de su padre, no está lo suficientemente fundada pues hace caso omiso de todos los aspectos relativos al otro interviniente en la relación, el padre, y a sus circunstancias y sobre todo olvidan, como ya hemos dicho, que lo hechos en los que el menor construye su rechazo, son inexistentes y de ello debe partirse.

Por tanto, si no existe ningún motivo objetivo, que justifique que el menor K no pueda tener una relación normalizada con su padre, habrá de examinarse si la solución adoptada por el Juzgador de la instancia para lograr tal normalización, que necesariamente ha de repercutir positivamente en su desarrollo y en su formación integral, es, además de acorde al resultado de la prueba practicada, la más beneficiosa para dicho menor.

Pues bien, de acuerdo a lo ya expuesto, y descartada por ausencia de justificación, al no haberse probado que el régimen de visitas perjudique al menor, la supresión de tal régimen, entendemos que la solución adoptada por el Juzgador de la instancia se presenta como la más adecuada a la presente situación, pues a la vista de lo acontecido, durante la ejecución de las visitas acordadas en los autos de separación, se evidencia que la madre no se muestra capaz de garantizar, que a través del régimen de visitas hasta ahora establecido se pueda lograr la normalización de la relación padre e hijo, lo que como ya hemos dicho, es el objetivo a lograr por estar convencidos de que ello, de conseguirse, le beneficiaría claramente, ya que según el criterio de la perito judicial, K necesita obtener datos suficientes y contrastados de su propia experiencia, construyendo una relación con su padre de manera real.

La madre del menor no nos ofrece las debidas garantías, porque además de que todo parece indicar que el discurso en el que K se escuda para no ver a su padre, no puede ser de su exclusiva elaboración y sí muy influido por el entorno en el que ha vivido durante todos estos años, su actitud no ha sido nada favorecedora del régimen de visitas establecido, permitiendo que el menor tomara una serie de decisiones que no le correspondían, tales como llamar al Punto de Encuentro para cancelar visitas, y reforzándole en su negativa a visitar a su padre, interponiendo al efecto múltiples recursos y procedimientos, y dificultando de forma activa que el padre pudiese articular una prueba pericial similar a las que ella ha incorporado en defensa de sus intereses; circunstancias todas ellas que desembocaron en el absoluto fracaso del régimen de visitas establecido en la sentencia cuya modificación se pretende.

La prueba incorporada en esta segunda instancia (informes del Punto de Encuentro y cartas de K), en nada incide sobre lo ya concluido.

No es ninguna novedad y además era totalmente previsible, que K se opusiera a la custodia de su padre, y reiterara su discurso de enfrentamiento, pero no existe ninguna evidencia que nos indique que la situación de K haya empeorado, no habiendo transcurrido todavía un período de tiempo lo suficientemente largo, como para poder examinar los efectos de la medida adoptada, pudiendo sin embargo afirmarse tal como sostuvo el Ministerio Fiscal que podríamos encontrarnos en un escenario mejor, pues lo cierto es que ahora K, que se encuentra ya en una fase de régimen de visitas ordinario con su madre, se relaciona con ambos progenitores.

Compartimos por tanto, la valoración del resultado de la prueba y la conclusión del Juzgador de la instancia de que ante el fracaso de reiniciar la relación padre e hijo a través de un régimen de visitas, la única vía que se presenta como idónea para intentar una vez más articular una relación real, es la de otorgar al padre la guarda y custodia, siendo así mismo conscientes de la dureza de la situación que debe atravesar K, pero a pesar de ello, ratificaremos tal guarda y custodia, con el convencimiento de que su interés así lo demanda.

GUARDA Y CUSTODIA

Se revoca la custodia compartida acordada por el juzgado ya que el menor sólo tiene tres años, y la Sala considera que esta edad es insuficiente para asegurar que ese cambio mensual de *status* de vida con uno u otro progenitor no afecte al desarrollo de su incipiente personalidad.

AP CÓRDOBA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Puebla Povedano

El único motivo de apelación viene referido al régimen de custodia compartida que establece la sentencia apelada respecto del menor de 3 años de edad, único hijo del matrimonio divorciado.

En este punto es ya axiomático el principio *pro filii* que exige que el criterio dominante de la opción que se elija no puede ser otro que el del interés prudente del menor. Dos son las soluciones habitualmente adoptadas en la concreción de las medidas de guarda y custodia de los menores, la fijación de un sistema de custodia individual, y la compartida.

La primera es la que predomina en la práctica habitual de los Tribunales que ordinariamente otorgan una custodia convivencial a uno solo de los progenitores estableciendo un régimen más o menos amplio de visitas para el otro, y la experiencia práctica demuestra que lo frecuente es que la custodia del menor sea asumida por la madre.

La otra opción es la llamada custodia compartida que es la que ahora nos ocupa, que ha generado un amplio debate tanto doctrinal como jurisprudencial y que fue regulada en España en 2005, en su doble modalidad de convencional o judicial, de modo que en la práctica la custodia compartida se acuerda generalmente en los procedimientos consensuados ya que sólo en ellos existe una relación de buena avenencia entre los progenitores propiciadora de la armonía entre ellos para la educación y formación de los hijos. En los procedimientos contenciosos, como el presente, es muy excepcional el establecimiento de esta medida.

A partir de ahí, hemos de examinar la procedencia de la medida adoptada al acceder a la guarda y custodia compartida, expresión poco afortunada pues los padres no custodian ni guardan a sus hijos sino simplemente los tienen en su compañía. Tampoco es demasiado acertada la expresión «compartida» que tiene un claro componente de simultaneidad y de ejercicio que evidentemente no se da pues los padres no conviven juntos. Por ello, la doctrina propone como más acertada la expresión «custodia alternativa o custodia sucesiva». Pero prescindiendo del tema terminológico, hemos de partir de la vigente regulación del tema que se encuentra en el artículo 92.8 del CC redactado conforme a la Ley 15/2005, de 8 de julio, que dice «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».

Destaca, en primer lugar, la interpretación literal del texto legal el carácter excepcional de la medida, lo que en el Diccionario de la Lengua equivale a «que se aparte de lo ordinario o que ocurre rara vez», lo que a nuestro juicio trae como consecuencia que la interpretación o, por mejor decir, las dudas que puedan surgir en la misma, ha de ser restrictiva.

Pero es, reiterando su criterio, el legislador lo refuerza exigiendo que la decisión judicial ha de estar fundamentada en que sólo de esta forma se protege el interés del menor, es decir que condiciona la aplicación de la medida a la concurrencia de determinadas circunstancias básicas que debidamente ponderadas aconsejen la guarda y custodia compartida a la que se le da el carácter de última opción.

De esta manera se añade un plus, al quedar normativizado no sólo el carácter excepcional, sino, además, que el sistema es subsidiario y último, con ello se coloca al juzgador ante una construcción jurídica y de reflejo probatorio dirigido a justificar no sólo el bienestar del menor con este régimen sino que solo él (al régimen) es el único posible para su adecuada protección, lo cual es sumamente difícil. En menos palabras se pronuncia la Sentencia de la AP de Zaragoza Sec. 4.ª de 14 de noviembre de 2006, al decir que «el interés del menor no se representa como el parámetro que defina la custodia compartida sino que hará falta algo más; que sea la única forma de proteger adecuadamente aquel interés».

Aplicando todo ello al caso de autos, es evidente que existe una clara confrontación de intereses entre el padre y la madre cuyos intereses, como ha comprobado la psicóloga, tienen aspectos positivos y negativos. Tanto la sentencia recurrida como el informe del Ministerio Fiscal tienen un alto rigor científico al examinar las ventajas (no los inconvenientes) del sistema; pero en cualquier caso es evidente que no concurren los presupuestos legales para decretar la custodia compartida a los que nos hemos referido pues puede que sea beneficiosa para el menor, pero no es la única fórmula posible para su adecuada protección.

Había que hablar en primer lugar de la edad del niño, que sólo tiene tres años, que esta Sala considera insuficientes para asegurar que ese cambio mensual de *status* de vida con uno u otro progenitor no afecte al desarrollo de su incipiente personalidad.

En segundo término no queda probado que el padre pueda atender suficientemente en todas sus necesidades, pues una cosa es tenerla de visita u otra convivir con el niño permanentemente aunque no sólo fuera del horario escolar.

Aparte de ello; otro valor que se impone es salvaguardar la estabilidad emocional del menor lo que, reiterando el informe de la psicóloga, podría quedar en entredicho en este caso en que los progenitores mantienen posiciones encontradas sobre múltiples aspectos de la convivencia y de la evolución del niño (SS de la AP de Valencia de 11 de mayo de 2001, y de esta misma Sala de 14 de julio de 2003) que se vería seriamente afectada con los continuos cambios de domicilio.

GUARDA Y CUSTODIA

Resulta contraproducente que el padre pida el cambio de custodia y no cumpla el régimen de visitas y que, según la declaración de una de las profesoras, no haya asistido nunca al centro escolar para interesarse por el progreso de su hijo.

AP CÁCERES, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Salvador Castañeda Bocanegra

Una primera pretensión del demandante es que se extinga la guarda y custodia que la sentencia de divorcio fijó a favor de doña Gema y se le atribuya al actor. Las razones aducidas son que la demandada ha descuidado los deberes que le corresponden con respecto a su hijo menor, en la actualidad de 12 años de edad. Y ello por cuanto que, el menor permanece en la calle hasta altas horas de la madrugada y se ha iniciado en el consumo de drogas, así como que tiene un bajo rendimiento escolar.

No obstante el motivo alegado, no existe en las actuaciones prueba fehaciente de que dicho menor permanezca en la calle hasta altas horas de la madrugada ni que tampoco a esta corta edad se haya iniciado en el consumo de drogas. Por el contrario existe, unas pruebas respecto a su presente situación escolar constituida por una certificación del centro donde estudia acreditativa de que sus notas son deficientes, que desatiende las explicaciones de los profesores y por tal causa perjudica al resto de los compañeros. Ahora bien, compagina mal con este deseo del apelante de que por las circunstancias expuestas se le conceda la guarda y custodia del menor el hecho de que don Silvio no cumpla el régimen de visitas y que según la declaración de una de las profesoras no haya asistido nunca al centro escolar para interesarse por el progreso de su hijo, siendo que estas funciones las cumple por el contrario la madre.

Asimismo es de vital importancia para la debida resolución del tema que nos ocupa, el informe pericial psicosocial obrante en las actuaciones. En este informe y con respecto al perfil del menor nos indica que observan problemas de conducta en el centro escolar pero que esto se debe a la situación de conflicto familiar que padecen sus progenitores. Y también se pone de manifiesto en dicho informe que el menor orienta su preferencia convivencial hacia la madre con la que se encuentra más unido, y culpa al padre de la ruptura familiar y de la situación judicial actual. De ahí que el equipo psicosocial concluya que por el momento sea la madre a la que se conceda la guarda y custodia del hijo hasta en tanto el progenitor masculino se implique más activamente en la vida del menor.

En otro orden de cosas es de reseñar que la finalidad perseguida por el padre de que los hermanos estén unidos, por el momento es incompatible, de una parte por el hecho de que el hijo mayor se encuentre empadronado en la localidad de Casas de don Antonio y no en Cáceres; y de otro porque el padre no tiene una vivienda adecuada para que pueda convivir el grupo familiar, puesto que en la actualidad vive en la vivienda de la persona con la que mantiene relación sentimental que a mayor abundamiento tiene otro hijo de su anterior matrimonio, lo que dificulta enormemente que pudieran convivir en la misma casa los dos hijos de don Silvio.

Lo expuesto nos lleva a que este primer motivo de oposición deba decaer.

GUARDA Y CUSTODIA

Se acuerda mantener la custodia compartida, si bien ampliando el período de estancia del hijo con cada progenitor que pasa a ser de tres meses.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ángel Chamorro Valdés

Para el análisis de las cuestiones suscitadas hay que tener en cuenta que esta Sala ha afirmado que la posibilidad contemplada en el inciso final del artículo 91 del Código Civil no implica una derogación de los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada que rigen en todo procedimiento civil, ya

que dicho precepto no permite la revisión arbitraria de resoluciones firmes subsistiendo las mismas circunstancias que las determinaron, y sí cuando las medidas acordadas se revelen como ajenas a la realidad subyacente por haber experimentado una sustancial mutación los factores concurrentes en su momento, no prevista entonces y ajena a la voluntad de quien insta la referida modificación y requiere la concurrencia de las siguientes circunstancias: que las alteraciones sean verdaderamente transcendentes, fundamentales y no de escasa o de relativa importancia, que sean permanentes o duraderas y no coyunturales o transitorias, que no sean imputables a la simple voluntad de quien insta la modificación y que no hubieran sido previstas por los cónyuges o el Juzgador en el momento en que fueron establecidas.

Los litigantes que son privilegiados conocedores de la realidad familiar en la cláusula tercera del Convenio de 27 de septiembre de 2004 aprobado por la Sentencia de 21 de junio de 2005 establecieron que el menor permanecerá en compañía de cada uno de ellos en meses alternos.

La guarda y custodia compartida establecida en dicho Convenio estaba plenamente justificada. Así en el informe pericial fechado el 14 de abril de 2005 (folios 74 al 80 ambos inclusive) se afirma que también existen muchas premisas que indican que en esta situación familiar, la guarda y custodia compartida puede ser beneficiosa para el menor, pues las pautas de actuación en la crianza y educación de Carlos Manuel no son divergentes, y existe un equilibrio entre los progenitores sin actitudes de reproches, existiendo una relación fluida y correcta. Se preserva la continuidad y estabilidad de la vida familiar del menor, teniendo siempre presente a las dos figuras paternas, y este hecho se está produciendo desde hace un año. Por otro lado existen también condiciones favorables de proximidad entre ambos progenitores pues viven uno muy cerca del otro en el mismo barrio y esto hace más fácil la comunicación así como que la distancia hasta la guardería es igual de un domicilio a otro. Además desde la guardería informan a los padres de que el menor no presenta ni ha presentado ningún problema de adaptación, ya que no manifiesta ninguna actitud de rechazo a esta situación, en la que lleva viviendo cerca de un año.

Y no ha quedado probado que desde que se dictó la sentencia citada haya acontecido un hecho que aconseje al establecimiento de la guarda y custodia exclusiva a favor de cualquiera de los progenitores.

Así en el informe pericial de 6 de noviembre de 2006 que fue debidamente ratificado se manifiesta que consideramos que la guarda y custodia compartida, llevada a cabo por ambos progenitores ha sido efectiva y beneficiosa para el desarrollo evolutivo del menor. y se señala que ambos padres han sido figuras cuidadoras y educativas eficaces para él.

Es cierto que en la época de dictarse la sentencia que nos ocupa la relación entre los progenitores no era buena, pero ello atendido el principio del beneficio del menor no es motivo para suprimir la guarda y custodia compartida, sino para alargar el período de custodia con cada progenitor como hace acertadamente la sentencia recurrida, por otra parte ésta fija también correctamente un seguimiento mensual por los servicios sociales del Ayuntamiento de Alcalá de Henares dada la problemática detectada en los progenitores.

Las alegaciones realizadas por la primera parte recurrente no sirven para desvirtuar esta conclusión. El último informe pericial citado prevalece sobre el informe aportado con la demanda que obra del folio 33 al 42 ambos inclusive, ya que el primero tiene mayores garantías de objetividad e imparcialidad y tiene una metodología más completa que se describe detalladamente en las páginas 1 y 2 de dicho informe. El autor de este informe señaló con ocasión de la ratificación que ambos están capacitados para cuidar al menor y que el niño manifiesta que está muy bien con su padre y con su madre y precisó que los síntomas del padre no son muy graves y que no padece el trastorno compulsivo, pues no cumple con todos los criterios aunque tiene síntomas relacionados y tampoco sufre el trastorno delirante pues no concurren todos los criterios. Por otra parte el demandado cuenta con la colaboración de su madre que desde siempre ha desarrollado un papel significativo en la atención del menor, tal como se desprende del conjunto de las pruebas practicadas, siendo la colaboración de los parientes, especialmente de los abuelos, enriquecedora en la formación de los menores. Y hay que señalar que los horarios laborales de los progenitores no es lo determinante para decidir en esta materia que está presidida por el beneficio del menor, tal como se desprende del artículo 39 de la CE y el artículo 92 del Código Civil.

La segunda parte apelante destaca en apoyo de su pretensión revocatoria que ambos progenitores han impugnado la guarda y custodia compartida en sus respectivos escritos, pero hay que tener en cuenta que en esta materia el principio dispositivo está atenuado, ya que hay connotaciones de orden público pues se trata de proteger el interés preferente de los menores. Como ya se dijo la madre también está capacitada para asumir la guarda y custodia, habiendo señalado el perito que ha seguido el tratamiento hasta mayo de 2006 y no consta que la madre de ésta esté incapacitada para colaborar en el cuidado del menor.

GUARDA Y CUSTODIA

No puede dejarse de atender el deseo de la menor de 10 años de edad, por cuanto ella razona las circunstancias que le determinan a preferir una guarda y custodia por su padre.

AP JAÉN, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Jesús María Passolas Morales

Interpone Recurso de Apelación el Sr. Procurador de los Tribunales don Jesús Méndez Vilchez, en nombre y representación de doña María Consuelo, en sede a error en la valoración de la prueba, respecto de la guarda y custodia de los menores y contribución a las cargas familiares.

Pues bien, ha de partirse del axioma, de que cualquier medida que se adopte respecto de los menores tendrá presente como interés más digno de protección el de éstos, incluso frente al de sus progenitores, pues todas las resoluciones judiciales habrán de adoptarse con el fin de lograr el desarrollo armónico tanto físico como psíquico de los citados menores, y ello no sólo por consideración al Derecho Natural, sino en estricto y fiel cumplimiento del contenido del artículo 39.2 de la Constitución Española, que determina que los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990), y Resolución A 3-0172/92 del Parlamento Europeo aprobando la Carta Europea de los Derechos del Niño, entre otras.

Proyectando cuanto antecede al caso que se examina, no puede dejarse de atender el deseo de la menor María Consuelo de 10 años de edad, por cuanto la misma razona las circunstancias que le determinan a preferir una guarda y custodia por su padre, y así alega, el ser dejada sola y a menudo por su madre, no haberle comprado ropa, no haber recibido regalos por Reyes en comparación a los hijos del compañero de su madre, y prefiere además vivir en Jaén porque están sus primos quienes le informaron de que el colegio al que iba a ir estaba muy bien. Igual ocurre con la menor Patricia quien afirma llevarse muy mal con la pareja de su madre.

Siendo pues, que no puede imponerse a los citados menores una convivencia no deseada, sin que de otra parte existan razones para no considerar adecuada la guarda y custodia del padre respecto de sus hijos, siendo el razonamiento de la instancia sin conclusiones torpes o burdas.

GUARDA Y CUSTODIA

Se mantiene la custodia compartida por meses ya que este sistema ha venido funcionando con normalidad y aunque ahora se encuentra deteriorada la relación entre los progenitores puede restablecerse por el bien y el interés de los menores.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ángel Chamorro Valdés

La afirmación contenida en el recurso de apelación (motivo segundo) consistente en que el sistema de guarda y custodia compartida fracasó estrepitosamente desde su inicio no se corresponde con la realidad pues los menores desde octubre de 2005 fecha en la que cesa la convivencia entre los progenitores pasan a vivir un mes con la madre en el domicilio familiar y un mes con el padre en vivienda muy próxima que éste alquila y han mantenido dicha organización, salvo algunas variaciones coyunturales que han contado con el asentimiento de las partes, contando los padres y en su horario laboral con la ayuda por la mañana de la misma persona que atiende y acompaña a los niños al colegio y presentan un adecuado desarrollo aptitudinal, rendimiento escolar y adaptativo tal como se recoge en el informe pericial practicado en esta alzada fechado el 14 de marzo de 2008, debiendo destacarse en relación con

el rendimiento escolar los documentos que obran a los folios 274 y 285. En este informe también se afirma que no se detecta en los progenitores signos que puedan ser asociados a presencia de trastorno clínico, de la personalidad o adaptativo, que indiquen inadecuación en general, para ocuparse de los menores, ostentando su guarda y custodia.

En el recurso de apelación se manifiesta que la comunicación entre los progenitores es nula, pero en el informe pericial practicado en primera instancia fechado el 10 de julio de 2006 se afirma (folio 290) que sí ha existido comunicación fluida entre los dos para tratar los temas relacionados con sus hijos, existe una base que aunque ahora se encuentra deteriorada se puede restablecer por el bien y el interés de los menores, la pareja ha compartido a lo largo de los años las responsabilidades y tareas en lo referente a las necesidades y demandas de sus hijos y la autora del informe practicado en esta alzada manifestó que ambos litigantes son capaces de dialogar y comunicarse y en este informe pericial en relación con el menor Carlos se afirma que un aspecto de éste son las vivencias no discrepantes en los estilos educativos de ambos progenitores.

El menor Carlos en la exploración practicada el 25 de mayo de 2006 (folio 273) mostró su preferencia a vivir con su madre, esta preferencia no se mantiene según la autora del informe pericial practicado en esta alzada, además el deseo del menor Carlos dada su edad no es determinante, sino que lo fundamental es el beneficio del menor tal como se recoge en el artículo 92 del CC y el artículo 39 de la CE.

Destaca también la parte apelante el informe desfavorable del Ministerio fiscal, este obstáculo ya no existe a la vista del informe emitido por el Ministerio Fiscal el 12 de mayo de 2008 en el que desiste del recurso interpuesto en su día y solicita una sentencia confirmatoria de la dictada en primera instancia, además un sector doctrinal se muestra crítico con el requisito exigido en el artículo 92.8 del CC señalando que no puede prevalecer la opinión del Ministerio Fiscal puesto que ello podría ser inconstitucional al limitar la condición decisoria del Juez y que sería conveniente que por reforma legislativa se suprimiera el requisito de que el informe tenga que ser favorable, y se diera una redacción similar a los casos de custodia compartida por acuerdo de los progenitores, en los que la ley dice que es necesario el previo informe del Ministerio Fiscal con independencia del sentido del mismo y la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sec. 5.ª ha planteado una cuestión de inconstitucionalidad sobre la exigencia citada.

Por otra parte no es cierto que se haya obligado al hijo Javier a perder el referente materno, dada la alternancia mensual en la guarda y custodia y el régimen de visitas a favor de la madre en los meses que no le corresponde la custodia.

En base a lo expuesto la petición de la parte apelante consistente en que se atribuya a la madre la guarda y custodia de ambos menores debe ser desestimada, lo que conlleva inevitablemente el rechazo sobre la petición en materia de alimentos y régimen de visitas.

RÉGIMEN DE VISITAS

Todo el tema litigioso gira en torno a las visitas de la abuela paterna, que en el Auto recurrido se establecen todos los domingos del año, desde las 11 a las 13,30 horas. La madre, custodia de la niña, solicita que las visitas se restrinjan a los domingos alternos haciéndolas coincidir con las visitas que a su vez corresponden al padre de la menor y dicha pretensión está justificada.

AP VIZCAYA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Fernando Valdés-Solís Cecchini

Todo el tema litigioso gira en torno a las visitas de la abuela paterna, que en el Auto recurrido se establecen todos los domingos del año, desde las 11 a las 13,30 horas. La madre, custodia de la niña, solicita que las visitas se restrinjan a los domingos alternos haciéndolas coincidir con las visitas que a su vez corresponden al padre de la menor. La solicitud se basa en que de mantenerse las visitas todos los domingos por la mañana la madre no podrá disfrutar de su hija ningún domingo por entero lo que a su entender supone una limitación de su relación con la menor que no está justificada.

Por su parte la abuela materna mantiene la independencia de las visitas del padre y de la abuela y que la madre ya convive con su hija, con la que vive toda la semana, por lo que las visitas del domingo por la mañana deben ser mantenidas.

Entendemos que la pretensión de la madre está justificada, pues de mantener el sistema señalado

por el Auto la madre no dispondrá de ningún domingo al año para poder estar con su hija. Por ello conviene modificar el régimen señalando un régimen de visitas a favor de la abuela paterna de domingos alternos, desde las 11 hasta las 18 horas. Estas visitas se hacen coincidir con las del padre.

RÉGIMEN DE VISITAS

Se considera adecuado que cuando la menor cumpla tres años comience el régimen de visitas ordinario incluyendo la pernocta.

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Ilma. Sr. doña María Inmaculada Suárez-Bárcena Florencio

Por lo que respecta al Régimen de visitas para con la hija Montserrat, pide el apelante un régimen más amplio que el fijado en la Sentencia recurrida, con posibilidad de pernoctar con él, al menos cuando la niña tenga dos años, no demorándolo hasta que cumpla 3 años. No justifica ni fundamenta el recurrente este motivo de apelación y en qué tipo de error, a su entender, ha incidido el juzgador *a quo*, lo cual, dificulta la tarea de esta Sala. Pues bien, ya se ha dicho que en materia de visitas de hijos menores, así como en todas aquellas medidas que afecten a hijos menores de edad, el principio dispositivo está atenuado, ya que hay connotaciones de orden público, pues se trata de proteger el interés preferente de los menores; por tanto, aunque el régimen de visitas fijado en la sentencia recurrida no se ajuste con exactitud a lo que cada uno de los litigantes había solicitado, ello no es motivo para revocar lo acordado. Sobre el régimen de visitas de hijos menores de edad conviene recordar que el derecho de visita que el artículo 94 de Código Civil reconoce a favor del progenitor que no tenga consigo a los hijos menores de edad o incapacitados como consecuencia de lo acordado en la sentencia de separación, divorcio o nulidad del matrimonio, tiene como contenido tanto la vista propiamente dicha, como la comunicación y la convivencia con aquéllos y se fundamente en la relación jurídica familiar preexistente entre aquél y sus mentados hijos, constituyendo un aspecto concreto, en caso de crisis del matrimonio del derecho más general de comunicación entre parientes recogido en el artículo 160 del Código Civil. Derecho de contenido afectivo, encuadrable entre los de la personalidad, de naturaleza extra patrimonial, innegociable e imprescriptible. Tal derecho de visita no se configura como un propio y verdadero derecho de los progenitores dirigido a satisfacer los deseos de éstos, sino como complejo derecho-deber cuyo adecuado cumplimiento tiene como finalidad esencial la de cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos en aras de su desarrollo, estando condicionado dicho derecho a que sea beneficioso para el menor para salvaguardar sus intereses. Así pues, el interés de los hijos constituye el eje fundamental de tal derecho de visita y al que queda subordinado como se desprende inequívocamente de lo dispuesto en el artículo 92.2 del Código Civil, en concordancia asimismo con el principio constitucional de protección integral de los hijos a tenor del artículo 39.2 de nuestra Constitución y la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en Nueva York, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de octubre de 1989 y ratificada por España por medio de instrumento de fecha 30 de noviembre de 1990, BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990. Partiendo de estas consideraciones, se ha de tener en cuenta para resolver la cuestión planteada que la menor Montserrat, cuenta en la actualidad con una edad de dos años, precisando por tanto, de los cuidados y atenciones primordiales de la madre, y de que el vínculo afectivo paterno-filial, vaya aumentando y fortaleciéndose paulatinamente y de una forma gradual, dada la edad de la menor, para la cual, el padre es, prácticamente una persona extraña, lo cual permite concluir que el régimen de visitas gradual que fija la sentencia de instancia en relación a Montserrat es de absoluto sentido común y se considera suficiente para mantener una relación paterno-filial fluida que permita y asegure, de forma paulatina, una presencia sólida de la figura paterna, y el gradual fortalecimiento de los vínculos afectivos padre-hija, mediante el acercamiento progresivo entre ambos, por lo cual responde y tutela de forma perfecta el interés primordial de la menor, que está por encima de los deseos, necesidades o caprichos de sus progenitores, debiendo, igualmente ser rechazado el motivo de apelación y, consecuentemente, ser confirmada, en su integridad, la sentencia recurrida.

RÉGIMEN DE VISITAS

La escasez de recursos en el punto de encuentro –que cuenta con sólo tres personas– o su saturación –por el número de personas que debe atender– no pueden ser argumentos para impedir su utilización al ciudadano que no tiene obligación de soportar las deficiencias de los servicios públicos.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María Pilar Manzana Laguarda

Por la dirección letrada de la parte recurrente se impugna la sentencia de instancia que desestimó su pretensión de modificar el lugar de entrega y recogida de la menor, de su domicilio a las dependencias municipales del Ayuntamiento de Gandía –Punto de Encuentro Familiar–, por existir al tiempo de interposición de la demanda denuncia penal por maltrato familiar que dio lugar a las Diligencias Previas núm. 618/06, y que posteriormente resultarían archivadas.

Aun cuando se trate de una sola denuncia la existente entre las partes y del resultado –sobreseimiento– de aquélla, el supuesto fáctico al que se anuda la consecuencia de obtención del servicio público que lo es el punto neutral de entrega y recogida de los menores en los casos de conflictividad familiar, se da en el presente caso, toda vez que se trata de prevenir situaciones conflictivas en el ámbito del maltrato familiar, y que ha de abarcar tanto situaciones preventivas como consecutivas al maltrato, así como tanto su vertiente material, de existir tal maltrato en defensa de la persona agraviada, finalidad obvia del recurso social, sino también el ámbito derivado del punto de vista si quiérase formal, de evitar acusaciones intolerables en ese ámbito.

La escasez de recursos en el Punto de Encuentro –que cuenta con sólo tres personas– o su saturación –por el número de personas que debe atender– no pueden ser argumento para impedir su utilización al ciudadano que no tiene obligación de soportar las deficiencias de los servicios públicos.

En consecuencia, procede la estimación del recurso.

RÉGIMEN DE VISITAS

Los puntos de encuentro no pueden saturarse y sólo podrá acordarse que la recogida y entrega tengan lugar en éste en casos verdaderamente necesarios, además este lugar siempre supone algo anómalo para los hijos que perciben una situación rara de tener que acudir a un lugar extraño.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Enrique de Motta García-España

Dos son las cuestiones objeto del presente recurso: una la referente al régimen de visitas y la otra a la pensión alimenticia, procediendo su estudio por separado, y así en cuanto al régimen de visitas la única discrepancia lo es por el lugar, al interesar el apelante que la devolución lo sea en el Punto de Encuentro, y a este respecto debe decirse que, como muy bien dice el Sr. Juez de instancia, ello sólo debe adoptarse en casos verdaderamente necesarios, no sólo por el hecho de que, se quiera o no, siempre supone algo anómalo para los hijos que perciben una situación rara de tener que acudir a un lugar extraño como lo es el Punto de Encuentro, sino asimismo a fin de no saturar los mismos; máxime cuando, además, sólo lo es para la devolución, y tratándose de una menor próxima a los 6 años, basta su entrega sin necesidad, incluso, de intercambiar palabra alguna, pudiendo el progenitor dar la vuelta tan pronto la madre vaya a abrir la puerta; es decir, basta una simple buena voluntad de no querer iniciar una discusión para que la misma no comience; sin perjuicio, evidentemente, que caso de acontecer la misma, se acuerde por el Sr. Juez de instancia la medida que estime pertinente sobre la entrega de la menor.

RÉGIMEN DE VISITAS

Tenemos que poner especial énfasis en la inexistente relación de los abuelos con la nieta, que ahora, y compartimos la expresión de la Juez *a quo,* repentinamente quieren tener, cuando no se ha constatado interés alguno de éstos durante todos estos años para tener la adecuada relación con su nieta. Se viene a reconocer además que, conociendo que el padre de la niña no pagaba la pensión alimenticia, para nada han colaborado en la manutención de ésta.

AP CÁDIZ, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Ramón Romero Navarro

No vamos a traer aquí a colación la colección de hechos que han determinado la condena del hijo de los apelantes y su estancia en prisión por las amenazas y malos tratos con relación a la demandada y especialmente a su hija. Ni tampoco la acreditación cumplida del trastorno de la personalidad de tipo antisocial y la poli toxicomanía de éste. Consta en las actuaciones suficientemente documentadas y a los documentos atestiguadores nos remitimos. Tenemos que poner especial énfasis en la inexistente relación de los abuelos con la nieta, que ahora, y compartimos la expresión de la Juez *a quo*, repentinamente quieren tener, cuando no se ha constatado interés alguno de éstos durante todos estos años para tener la adecuada relación con su nieta. Se viene a reconocer además, que conociendo que el padre de la niña no pagaba la pensión alimenticia para nada han colaborado en la manutención de ésta. Pero es que lejos de reconocer la gravísima situación por la que ha pasado la demandada y su hija ante las continuas amenazas proferidas y el desprecio de las órdenes de alejamiento de que ha hecho gala su hijo, han adoptado una actitud de condescendencia hacia éste y de rechazo hacia la progenitora demandada que se puede fácilmente colegir de los razonamientos de la sentencia apor-

tada, en la que pese a absolver a la abuela apelante de los hechos por los que se le acusaba, no obstante, evidencia que hubo un altercado con la madre en la sede del juzgado, alterando el orden público en dicha sede, siendo expulsada y profiriendo palabras malsonantes en contra de la demandada todo ello motivado por la situación de su hijo, en prisión. El procedimiento se ve jalonado por detalles que revelan absolutamente ajustada a derecho la resolución adoptada por la Juez *a quo*, rechazando las visitas de los abuelos paternos no ya porque ahora mismo, resultaría perjudicial para la nieta dicho intento de relación, como lo ha puesto de manifiesto y justificado el informe pericial de la psicóloga Guadalupe, (al que se prioriza sobre el contrario por las mismas razones que expone la Juez *a quo*), sino porque no se ha constatado un interés en todo este tiempo de los abuelos hacia la nieta, por lo que no es nada extraño que surjan dudas, ante la gravedad de los hechos que han rodeado la relación del hijo con la nuera y la nieta, así como la relación de la abuela para con la madre de la menor, de claro conflicto, de un posible interés espúreo posibilitador en el futuro de la infracción de las resoluciones judiciales adoptadas en orden a la protección de la demandada y su hija.

RÉGIMEN DE VISITAS

Desde que la niña cumpla un año de edad, pasará las noches en compañía de su progenitor en ocasión de las visitas y estancias programadas en sentencia.

AP CÁDIZ, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña Rosa María Fernández Núñez

Al margen de las ya amortizadas previsiones para el primer año de vida de la niña, la extensa y prolija argumentación de la Sra. Remedios, puede sintetizarse en dos puntos neurálgicos, el principal de los cuales censura y trata de postergar la posibilidad de pernocta de la menor en compañía de su padre, que la sentencia habilita a partir de ahora, combatiendo el segundo la frecuencia y duración de los encuentros ordinarios semanales, que considera excesivos.

Y abordando ya el examen de tales cuestiones, estimamos la primera totalmente infundada, pues la pequeña Ariadna tiene un padre joven, saludable y perfectamente apto para su cuidado, de modo que una vez agotada la etapa de mayor y más intensa vinculación materno-filial, preservada con puntuales y limitados encuentros, nada impide la plena normalización y efectividad de las comunicaciones, que, entendemos, resultarán tanto más beneficiosas para la menor cuanto antes se establezcan y afiancen, asumiendo el padre las responsabilidades que le incumben.

Así pues, desde que la niña cumpla un año de edad, pasará las noches en compañía de su progenitor en ocasión de las visitas y estancias programadas en sentencia, sin otras matizaciones que las exigidas por la inminencia de la Navidad, en que aún no habrá podido desplegarse y adquirir un mínimo de estabilidad la pernocta de fines de semana, que desde este fallo se hará inmediatamente efectiva, posponiendo prudentemente la aplicación del régimen vacacional a la Semana Santa de 2009, en que bajo el clima de mayor confianza y proximidad propiciada por las estancias de fin de semana, podrá hacerse efectiva la más prolongada e intensa permanencia de la niña con su padre, en términos tuitivos y provechosos para la menor.

RÉGIMEN DE VISITAS

No procede acceder a la petición de que las recogidas y entregas se lleven a efecto en el punto de encuentro ya que ninguna razón determina ahora la intervención de organismos o terceros, ni se advierte en ello necesidad, oportunidad y conveniencia, téngase presente que no es dable judicializar aun más y en exceso la problemática para estos niños, cuando en meritados inicios y términos de contactos no se ha producido conflicto alguno, siendo lo único detectado que la progenitora femenina no valora la importancia que para la plenitud de los menores tiene su relación con la figura paterna, y es únicamente aquella quien ha de variar de actitud, facilitando el correcto cumplimiento del régimen de visitas.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María del Rosario Hernández Hernández

El primer motivo de recurso va referido como se ha visto al sistema de contactos y comunicaciones con el progenitor masculino no custodio, y al respecto es lo único que se interesa, que los intercambios de los niños se produzcan en el correspondiente PEF.

Dicho ello, se ha de puntualizar que en esta materia el interés del menor es el principio esencial que debe atenderse, básicamente en aplicación del artículo 39.3 de la Constitución Española. Como dice en su preámbulo la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre 1990, en todas las medidas concernientes a los niños que se tomen por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se atenderá, como consideración primordial, al interés superior del niño (expresión esta que se repite reiteradamente a lo largo del texto), asegurándole la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres (artículo 3).

En esta línea, debe de recordarse en relación con el régimen de visitas, por un lado, que el principio dispositivo resulta muy relativizado en esta materia por expresa disposición del artículo 751 de la LEC, y, por otro, que entiende la mayoría de la doctrina, a la vista del contenido de los artículos 39.3 de la Constitución Española, 94 y 160 esencialmente del Código Civil, que el derecho de visita del progenitor a sus hijos no convivientes con él, y, con carácter más general, el de comunicación con los mismos, se integra, como propio derecho de la personalidad, en el ámbito del deber asistencial, de contenido puramente afectivo y extra patrimonial, que corresponde naturalmente a los padres respecto de sus hijos. Al respecto, la STS de 30 de abril de 1991, se cuida de señalar que las recíprocas vinculaciones que constituyen la vida familiar pertenecen a la esfera del Derecho Natural, del que es evidentemente consecuencia ineludible la comunicabilidad que debe existir entre padres e hijos, una de cuyas manifestaciones es el derecho de los padres a ver a sus hijos menores, y ello aunque no ejerzan la patria potestad, de acuerdo con lo dispuesto por el

artículo 160 del Código Civil. Tal naturaleza determina la imposibilidad de abandono, renuncia, prescripción por no uso, de transacción y compromiso, o de delegación de su ejercicio a un tercero.

Consciente el legislador de la delicadeza de la presente materia, reacia a una minuciosa reglamentación positiva, se conforma con establecer como criterio básico para la adopción de cualquier medida que pueda afectar a los menores, el interés o la conveniencia de los mismos. Interés que, como también reconoce el legislador, puede chocar con la postura o pretensión de alguno de los progenitores, abdicando el mismo o imponiendo un reto incondicionado, primándose pese a ello, en todo caso, el goce del derecho, al objeto de que, en la medida de lo posible, puedan cumplirse los fines asignados al núcleo familiar. En este sentido el derecho de visita incluye además de la visita propiamente dicha, la comunicación y la convivencia, concediéndose al Juez la regulación de los períodos de desarrollo de ésta, frecuencia de la segunda así como lugar, modo y tiempo, expresado en fechas y horas, de práctica de la primera.

La doctrina es igualmente consciente de que el ejercicio de derecho de visitas, exige una colaboración de ambos progenitores presidida por el principio de la buena fe, gravitando sobre el progenitor que tiene al menor bajo su guarda el deber de comunicar al otro los cambios de domicilio, su estado de salud, el horario de asistencia al centro educativo, sus restantes actividades extraescolares, y, en general, cualquier situación de hecho que pueda impedir o dificultar su ejercicio; no pudiendo el titular del derecho, en justa correspondencia, ejercerlo de modo intempestivo, inapropiado o inadecuado a las circunstancias del caso, propiciando gastos, molestias extrañas o sacrificios no ordinarios al progenitor conviviente con el menor. Como se desprende de lo expresado, el derecho que estudiamos no es incondicionado en su ejercicio sino subordinado exclusivamente al interés y beneficio del hijo (STS 21 de julio de 1993) pues, como señala el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en cuantas medidas hayan de tomar los Tribunales con respecto a los menores, «la consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño»; estableciendo la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, como principio general que debe informar su aplicación: «el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir» interés que debe referirse al desarrollo libre e integral de su personalidad, tal como señala el artículo 10 de la CE, así como a la supremacía de todo cuanto le beneficie más allá de las apetencias personales de sus padres, tutores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural y entre ellos, desde luego, el derecho a no ser separados de cualquiera de sus progenitores salvo que sea necesario al interés del menor.

Tal interés, dado su carácter genérico y difuso, debe materializarse y determinarse a través de una valoración Judicial que debe tener como límites: la racionalidad en la apreciación de los hechos y la protección del bienestar espiritual y material del menor; atribuyéndose, por ello, al Juzgador, como antes hemos recogido, amplias facultades discrecionales para fijar el régimen de comunicación convivencia y visitas, así como para resolver en cada caso y momento concreto lo más conveniente para el menor: Esa resolución sería siempre de manera eventual y nunca definitiva, precisamente para poder modificar la solución acordada según las cambiantes circunstancias, el modo y manera en que vayan evolucionando las relaciones parentales (así STS de 22 de mayo de 1993, que a su vez cita la de la propia Sala de 9 de marzo de 1989) a virtud de la gran plasticidad de las actividades y comportamiento del ser humano, características de una realidad más rica que cualquier elucubración jurídica, a la que el Juzgador debe procurar dar la solución más idónea y proporcionada a los intereses puestos en juego, sobremanera el mantenimiento de la relación efectiva con ambos progenitores, evitando al menor (*ex* artículo 158.3 del Código Civil) los evidentes perjuicios que de su falta se derivarían para el logro de un adecuado desarrollo de su personalidad en sazón. Es decir, el régimen de vistas debe compaginar el adecuado sistema de relación del menor con ambos progenitores y el propio beneficio del menor.

Atendidas estas premisas, del examen detallado de los autos, y en atención a las circunstancias en concreto concurrentes en el caso, ha de ser desestimado este *petitum*, toda vez que, tal y como afirma la Juez de primer grado, ninguna circunstancia se observa como para justificar que en este momento se dé intervención al PEF para verificar las entregas y recogidas al inicio y término de las visitas.

Ninguna razón determina ahora la intervención de organismos o terceros, ni se advierte en ello necesidad, oportunidad y conveniencia, téngase presente que no es dable judicializar aún más y en exceso la problemática para estos niños, cuando en meritados inicios y términos de contactos no se ha producido conflicto alguno, siendo lo único detectado que la progenitora femenina no valora la importancia que para la plenitud de los menores tiene su relación con la figura paterna, y es únicamente aquella quien ha de variar de actitud, facilitando el correcto cumplimiento del régimen de visitas, pues en otro caso, y de surgir por ello conflictos, sería oportuna la reevaluación de la situación, con adopción de esta medida que se propone para llevar a cabo los intercambios,

en aras al *bonum filii*, así como la posibilidad de valorar, por sus negativas consecuencias, también el cambio de opción de guarda.

Ha de ser desestimado este motivo de recurso, con confirmación en este aspecto de la resolución disentida.

VIVIENDA FAMILIAR

En el momento de decidir la atribución del uso no tiene incidencia que la esposa, con ocasión del desencadenamiento de la crisis matrimonial, abandonara su vivienda, porque eso no elimina su condición de vivienda familiar.

AP CANTABRIA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Bruno Arias Berrioategortua

El apelante combate, en primer lugar, la atribución a favor de la parte contraria del uso de la vivienda que fue el domicilio familiar; alegando que fue la esposa la que lo abandonó, que ella goza de mejor posición económica y que la finca, por su tamaño y doble entrada, es susceptible de un aprovechamiento compartido, que es lo que él propugna.

El artículo 96 del Código Civil regula el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella, en los supuestos de crisis matrimonial. De su párrafo tercero se desprende que cabe la posibilidad de que el juez, por el tiempo que prudencialmente fije, acuerde que el uso de tales bienes corresponda al cónyuge no titular de los mismos, siempre que no haya hijos en custodia y «que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés (el del no titular) fuera el más necesitado de protección». En consecuencia, sólo el interés más necesitado de protección es el criterio determinante para justificar esa atribución temporal a favor del cónyuge no titular.

De los argumentos dados por el apelante, sólo el referido a su inferioridad económica es en principio relevante a la hora de advertir si en él concurre ese interés más necesitado de protección que justificaría la atribución del uso de la vivienda propiedad de la contraparte. No tiene incidencia el que la esposa, con ocasión del desencadenamiento de la crisis matrimonial abandonara su vivienda, porque eso no elimina su condición de vivienda familiar de su propiedad; ni tampoco el hecho de que pudiera usarse simultánea e independientemente por ambos litigantes, porque a la dueña de la misma no se le puede imponer tal restricción en sus facultades dominicales. La inferioridad económica alegada no determina, sin embargo, ese interés más necesitado justificante de la atribución de la vivienda de la Sra. Penélope al Sr. Jorge, porque lo cierto es que él dispone de medios bastantes a través de sus pensiones de jubilación –2.957 euros mensuales según su cómputo– como para atender a su necesidad de vivienda.

En consecuencia, se desestima su primer motivo del recurso.

VIVIENDA FAMILIAR

Teniendo en cuenta que cada uno de los cónyuges es propietario con carácter privativo de una vivienda, habiendo alquilado la esposa la que es de su propiedad, procede atribuirle el uso de la vivienda familiar limitando dicha atribución hasta que se extinga el contrato de arrendamiento que concertó.

AP GUIPÚZCOA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña Begoña Argal Lara

1. La sentencia de instancia establece:

«La atribución del uso del piso sito en PASEOooo correspondería al esposo sin embargo, debido a que la actora alquiló la vivienda de PASEO DE ERRONDO, el 14 de diciembre de 2006 una semana antes de la celebración de comparecencia de estas medidas provisionales imposibilitando su

atribución al esposo puesto que de lo contrario se dejaría a la menor sin un domicilio donde residir con su madre objetivo del artículo 103.2 del CC por lo que el uso de la vivienda sita en el PASEOooo NÚMooo, NÚMoo1 y de los objetos de ordinaria utilización corresponderán a la hija y a la madre bajo cuya guarda queda.»

La vivienda sita en PASEOooo, NÚMooo, NÚMoo1 de esta ciudad es privativa del esposo, y la del Paseo Errondo de la esposa. Ésta ha procedido a alquilar su vivienda privativa.

La cuestión planteada en torno a la atribución del uso de la vivienda de PASEOooo, deberá resolverse desde un plano estrictamente jurídico, concretamente a la luz del artículo 96 del CC que dispone:

«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 compañía queden».

Por lo tanto, debe concluirse que:

1. La guarda y custodia de la menor se ha otorgado a la madre.

2. La vivienda sita en el PASEOooo, aun siendo propiedad privativa del esposo, constituía el último domicilio familiar, hasta la separación de hecho en septiembre de 2005, trasladándose el esposo a residir a una vivienda propiedad de su madre.

3. Corresponde el uso del domicilio familiar (PASEOooo), al progenitor custodio, *ex* artículo 96 del CC.

4. No obstante dicha atribución por Ministerio de la Ley, debe tenerse en cuenta que siendo ambos litigantes propietarios de una vivienda, y que en este caso el esposo se ha visto privado del uso de la suya, dicha situación habrá de compensarse con una limitación temporal del uso, tal y como ha señalado el juez *a quo*, que es hasta la extinción del contrato de arrendamiento de la vivienda propiedad de la Sra. Francisca. (Extremo no impugnado en la alzada.)

VIVIENDA FAMILIAR

Extinción del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a la esposa que lleva ocupándola durante un período superior a dieciséis años; por lo que, aunque hubiese procedido una atribución temporal de esa vivienda a la esposa, ésta siempre se hubiese resuelto con un límite muy inferior a ese período de tiempo.

AP CÓRDOBA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Antonio Carnerero Parra

El tema de fondo planteado es si la vivienda familiar existente hasta el divorcio decretado en octubre de 1992, debe seguir atribuyéndose, como hizo esa resolución, a favor de la esposa, o se ha producido un cambio sustancial de circunstancias que justifican que deba otorgarse, como hace la sentencia recurrida, a la persona del esposo. Debe aclararse que, estando en el ámbito de un procedimiento de modificación de medidas derivadas de sentencia de divorcio, nunca puede ser objeto de pronunciamiento la atribución del pleno dominio de la vivienda, como hace la sentencia de instancia, pese a que ni siquiera se planteaba en esos términos la demanda estimada.

Con esta salvedad, la Sala comparte el argumento de la juez *a quo* de que, aunque expresamente no se recogiese en la sentencia de divorcio que la atribución del domicilio a la demandada fuese consecuencia de la atribución a dicha persona de la guarda y custodia de los hijos, es algo que se deja entrever con claridad a la luz de esa resolución y de lo establecido en el artículo 96.1 del Código Civil.

Por lo anterior, considerándose hecho probado y no controvertido, que los hijos del matrimonio han alcanzado la mayoría de edad y se han independizado abandonando la residencia en la vivienda con su madre, resulta obvio que se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias que motivaron se atribuyese el uso y disfrute del domicilio familiar a la madre.

En estos casos, el mismo artículo 96 establece que para la atribución de la vivienda familiar, debe atenderse al interés más necesitado de protección, pudiendo alcanzar incluso al cónyuge no titular de la misma.

La sentencia de instancia estudia esta cuestión a partir de la distinta situación económica de los implicados y sus posibilidades de acceso a otra vivienda. Y la valoración probatoria que efectúa en el fundamento de derecho segundo debe considerarse correcta, siendo su conclusión de que es peor la situación de doña Leonor, sin poder obviarse que cuenta con ingresos económicos que le pueden permitir el acceso a otra vivienda.

Pero a lo que atiende principalmente la Juez de Primera Instancia es a la circunstancia de que, constando la titularidad de la vivienda a nombre de don Héctor, al menos desde el año 1997, la señora Leonor la viene disfrutando de manera interrumpida desde 1992. En este sentido, aunque se pudiese considerar que el interés más necesitado de protección fuese el de la apelante, lo cierto es que lleva en el uso y disfrute de la vivienda familiar un período superior a dieciséis años; por lo que, aunque hubiese procedido una atribución temporal de esa vivienda a la esposa, ésta siempre se hubiese resuelto con un límite muy inferior a ese período de tiempo. En estas circunstancias, se considera correcto entender que ese derecho provisional debía haberse ya extinguido, correspondiendo la atribución de la vivienda al apelado, en base a esa titularidad dominical que, aunque se discute, es la vigente al tiempo de esta resolución.

Procede, por lo anterior, rechazar el motivo sustancial del recurso de apelación, considerándose acertada la estimación de la demanda dejando sin efecto la atribución del uso y disfrute de la vivienda a favor de la esposa e hijos, así como la condena a aquélla a abandonar la vivienda en el plazo de cuarenta y cinco días, atribuyéndose a don Héctor el uso y disfrute de la misma (no el pleno dominio que, como se ha explicado, excede del ámbito de esta resolución).

VIVIENDA FAMILIAR

Estimación de la demanda de desahucio por precario interpuesta por los padres del esposo contra la nuera. Todo lo relativo a la construcción de la vivienda en el inmueble propiedad de los demandantes, y si existe o no crédito de la sociedad de gananciales, será cuestión a dilucidar en otro procedimiento, pero respecto a lo que aquí no cabe entrar.

AP CÓRDOBA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Pedro Roque Villamor Montoro

En el presente procedimiento se ha venido a pretender el desahucio por precario de vivienda ocupada por la demanda sita en finca de la que los demandantes aparecen como titulares al regir entre ellos el régimen económico de gananciales. La sentencia recurrida viene a rechazar esa pretensión entendiendo que la construcción de la casa en cuestión realizada vigente el matrimonio de la demandada con el hijo de los demandantes tiene carácter ganancial. La parte recurrente viene a atacar la sentencia fundamentalmente por inaplicación del artículo 1359 del Código Civil en cuanto que el terreno sobre el que se construyó la vivienda es privativo del ex marido de la demandada de forma que lo construido sigue en régimen jurídico sin perjuicio de los derechos de crédito que corresponda a la sociedad legal de gananciales.

Para clarificar la cuestión que se somete a consideración de esta Sala, se han de poner de manifiesto determinadas circunstancias objetivas concurrentes en el caso de autos, a saber:

1. Todo versa sobre la finca registral NÚM000 del Registro de la Propiedad número Dos, que en cuanto a su mitad indivisa fue adquirida por el hijo de los demandantes con fecha 28 de julio de 1999 en cuanto a una mitad indivisa, teniendo la calificación de finca rústica, y que, si nos atenemos al informe del arquitecto aportado con la demanda su suelo es urbanizable programado y actualmente de uso residencial en un plan aprobado inicialmente.

2. El referido hijo de los demandantes contrajo matrimonio con la demandada con fecha 28 de julio de 2002, bajo el régimen supletorio de gananciales.

3. Durante el año 2003, se comienza a construir la vivienda litigiosa.

4. Con fecha 12 de enero de 2004, el tan citado hijo vende a la demandante, casada en régimen de gananciales con el codemandante, esa mitad indivisa de su propiedad, correspondiendo la otra mitad indivisa a otras dos personas (folio 27).

5. Con fecha 23 de marzo de 2004 el matrimonio integrado por la demandada otorga capitulaciones matrimoniales sometiéndose al régimen de separación de bienes haciendo constar que «no tienen bienes ni deudas de carácter ganancial y que, por tanto, no procede liquidar la sociedad de gananciales» (folio 109).

6. Ese matrimonio se divorcia por Sentencia de 11 de mayo de 2006, con atribución a la demandada y a la hija menor común el uso de la tan citada vivienda, confirmando lo resuelto ya en Auto de 5 de abril de 2006.

En base a estos datos contamos con que efectivamente los demandantes han de ser tenidos como propietarios de la finca NÚMooo al resultar con esa condición ya desde las notas simples aportadas y en aplicación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Pero es más ya la propia demandada al interesar el divorcio del matrimonio (folio 114) se hacía constar que se creía que el terreno era propiedad de la demandante y de su hijo, para después decir que se trata de «una parte no delimitada de una rústica adquirida por la madre del esposo en 2004 y otras dos personas más en 2005». Pero lo que viene a ser fundamental es que en la escritura de capitulaciones matrimoniales en la que no aparece la vivienda actualmente ocupada por la demandada y objeto de este procedimiento como vivienda familiar, entre otras cosas, porque estaba en construcción, se hace constar expresamente que no existían bienes gananciales a su fecha y que no hay había nada que liquidar. Desde este presupuesto y si en este procedimiento lo que se ha de examinar es si la demandada ostenta algún título que oponer a la acción de desahucio por precario que contra ella se ejercita, es evidente que ninguno puede invocar a tenor de lo reflejado en esas capitulaciones matrimoniales y la titularidad registral de los demandantes sobre el inmueble. Todo lo relativo a la construcción de la vivienda en el inmueble propiedad de los demandantes, y si existe o no crédito de la sociedad de gananciales, será cuestión a dilucidar en otro procedimiento, pero respecto a lo que aquí no cabe entrar.

En conclusión, el recurso ha de ser estimado y con él la demanda, declarando el desahucio por precario de la vivienda hasta ahora ocupada por la demandada y su hija menor, que deberá ser desalojada y puesta a disposición de los demandantes.

VIVIENDA FAMILIAR

Se rechaza la excepción de litisconsorcio pasivo necesario fundada en no haber sido llamada a juicio de desahucio por precario la hija de la demandada, actualmente mayor de edad, que ocupa la vivienda junto con su madre.

AP ASTURIAS, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María Elena Rodríguez-Vigil Rubio

La sentencia de primera instancia, tras razonar la procedencia de rechazar la excepción de listisconsorcio pasivo necesario y calificar como precario la relación jurídica material que une a las partes litigantes, estimó la pretensión de desahucio deducida en la demanda, con la correlativa imposición de costas en base al principio objetivo del vencimiento.

Todos esos pronunciamientos son objeto de impugnación en el presente recurso por la demandada, que vuelve a reiterar en el escrito de interposición los motivos de oposición articulados en su contestación a los que añade *ex novo* en esta alzada la denuncia de existencia de una inadecuación del procedimiento, que estima puede y debe ser apreciada de oficio por este Tribunal, alegando en su fundamento que la remisión al juicio verbal que para las demandas de desahucio en precario se contiene en el artículo 250.1.2.º de la LEC, viene limitada a cuestiones exentas de complejidad, distintas por ello a la de autos en que la duración de la relación y ocupación de la vivienda objeto del mismo ha tenido una larga duración de 23 años, que a su juicio muy difícilmente resiste el calificativo de precario en el sentido restrictivo y original del término de mera concesión graciosa a su ruego del uso de cosa mientras lo permita el dueño cedente.

El motivo se rechaza toda vez que esta excepción de inadecuación de procedimiento no puede ser apreciada de oficio, como así resulta de la regulación contenida en los artículos 404 y 416 de la LEC, el primero limitando la posibilidad de rechazar *a limine* la demanda en la falta de jurisdicción y competencia objetiva y el segundo recogiendo la forma y momento de articulación de la misma, siempre a instancia de parte, lo que no es más que un fiel reflejo de la jurisprudencia del TS que, ya bajo la vigencia de la LEC, a partir de la conocida Sentencia de 10 de octubre de 1991, reiterada, entre otras en las de 18 de marzo y 25 de abril, ambas de 1994 y 24 de mayo de 1997, había declarado la imposibilidad de acogerla cuando el procedimiento seguido ofrece iguales garantías de defensa que el que se reputa procedente, y no se ha generado a quien la invoca indefensión material alguna, evitando así un pronunciamiento interlocutorio cuando el procedimiento ya ha llegado al final de su tramitación.

Pero es que además aun cuando se obviara ese óbice procesal de la falta de invocación en la pri-

mera instancia tampoco podría ser acogida la misma y ello por un doble orden de razones.

En primer lugar porque ya en procedimientos de desahucio instados bajo la vigencia de la Ley Procesal anterior, en que el mismo tenía una indiscutida naturaleza sumaria, existía una doctrina judicial generalizada negando bastara la sola invocación de la existencia de una cuestión compleja para dar lugar a la estimación de esta excepción, remitiendo a las partes al declarativo ordinario correspondiente. Doctrina seguida con absoluta reiteración por esta Sala, y que se traducía en la necesidad de que «la complejidad haya de ser apreciada en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, pudiendo afirmarse ... con carácter general que ésta no existe cuando los hechos fundamentadores de la pretensión ejercitada por la parte actora o de la oposición y excepción de la demandada aparezcan con toda claridad, bien por haber sido reconocidos expresamente por las partes, bien porque se deduzca indubitadamente de la prueba practicada, en cuyo caso procederá a la luz de los mismos estimar o rechazar la acción ejercitada». Aplicada la misma al supuesto de autos llevaría a rechazar tal excepción pues, en este caso los términos del debate parten de una situación de hecho indiscutida, limitándose la controversia a la calificación jurídica del título que de la misma deriva para la demandada, si precario como postula la actora o comodato como se pretende por la misma, materia propia y especifica de este juicio de desahucio.

En segundo lugar, porque en la actualidad, tras la reforma llevada a cabo en esta materia en la regulación que del juicio de desahucio en precario efectúa la nueva LEC, bajo cuya vigencia se planteó este procedimiento, el juicio verbal a que remite la misma en el artículo 250.1.2.º no tiene la naturaleza sumaria invocada por la recurrente, sino que se trata de un juicio declarativo con plenitud de conocimiento y garantías procesales. Que ello es así resulta del hecho de que no esté incluido el mismo entre los que el artículo 447 de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil califica de sumarios a efectos de excluir a la sentencia que recaiga de la producción de la eficacia de cosa juzgada.

El propio Legislador en la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, justifica esta opción, de negar el carácter sumario de este procedimiento en el hecho, explicitado en el apartado XII, ultimo párrafo de la misma, de que «La experiencia de ineficacia, inseguridad jurídica y vicisitudes procesales excesiva aconseja, en cambio, no configurar como sumarios los procesos en que se aduzca, como fundamento de la pretensión de desahucio, una situación de precariedad; parece muy preferible que el proceso se desenvuelva con la apertura a plenas alegaciones y prueba y finalice con la plena efectividad».

Igual rechazo procede de la excepción de listisconsorcio pasivo necesario fundada en no haber sido llamada a juicio la hija de la demandada, Carla, actualmente mayor de edad que ocupa la vivienda junto con su madre, la demandada, y que estima no es tercero en la relación litigiosa sino que esta unida a la misma por un doble vínculo: a) la atribución del uso que le ha efectuado la sentencia de separación de sus padres de fecha 27 de marzo de 2002 y b) la propia relación de parentesco que tiene con la actora, su abuela paterna, a la que está vinculada por una relación jurídica de alimentista según Sentencia de la Sec. 4.ª de esta Audiencia, de fecha 21 de junio de 2004.

Su desestimación procede por las razones que con absoluta corrección y exhaustividad se contienen en el fundamento de derecho segundo de la sentencia de primera instancia que aquí se dan por reproducidas en aras a la brevedad al ser todas compartidas por este Tribunal de Apelación. Abundando en las mismas aun podría añadirse que la jurisprudencia (Cf. por todas la doctrina contenida en la STS de 6 de octubre de 2006,) distingue a estos efectos entre la directa afectación del contenido de la sentencia respecto de aquellas partes vinculadas a la relación jurídica material, supuesto en que sí procede el acogimiento de esta excepción, de aquellos otros en que la sentencia produce un mero efecto indirecto o reflejo, en los que no procede su acogimiento, supuesto este último que ha de estimarse es el de autos, pues la hija de la demandada, conviviente con la misma en la vivienda objeto del desahucio, no lo hace en virtud de un hecho autónomo o independiente de la detentacion de su madre, sino en virtud de la unidad familiar, y a la misma alcanzará en su caso la orden de desalojo, como así resulta de lo dispuesto en el artículo 704 de la LEC.

Lo que determina la acción de desahucio es la cesión de uso y ésta, ya se califique de precario ya de comodato, se había convenido exclusivamente entre la abuela del esposo, inicial titular de la vivienda y el matrimonio cesionario que formaba su nieto y la ahora demandada, por lo que no puede exigirse la llamada como parte del resto de los miembros de la unidad familiar que la ocupen en este momento, que no ostentan esa condición de precarista o comodatarios, y cuya detentación, –dependiente de la relación jurídica de precario o comodato que liga a su madre con la actora–, no resulta alterada ni por la atribución de uso dictada en proceso de separación matrimonial, ya que tal atribución, según una consolidada doctrina del TS, recordada en la reciente Sentencia de 26 de diciembre de 2005 «no altera la titularidad en virtud de la cual los cónyuges ostentaban la posesión del inmueble destinado a vivienda habitual», ni tampo-

co por el hecho de la ocupación de esa vivienda hubiera sido tomado en consideración a la hora de fijar la cuantía de la contribución de la actora, su abuela paterna, a sus necesidades de alimentación, toda vez que en la sentencia que la establece no se le atribuye título alguno de ocupación, distinto al que ostentaba previamente, limitándose a constatar tal situación de hecho para llevar a cabo la misma. Ello lógicamente sin perjuicio de que la alteración de las circunstancias que supondría el desalojo instado pueda justificar, en su caso, la solicitud de incremento de tal prestación alimenticia, ratificando así que el efecto del desalojo, en relación a esa cualidad de alimentista, es indirecto o reflejo, no justificando en absoluto el litisconsorcio.

El correlativo motivo de impugnación, centrando ya en el fondo del asunto, se opone a la estimación de la pretensión de desahucio en precario insistiendo en que la relación jurídica existente entre la actora y la demandada, no tiene esta naturaleza sino la de un comodato del artículo 1740 y siguientes del CC, celebrado en el año 1984 entre la propietaria originaria, madre de la hoy actora, y el matrimonio formado entonces por su nieto y la hoy demandada, cuya finalidad o uso, el servir de hogar a la familia, determina por sí sola una duración al menos hasta que los hijos adquieren independencia económica.

Se plantea así con el mismo a esta Sala, una cuestión esencialmente jurídica, y no otra que la de determinar si el uso que representó en su momento la cesión que la madre de la actora hizo al matrimonio formado por su nieto y la hoy demandada, lo era meramente tolerado constitutivo por ello de precario, como se concluye en la recurrida o por el contrario ha de ser calificado de comodato en el que al estar destinada a domicilio familiar no puede reputarse desaparezca ese uso o destino por el hecho de haberse producido la crisis familiar al seguir sirviendo de hogar a parte de la familia, uso que por ello ha de prevalecer hasta en tanto subsista la misma necesidad que inicialmente justificó la cesión, que es la tesis de la demandada.

Pues bien esa cuestión de cuál sea la naturaleza del título jurídico en virtud el cual el progenitor o familiar próximo propietario de un inmueble, en este caso la abuela, ha cedido un inmueble a un nieto para que funde allí su hogar sin percibir ninguna renta, ciertamente ha sido resuelta en forma discrepante por los tribunales en supuestos, como el de autos, en los que tras la crisis del matrimonio existía una resolución judicial atribuyendo el uso a uno de los cónyuges, en sintonía con las tesis contradictorias mantenidas por las partes en este procedimiento. Discrepancia a la que no ha sido ajena esta misma Sala y que tiene su origen en el hecho de que sobre esa naturaleza jurídica de esta cesión del uso la jurisprudencia del TS también era contradictoria, manteniendo las Sentencias de 2 de diciembre de 1992 y 18 de octubre de 1994, la tesis sostenida por la demandada hoy recurrente, mientras que las de 30 de noviembre de 1964, 21 de mayo de 1990 y la de 31 de diciembre de 1994, sostenían que esa atribución no alteraba el título inicial de precario.

Ahora bien, esa discrepancia de la jurisprudencia del TS, como ya esta Sala ha tenido ocasión de señalar en su reciente Sentencia núm. 123 de 12 de mayo de 2008, hoy ha de reputarse superada al haber sido la misma resuelta por el TS en Sentencia de 26 de diciembre de 2005, decantándose por mantener su calificación como precario, tras analizar sus precedentes, reiterando la doctrina ya establecida en la lejana Sentencia del Alto Tribunal de 30 de noviembre de 1964 en la que se razonaba que esa cesión del uso y disfrute (en referencia a la efectuada por los padres de familia al casarse alguno de sus hijos) sin señalamiento ni exigencia de pago de renta o merced, no puede inferirse, mientras otra cosa no conste que establezca un derecho real de habitación, sino solamente que se constituye un verdadero precario, en el sentido técnico con que el derecho romano lo configuraba; que cesara cuando a él quiera ponerle fin el cedente o el cesionario.

En aplicación de la precitada doctrina se concluye en la ya citada del TS de 26 de diciembre de 2005, seguida por esta Sala en la suya de 12 de mayo de 2008, –como no podía ser de otra forma dado el valor relevante que a la misma reconoce el artículo 1.6 del CC, en la función que le es propia de procurar una interpretación uniforme del ordenamiento jurídico al aplicar las leyes–, que «para solucionar aquellas reclamaciones efectuadas por los progenitores de uno de los cónyuges, acerca de la reivindicación de los inmuebles que les hubiesen cedido habrá de examinar, en primer lugar si existió un contrato entre ellos y aplicar los efectos propios de ese contrato, pero en el caso de que no hubiera existido, la postura de los cesionarios del uso del inmueble es la de un precarista».

Igualmente en tal sentencia se reitera la jurisprudencia, ya recogida en las precedentes de 21 de mayo de 1990 y 31 de diciembre de 1994, en orden a que ese título de precario no se altera por la atribución judicial de su uso en el proceso de separación matrimonial, dado que tal atribución no genera *per se* un derecho antes inexistente y sí sólo protege el que la familia ya tenía, de forma que el argumento de protección de la vivienda familiar a que responde esa atribución, «... es absolutamente aceptable cuando se trata de las relaciones entre cónyuges, pero no puede afectar a terceros que nada tienen que ver con el matrimonio que se disuelve y que no son parte, porque no pueden serlo, en el procedimiento matrimonial».

Jurisprudencia que ha sido nuevamente reiterada en la reciente Sentencia del TS de 2 de octubre de 2008, resolviendo precisamente un recurso de casación por interés casacional en la que en su parte dispositiva se fija como doctrina la siguiente: «La situación de hecho de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial».

Proyectada la misma a este supuesto debe llegarse a la misma conclusión que la recurrida de su calificación como precario en este caso y con ello al rechazo de este motivo de impugnación, pues la ocupación inicial de la vivienda por el matrimonio en el año 1984, ha de estimarse lo fue en concepto de precario, al no constar acreditado ni invocarse hubiera existido otro título que la mera cesión tolerada de su propietaria sin pago de renta o merced, que es lo que constituye su esencia, y como una de las consecuencias de tal calificación es que el titular dominical del inmueble cedido puede poner fin a esa ocupación meramente tolerada mediante el adecuado procedimiento, que lo es el presente, por cuanto se razonó en el fundamento de derecho primero de esta resolución, dado que el disfrute en precario es una de las causas de desahucio prevista en el artículo 250.1.2.º de la LEC, es claro la procedencia del mismo en este caso.

Se impugna por último el pronunciamiento de imposición de costas invocando la existencia en este caso de hechos relevantes cuales la ocupación de la misma desde el año 1984, su atribución de uso a favor de la recurrente en la Sentencia de separación matrimonial dictada en el año 2002 y la ausencia de prueba de la existencia de reclamaciones previas de devolución, unido a una evidente complejidad fáctica y jurídica, que justificarían la no imposición de costas.

El motivo se desestima pues, como ya ha declarado esta Sala, entre otros en su reciente sentencia núm. 243/2008 de veintitrés de septiembre «El criterio objetivo del vencimiento, que es la regla general en materia de imposición de costas, responde a la idea del resultado del proceso y a la necesidad de que el que se ha visto obligado a acudir al mismo como única forma de ver reconocido el derecho postulado, no puede ver gravada su situación patrimonial cuando la resolución judicial le da la razón.

Es cierto que, con carácter de excepción, que por ello ha de ser objeto de interpretación estricta y restringida, el propio artículo 394.1 contempla la posibilidad de que en aquellos supuestos en que «el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho», no se proceda a tal imposición. Ahora bien no basta ni es suficiente para impedir la condena en costas que se invoque la mera existencia de dudas, sino que éstas han de ser «serias», objetivas y suponer un plus de incertidumbre al que normalmente se suscita en toda contienda judicial. Las invocadas han de ser por ello fundadas, razonables y basadas en una gran dificultad para determinar bien la realidad de los hechos o circunstancias que fundamentan la pretensión bien los efectos jurídicos de los invocados por ser las normas aplicables a los mismos susceptibles de varias interpretaciones o porque sobre ellos exista doctrina jurisprudencial contradictoria».

En este caso no puede estimarse exista complejidad alguna fáctica o jurídica que justifique la no imposición de costas. La situación de hecho es clara y lo contradictorio de la jurisprudencia en relación a sus efectos jurídicos, ha sido resuelta por el TS en la precitada Sentencia de diciembre de 2005, a partir de la cual viene siendo aplicada por todas las Secciones Civiles de esta Audiencia.

VIVIENDA FAMILIAR

La circunstancia de que el esposo se encuentre actualmente de baja laboral no es motivo para dejar sin efecto la atribución que se le hizo al mismo del uso del local de la planta baja de la vivienda familiar.

AP LEÓN, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Muñiz Díez

La demandante doña Alejandra formuló demanda incidental contra don Blas, exclusivamente en solicitud de que se dejara sin efecto la medida de atribución del uso del taller de carpintería que se hizo al mismo en la Sentencia de fecha 25 de mayo de 2005, dictada, en grado de apelación, por esta

Audiencia Provincial de León, y que se halla ubicado en el bajo de la vivienda familiar cuyo uso fue atribuido a la actora en la Sentencia de 30 de noviembre de 2004, dictada en procedimiento de separación matrimonial sustanciado bajo el número 224/04 en el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Astorga, fundamentando tal pretensión en la falta de utilización del taller por parte del demandado, al encontrarse de baja por enfermedad, y en la necesidad que tiene el hijo del matrimonio de dicho taller para realizar su actividad.

La sentencia de instancia estimando la demanda, declara haber lugar a la modificación pretendida y, en consecuencia, adjudica el uso del local sito en la planta baja de la vivienda a la esposa, y en disconformidad con tal pronunciamiento se interpuso por el demandado el recurso de apelación que ahora se conoce en el que interesa la íntegra revocación de aquélla y se mantenga la atribución del uso del taller que se le hizo en la Sentencia de fecha 25 de mayo de 2005.

En el fundamento de derecho tercero de la citada Sentencia de 25 de mayo de 2005 (folios 49 a 51), se justificaba la medida acordada de mantener al esposo en la utilización del taller de carpintería ubicado en el bajo de la vivienda, en la concurrencia de las circunstancias siguientes: a) venir siendo utilizado por el esposo para el desarrollo de su profesión, que era la única fuente de sus ingresos, aparte la ayuda que venía percibiendo; y b) no ser indispensable dicho local para el uso de la vivienda, cuya atribución se hace a la esposa.

Pues bien, tales circunstancias entiende este Tribunal que permanecen inalteradas pues el hecho de que el demandado se encuentre actualmente de baja por enfermedad, justificada por la documentación médica aportada, no excluye, en modo alguno, que una vez restablecida la salud, pueda aquél reanudar la actividad de carpintería que venía desarrollando en dicho local, siendo, por el contrario, previsible que así lo haga al ser la única fuente de ingresos con la que cuenta; tampoco se justifica haya habido modificación en lo que respecta a no ser aquel indispensable para el uso de la vivienda, ni como tampoco que tal uso haya sido fuente de conflictos entre los cónyuges cuando es así que la propia actora ha reconocido que apenas ve al demandado y que no tiene mal entendimiento con el mismo.

Finalmente es de destacar que la causa principal de reclamar el uso del local ni siquiera se dirige a satisfacer un interés propio de la actora ya que ésta alega que lo necesita para que lo ocupe el hijo del matrimonio lo que, a la postre, va mas allá de las medidas que pueden acordarse en un procedimiento de separación.

En definitiva, y no apreciándose la existencia de la alteración sustancial de las circunstancias que exige el artículo 90 penúltimo párrafo del Código Civil para la modificación de las medidas adoptadas, el recurso debe ser estimado y, con revocación de la sentencia recurrida, procede acordar mantener al Sr. Blas en el uso del taller ubicado en el bajo de la vivienda tal como fue acordado en anterior Sentencia de 25 de mayo de 2005.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Teniendo en cuenta la situación laboral eventual del hijo mayor de edad, dado que consta acreditado que no se le prorrogaría al momento del vencimiento del contrato por tres meses, procede darle una oportunidad formativa temporal al hijo por término de dos años.

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 1 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Javier Díez Núñez

Peticionándose la declaración extintiva de alimentos del hijo mayor, el órgano enjuiciador, dentro de los parámetros de actuación no vendría obligado, sin más, a concederlo o denegarlo, sino que también, es perfectamente admisible, resolver en la forma en que lo hiciera en atención a las circunstancias concurrentes en el caso, dado que, sin lugar a dudas, se trata de adolescente que en su edad, veintidós años, no ha aprovechado como debiera el proceso educativo que se le facilitara, obteniendo resultados inadecuados, como el mismo reconociera al ser oído en el acto del juicio, pero de ahí no cabe resolver en la forma que se peticiona por el recurrente, ya que, también es cierto que esporádicamente vino actuando de croupier en el Casino Nueva Andalucía de Marbella, situación laboral eventual que, según testimonio de don Andrés, no se le prorrogaría al momento del vencimiento del contrato por tres meses, elementos probatorios que en unión de la documental aportada de adverso, implica el darle una oportunidad formativa temporal al interesado por dos años, tal y como se

hiciera por la juzgadora de instancia, término que se computará desde el dictado de la sentencia de la primera instancia, pues de la conjugación de la documental acompañada con contestación a la demanda con la aportada en esta alzada, se constata la veracidad de la continuidad del período educativo del mayor de los hijos, no siendo de recibo admitir como circunstancia de sustancial importancia a los efectos de extinción de la pensión los hechos aducidos por el demandante de haber quedado minorados sus ingresos como odontólogo, puesto que no ofrece claridad bastante en tal sentido los motivos que adujera sobre el particular cuando se constata documentalmente que el mismo continúa ofreciendo sus servicios profesionales en las clínicas en las que anteriormente trabajaba y, al parecer, continúa haciéndolo, extremo este que debió justificar cumplidamente el interesado, sin que lo hiciera, procediendo, no obstante, resolver la apelación con estimación parcial del recurso, por cuanto que del contenido de la sentencia de primer grado, en manera alguna, cabe entender que las costas procesales devengadas debieran ser impuestas al actor, pues su pretensión extintiva de pensión alimenticia no se obtuvo plenamente pero, sin embargo, es lo cierto que sí lo fuera en parte al momento en el que se determinara su vencimiento al término de los dos años, lo que razona la estimación del recurso en la forma que se concretará en la parte dispositiva de la presente resolución.

PENSIÓN ALIMENTICIA

La sentencia determinó que los gastos de guardería debían ser abonados por partes iguales. Dicho gasto dejó de producirse a finales del mes de junio, cuando se inició el período vacacional del menor; si la apelante decidió llevar a su hijo durante dicho período vacacional a la guardería, resulta evidente que tal decisión obedeció a su propia comodidad, por cuanto la madre pudo disfrutar también de vacaciones durante ese mes.

AP GUIPÚZCOA, SEC. 2.ª, AUTO DE 28 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María Teresa Fontcuberta de la Torre

La apelante doña María Milagros, recurre en esta alzada el auto por el que se estima en parte la oposición que formula el ejecutado, frente a la ejecución despachada a su instancia, y se requiere al Sr. Claudio, para que haga efectivo solamente el 50% de los gastos de ikastola del menor Salvador, declarando no haber lugar a seguir adelante con la ejecución despachada por los gastos correspondientes a guardería y comedor, dejando dicha ejecución sin efecto respecto de tales conceptos.

Decisión frente a la que se alza la apelante, alegando en síntesis los siguientes motivos de recurso:

– Que en la sentencia de la que trae causa la ejecución se estableció que los gastos de guardería serían abonados por mitades entre ambos progenitores, correspondiendo al padre el pago de 124,85 euros.

– Y que el juzgado no puede incurrir en incongruencia, al rechazar en ejecución lo declarado en la sentencia.

La Sala analizará dichas alegaciones, a las que se opone el apelado solicitando la confirmación del auto recurrido.

Una vez examinado el contenido del auto recurrido, en relación con los pronunciamientos de la sentencia de divorcio, en la que se adoptaron las correspondientes medidas en relación con el hijo menor de los litigantes, la Sala considera que los motivos de recurso no merecen acogida y ello por las siguientes razones:

– Porque aunque efectivamente la sentencia determinó que los gastos de guardería debían ser abonados por partes iguales, correspondiendo al padre el pago de 124,85 euros mensuales, dicho gasto dejó de producirse a finales del mes de junio, cuando se inició el período vacacional del menor, en el que correspondía al progenitor no custodio, disfrutar de su compañía durante el mes de julio. Finalizado tal período, el niño pasó con la madre el resto de las vacaciones durante el mes de agosto, tal y como se había establecido en la sentencia de divorcio.

Ahora bien, si la apelante decidió llevar a su hijo durante dicho período vacacional a la guardería, resulta evidente que tal decisión obedeció a su propia comodidad, por cuanto la madre pudo disfrutar también de vacaciones durante ese mes,

para pasarlas con su hijo. Y si por razones laborales, que no constan ni se han alegado, venía obligada a trabajar en el mes de agosto, hubiera debido ponerlo en conocimiento del juzgado y de la otra parte, para acreditar la necesidad de seguir llevando al niño a la guardería.

– Y por lo tanto el auto apelado no incurre en incongruencia alguna ni resulta contradictorio con lo resuelto en la sentencia, porque la obligación de pagar el 50% de los gastos de guardería impuesta al padre, subsistió únicamente durante el tiempo en que tal gasto debía generarse por resultar necesario y no consecuencia de la comodidad de uno de los progenitores, porque resulta obvio que por las mismas razones alegadas por la recurrente, también el padre hubiera podido decidir por su cuenta llevar al niño a la guardería durante el mes de julio, y gozar de mayor libertad durante sus vacaciones.

Y respecto a los gastos de comedor, acerca de los cuales no se alega motivo de recurso alguno, aunque se solicita que se paguen también por el progenitor no custodio, no cabe más que mantener el criterio adoptado en la resolución de instancia, dado que tal gasto se genera por una parte, pero también supone un ahorro en el gasto por alimentos que debe asumir la progenitora custodia, para el que cuenta con la pensión señalada en la sentencia a cargo del Sr. Claudio.

Por todo lo expuesto el recurso debe ser desestimado, y además porque resulta acorde con lo decidido por la Sala al resolver idénticos motivos de impugnación del auto en el que se acordó requerir al ejecutado para que hiciera efectivo únicamente el pago del cincuenta por ciento de los gastos de ikastola (seis euros), antes de que se formulara la oposición a la ejecución, resuelta en el auto ahora recurrido.

PENSIÓN ALIMENTICIA

El padecer un infarto de miocardio es una circunstancia susceptible de tener influencia en los ingresos del afectado, pero no es menos cierto que este padecimiento no tiene por qué ser incapacitante y que, con un debido control, el paciente puede reintegrarse a su vida laboral activa, como sucede en el presente caso.

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Alcalá Navarro

Solicita la parte recurrente la revocación de la sentencia apelada y el dictado de otra que desestime las pretensiones del actor, y alega en apoyo de su petición que no se da ninguno de los requisitos que doctrinalmente viene exigiéndose para que procediese la reducción de su pensión compensatoria de 300 a 100 euros, en base a una supuesta reducción de los ingresos del contrario meramente coyuntural y transitoria, rechazada que fue la pretensión por el nacimiento de una nueva hija del actor, de cuya existencia ya debía conocer el actor a la firma del convenio regulador, pues de su fecha de nacimiento se deduce que la madre tenía que estar embarazada de cuatro meses.

La Sala parte de que el padecer un infarto de miocardio es una circunstancia susceptible de tener influencia en los ingresos del afectado, así como que en principio el suceso puede ser imprevisto y por tanto, no tenerlo en cuenta al momento de formalizar el convenio regulador, pero no es menos cierto que este padecimiento no tiene por qué ser incapacitante y que, con un debido control, el paciente puede reintegrarse a su vida laboral activa, y presentada esta demanda el 28 de octubre de 2007, obra al folio 78 de las actuaciones, aportado por la parte demandante en el acto del juicio, parte de baja/alta de incapacidad temporal por contingencias comunes, del que resulta que el actor fue dado de alta el 31 de octubre de 2007, cinco días después de interponer la demanda, y en la causa del alta aparece «mejoría que permite realizar el trabajo», y aunque haya tenido una nueva baja al 2 de enero de 2008, su motivo es «angor inestable», lo que es más una apreciación subjetiva que un padecimiento constatado que le incapacite definitivamente para el trabajo como vigilante jurado en el Supercor de Fuengirola; aparece informe de alta hospitalización de la misma fecha 2 de enero de su ingreso, con el diagnóstico «angor mixto con ergometría de buen pronóstico» realizado por el servicio de cardiología del Hospital Costa del Sol de Marbella, por lo que la circunstancia es episódica y no susceptible de producir la modificación de medidas interesadas.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Al haberse trasladado la hija mayor a estudiar a Madrid, residiendo en un colegio mayor, se extingue el deber del padre de abonar pensión de alimentos a la madre, asumiendo aquél directamente todos los gastos de la hija.

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos María Piñol Rodríguez

La situación de la hija Patricia con su marcha a residir en Madrid por motivos de estudios, es una verdadera modificación de la situación de cuando se firmó el convenio, sin duda beneficiosa para la hija, la cual puede materializar su deseo de cursar una carrera en Madrid, viviendo en un colegio mayor, con los conocidos e importantes gastos que ello conlleva, que sería imposible poder sufragar con la pensión de alimentos que a su favor se le reconocía en el Convenio regulador, por lo que en principio lo que la sentencia determina es en beneficio de la menor, que puede, con ese cambio realizar sus aspiraciones profesionales, con el apoyo económico de su padre, al cual sin duda le será más gravosa esa forma de alimentos para la hija; la nueva forma de prestar alimentos es sin duda más beneficiosa para la menor, porque atiende a todas sus necesidades, pues así lo pide en la demanda cuando asume en exclusiva la manutención de la hija, lo que implica todos los gastos inherentes dentro del concepto de alimentos, y se prevé reformar el inicial régimen de la pensión, si se produjera la vuelta de la menor a Sevilla, no modificar la medida y mantener los 1.500 euros impediría a la hija realizar sus expectativas académicas, pues el traslado y estancia a Madrid no tendría que ser soportado por el padre pues la obligación de alimentos quedaría cumplida con el pago de la pensión, pues cabe plantearse que la obligación de alimentos no abarca estudiar lo que uno quiera y donde pudiera; es un incuestionable beneficio para la menor la solución adoptada en la sentencia; ha quedado claro que la hija quiere estudiar en Madrid y es lo que con esa decisión puede conseguir por lo que no se atisba motivo que justifique mantener lo acordado en el convenio; esta nueva realidad evidencia que la mayor parte del tiempo reside en Madrid, y de forma ocasional en Sevilla en lo que podría denominarse un régimen de visitas con la madre debiendo asumir los mismos gastos que de ese régimen de visitas puedan derivarse; no puede olvidarse que la sentencia recoge y nada se ha demostrado en contrario que el padre abona al Colegio Mayor, la Universidad privada, gastos de traslado, AVE y una entrega mensual de 500 euros; por todo lo dicho procede confirmar la sentencia sin hacer pronunciamiento sobre las costas de la alzada.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Las fotocopias de dos recibos, en los que figura el mismo número 18, emitidos en los meses de enero y febrero de 2008 por once días de clases impartidas a un alumno cuyo único dato identificativo es «Manuel», y suscritos por una persona cuyos datos no constan, no son suficientes para acreditar la realidad del gasto extraordinario de educación.

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, AUTO DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Damián Álvarez García

Gastos extraordinarios, educativos o sanitarios no cubiertos por el sistema público, son aquellos desembolsos económicos, imprescindibles, no periódicos ni habituales, y necesarios y urgentes o, en su caso, consensuados por los progenitores.

Las fotocopias de dos recibos, en los que figura el mismo número 18, emitidos en los meses de enero y febrero de 2008 por once días de clases impartidas a un alumno cuyo único dato identificativo es «Manuel», y suscritos por una persona cuyos da-

tos no constan, no son suficientes para acreditar la realidad del gasto extraordinario de educación que reclama la ejecutante, máxime cuando no se justifica la necesidad de las clases de refuerzo ni se demuestra que la realización de dicho gasto haya sido previamente consensuado o al menos consultado con el padre, estando datado el 21 de diciembre de 2007 el escrito que la Letrada de la ejecutante dirigió a la Abogada del ejecutado, sin que en el mismo se aluda a un gasto educativo (realizado con posterioridad).

No obstante la desestimación del recurso de apelación en cuanto al gasto extraordinario reclamado de 33 euros, no procede imponer a la Sra. Flora las costas procesales de la oposición, pues la oposición a la demanda ejecutiva no se limitó en exclusiva a impugnar de abono de la mitad del gasto extraordinario de carácter educativo. Por vía de consecuencia, la no imposición a la ejecutante de las costas generadas por la oposición del ejecutado determina la improcedencia de un especial pronunciamiento sobre las costas de alzada.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Se considera excesiva para un hijo una pensión alimenticia equivalente al 30% de los ingresos líquidos del padre.

AP CANTABRIA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Javier de la Hoz de la Escalera

El demandado don Blas solicita en esta segunda instancia la rebaja de la pensión alimenticia establecida a favor de su hijo, también llamado Jorge, quien, siendo mayor de edad –28 años–, y aquejado de una minusvalía, convive con su madre y tiene como únicos ingresos una pensión no contributiva por razón de invalidez, por importe de 312,43 euros mensuales más pagas extras en el año 2007. La necesidad abstracta del hijo por insuficiencia de recursos fue un hecho no discutido en la instancia y que por consiguiente quedó fuera del debate, lo que no impide precisar que no necesita de la ayuda de una tercera persona para las tareas esenciales de la vida, lo que consta expresamente en la Resolución de 1 de junio de 2007 que le reconoce su minusvalía; que no consta acreditado que tenga que hacer frente a gastos de asistencia sanitaria no cubiertos por el sistema sanitario público; y que, además, los alimentos debidos al hijo mayor de edad no tienen la extensión propia de los alimentos de los hijos menores o en formación, sino que comprenden sólo el sustento, habitación, vestido y asistencia médica (artículo 142 del CC). El debate, por tanto, se centra en si el demandado está en condiciones de contribuir con una pensión alimenticia y en qué cuantía debe hacerlo, lo que obliga a una valoración de las circunstancias económicas de ambos considerando también las posibilidades de la madre, obligada igualmente a prestar alimentos aunque no ha sido demandada ni esta resolución le vinculará, ni las partes han opuesto defecto alguno en la constitución de relación jurídico-procesal.

El recurrente es pensionista, cobrando una pensión que en el año 2007 ascendió a un importe íntegro de 11.393,06 euros, es decir, 949,42 euros brutos al mes, incluida la parte prorrateada de las pagas extraordinarias; no tiene vivienda propia, sino que vive de alquiler, pagando una renta de 300 euros mensuales, siendo de su cargo todos los suministros e IBI; y tiene además una cuenta corriente con saldo al 30 de diciembre de 2007 de mas de 49.000 euros, resto del importe obtenido por la venta de la que fue vivienda familiar, por la que obtuvo en su momento –11 de julio de 2006–, algo más de 75.000 euros; lógicamente, además de esos gastos de vivienda tiene los gastos propios de alimentación, vestido y demás, aunque no resulta creíble ni verosímil para este tribunal cuanto se alega acerca de una deuda por alimentación en un restaurante –de una sobrina, que nada habría cobrado hasta enero de 2008–, de más de once mil euros al año, lo que hace un gasto diario en tal establecimiento de 31,86 euros, cifra a todas luces inusual y desproporcionada para los ingresos y patrimonio del recurrente.

El alimentista percibe una pensión que en el año 2007 ascendió a 364,50 euros con el prorrateo de las pagas extras; y vive en casa de su madre y hermano, no pagando alquiler. Su madre es propietaria de la mitad de esa vivienda, que tiene una carga hipotecaria, pero con posterioridad a su adquisición, vendió en julio de 2006 la que fuera vivienda conyugal, obteniendo la misma cantidad de dinero que el ahora recurrente.

Teniendo en cuenta cuanto queda expuesto, ponderando los intereses en juego y la extensión de los alimentos de que se trata, este tribunal considera excesiva la contribución fijada en la sentencia recurrida, que conduce a que el demandado vea reducidos los ingresos por su pensión, ganada de forma contributiva, en más del treinta por ciento, restándole tras el pago de la misma y de sus gastos de vivienda mucho menos del dinero del que dispondría el hijo sumando su pensión no contributiva y la de alimentos, puesto que éste no paga alquiler. Por ello, y aun considerando el capital que conserva de aquella venta, resulta más adecuado y proporcionado a las necesidades del alimentista y las posibilidades del alimentante, como ordena el artículo 146 del CC, la suma de 120 euros mensuales, procediendo la estimación del recurso en este sentido.

PENSIÓN ALIMENTICIA

En la sentencia de cuya ejecución se trata se estableció, como condicionante de la exigibilidad ejecutiva de los gastos extraordinarios, el acuerdo de las partes, que debía ser acreditado documentalmente y de forma fehaciente, y es lo cierto que tales requisitos no concurren en el caso examinado.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 2 DE DICIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández

Previene el artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Añade el Tribunal Supremo, ya desde viejas sentencias como la de 28 de junio de 1927, que las resoluciones judiciales dirigidas a llevar a efecto una sentencia firme deben ajustarse exactamente a las declaraciones que ésta contenga, cumpliéndolas puntualmente en toda su integridad, sin ampliar ni reducir sus límites, ni hacer declaraciones contrarias o no comprendidas en ella.

A través de los alegatos vertidos en el escrito de interposición del recurso, la dirección Letrada de la apelante hace referencia tan sólo a los gastos derivados de las clases de fútbol e inglés, lo que implica, no obstante los términos genéricos del suplico de tal escrito, la conformidad de dicha parte con el criterio denegatorio plasmado en la resolución apelada sobre los gastos de sociedad médica y excursiones.

Y así acotada la cuestión a la que, en cumplimiento de lo prevenido en el artículo 218 de la LEC, ha de dar respuesta el Tribunal, es lo cierto que en la sentencia de cuya ejecución se trata se estableció, como condicionante de la exigibilidad ejecutiva de los gastos extraordinarios, el acuerdo de las partes, que debía ser acreditado documentalmente y de forma fehaciente.

Y es lo cierto que tales requisitos no concurren en el caso examinado o, al menos, ello no consta a través de las actuaciones elevadas a nuestra consideración, pues los alegatos al efecto vertidos por la recurrente en el trámite del artículo 458 de la LEC sobre el acuerdo, expreso o tácito, alcanzado por las partes, carecen de la corroboración probatoria que a dicha parte le era exigible, en virtud de lo prevenido en el artículo 217 de la repetida Ley rituaria.

Por lo cual, hemos de compartir el criterio decisorio al efecto plasmado en la resolución apelada.

De otro lado, la controversia que, en principio se suscitó, parece haber quedado definitivamente solventada mediante la escritura notarial otorgada por los hoy litigantes en fecha 18 de diciembre de 2007, en la que, junto con la liquidación de su sociedad legal de gananciales, acuerdan dar instrucciones a sus respectivos Letrados para retirar los procedimientos de ejecución entablados en reclamación de atrasos producidos hasta la fecha de dicho otorgamiento, haciéndose expresa mención, entre otros conceptos, a las deudas generadas por gastos extras del hijo común, lo que habría de atraer al caso las previsiones del artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Alega también la recurrente que la resolución apelada no contiene pronunciamiento alguno sobre las cantidades reclamadas en su escrito de 3 de mayo de 2007.

Sin embargo, la lectura de las actuaciones pone de manifiesto que, mediante diligencia de ordena-

ción de 18 de junio siguiente, se acordó ampliar la ejecución por la suma de 779,50 euros, en concepto de gastos extraordinarios por gafas y tratamiento psicológico.

Y no habiendo formulado oposición al respecto el ejecutado, el Auto apelado no tenía por qué entrar a decidir sobre una controversia no suscitada formalmente, manteniendo su vigencia la referida ampliación, y todo ello sin perjuicio de los acuerdos que, según se refiere y documenta, han alcanzado las partes sobre liquidación de las deudas pendientes entre ellos.

Más se entiende, al respecto, el planteamiento de la hoy apelante, pues derivando el procedimiento ejecutivo de la demanda presentada por la misma, su finalización, por un hipotético desistimiento, exigía ineludiblemente la iniciativa de la referida litigante, y no de la contraria, que se había limitado a mostrar su oposición aparte de las pretensiones formuladas por aquélla.

PENSIÓN COMPENSATORIA

No procede limitar temporalmente la pensión compensatoria ya que si bien es cierto (y así lo reconoció la esposa) que en un futuro cobrará una pensión de jubilación del régimen de trabajadores autónomos, no consta cuál va a ser su cuantía y el fondo de pensiones en absoluto es tan representativo como para poder considerar que aquélla sea titular de un patrimonio saneado. El esposo, por el contrario, es un empresario con unos saneados ingresos por razón de su actividad.

AP VIZCAYA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Fernando Valdés-Solís Cecchini

La única cuestión debatida por la parte recurrente hace referencia a la pensión compensatoria establecida a favor de doña Claudia; estima el recurrente que dicha pensión compensatoria debe ser limitada tanto en cuanto a su duración, estableciendo que la misma se extinga cuando la apelada cumpla la edad de 65 años, y en cuanto a su importe, solicitando que sea reducida a la suma de 777 euros mensuales, subsidiariamente a la de 804.51, desde la señalada por la Sentencia recurrida de 1.100 euros mensuales. También solicita que el préstamo hipotecario que grava una vivienda en Castellón no sea satisfecho por la esposa al cincuenta por ciento.

Los argumentos de la parte recurrente se basan en que la esposa, cuando cumpla la edad de sesenta y cinco años, cobrará un pensión de jubilación dentro del régimen de autónomos y que es titular de un fondo de pensiones en el BBVA por importe de 16.172,25 euros; también es propietaria de la vivienda donde reside, de una plaza de garaje que tiene alquilada por 70 euros mensuales, y de dos fincas rústicas en Cantabria. Por último dispone de un fondo de inversión en el BBVA juntamente con sus hijos.

Compartimos plenamente la sentencia recurrida tanto en la duración como en la cuantía de la pensión compensatoria, cuya procedencia el recurrente no discute en ningún momento. Si bien es cierto (y así lo reconoció la apelada) que en un futuro cobrará una pensión de jubilación del régimen de trabajadores autónomos, no consta por parte alguna cuál va a ser su cuantía; y el fondo de pensiones o los bienes que hemos dejado enunciados en absoluto son tan representativos como para poder considerar que la apelada sea titular de un patrimonio saneado que le permita atender a su subsistencia. El recurrente, por el contrario, es un empresario con unos saneados ingresos por razón de su actividad, que puede y debe pagar perfectamente la pensión señalada de 1.100 euros mensuales.

Cuantía que si bien en la sentencia se incurre en cierta contradicción a la hora de fijar los elementos de juicio tomados en consideración para fijarla, nos parece de todo punto adecuada. Al apelante le restan ingresos suficientes para atender a sus propias necesidades, sin que la pensión compensatoria se fije a modo de ecuación matemática entre los ingresos del deudor y unas supuestas tablas, que carecen de cualquier tipo de vigencia.

PENSIÓN COMPENSATORIA

No es admisible denegar la pensión compensatoria por el hecho de que el marido y la mujer trabajen y obtengan ingresos propios derivados de su actividad profesional, pues no es ése el parámetro a tener en consideración a los efectos de su concesión o denegación sino, más concretamente, si al momento del cese de la convivencia matrimonial se produce desequilibrio a uno de los cónyuges en relación con la situación que tuviera con anterioridad.

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Javier Díez Núñez

Circunscrito el punto objeto de controversia, única y exclusivamente, a la pensión a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, es de advertir cómo la misma queda configurada como compensatoria entre la disparidad que la disolución o separación del matrimonio puede crear en las respectivas condiciones de vida de los esposos, teniendo por objeto restaurar, con criterio igualitario, el desequilibrio entre los cónyuges, con la finalidad reparadora concreta de un eventual descenso del nivel de vida de uno de los esposos en relación al que conserva el otro, una vez producido el cese efectivo de la convivencia matrimonial por separación o divorcio, diferenciándose claramente de la deuda alimenticia, tanto por responder en su determinación a criterios distintos, cuanto porque en el marco de la vigente legalidad no es factible la coexistencia, en una situación de separación o divorcio, de la deuda de alimentos y la pensión a que se refiere la precitada norma sustantiva, en razón del carácter exclusivo predicable de la segunda, en cuanto a los efectos pecuniarios entre los cónyuges separados o divorciados, por razón del matrimonio o convivencia conyugal, afirmación, que como la doctrina científica apunta, viene sustentada por dos tipos de razones, de una parte, porque en el capítulo IX del título IV del Libro I del Código Civil, referido a los efectos de la nulidad, separación o divorcio, se contempla únicamente la pensión como eventual efecto de aquella situación omitiendo toda alusión a una posible deuda de alimentos, y de otra, desde un punto de vista conceptual, porque parece inviable mantener la coexistencia de estas dos figuras, ya que aun cuando la pensión represente una novedad en la medida que integra criterios y circunstancias que no venían recogidos legalmente para la deuda alimenticia, cumple una función en este orden, presentándose como integradora y superadora a la vez de la antigua deuda de alimentos, consideraciones estas que el órgano enjuiciador de alzada no practica en forma baladí sino, por el contrario, esencialmente para delimitar con claridad la diferenciación existente entre lo que debe entenderse por la pensión compensatoria por desequilibrio económico aquí tratada y la alimenticia, ya que los argumentos impugnatorios sobre los que parece sustentar su impugnación la recurrente traspasan el límite de la primera interfiriéndose, en cierta medida, en la segunda, no siendo admisible proceder a denegar la pensión compensatoria por el hecho de que el marido y la mujer trabajen y obtengan ingresos propios derivados de su actividad profesional, pues no es ése el parámetro a tener en consideración a los efectos de su concesión o denegación sino, más concretamente, si al momento del cese de la convivencia matrimonial se produce desequilibrio a uno de los cónyuges en relación con la situación que tuviera con anterioridad y en este ámbito es de considerar por el tribunal que, efectivamente, dicha situación se produce en un matrimonio que se celebrara en el año mil novecientos ochenta y cinco, del que nacieron dos hijos, teniendo la esposa una incapacidad permanente absoluta reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social por importe de seiscientos cuarenta y dos euros con ochenta y dos céntimos (642,82 euros) –folio 85–, habiéndose dedicado durante los años de convivencia al cuidado del hogar, de los hijos, incluido uno de anterior relación del marido, durante el tiempo que estuviera conviviendo en la vivienda, reconociéndose por el marido, quien obtiene ingresos derivados de su actividad profesional como funcionario del Ayuntamiento de Málaga en cuantía muy superior a la de la esposa (folios 64 a 66), durante los años de matrimonio con sus ingresos se sostuvo la economía familiar y que ayudaba a la esposa en sus necesidades personales, habida cuenta la enfermedad que padece, parámetros fácticos que tienen perfecto encaje en los determinados en la norma contenida en el artículo 97 y que hacen resolver la contienda a favor de la tesis recurrente, si bien la cuantía pretendida se considera como excesiva, pues en este aspecto, cierto es que no se trata de formalizar una distribución paritaria entre ambos esposos, sino, simplemente, de «equilibrar» ese desajuste fruto de la ruptura conyugal, que no es, en modo alguno, como se dijo, alimentario, de ahí que considere la Sala procedente el fijarlo en cuantía de trescientos euros (300 euros) mensuales, revalorizables anualmente conforme a las variaciones que experimente el Índice de Precios al Consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadística.

PENSIÓN COMPENSATORIA

La cantidad de 6.000 euros solicitada por la esposa en concepto de pensión compensatoria se considera proporcionada a esta situación, aunque no la modalidad elegida de una prestación única, que sumiría en una dificultad importante al obligado a su abono. Por ello, se opta por su distribución temporal, lo que también faculta el artículo 97 del CC, en un período de tres años, distribuyéndose las cantidades en 150 euros mensuales.

AP CÓRDOBA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Antonio Carnerero Parra

El segundo de los motivos del recurso de apelación se refiere a la solicitud de la parte actora en el procedimiento de que se estableciese en su favor una pensión compensatoria, por el desequilibrio económico sufrido con la ruptura matrimonial.

La sentencia de instancia viene a denegar esta petición por la circunstancia de que el hecho de que Susana se casase no influyó en modo alguno en su desarrollo personal y laboral, al haber reconocido que nunca había tenido problema para trabajar o formarse a pesar de estar casada, y que simplemente tomó la decisión de no trabajar, como así lo hacía con anterioridad al matrimonio, conviviendo con sus padres y dedicándose a las labores caseras. En conclusión, entiende el juez *a quo* que la circunstancia del matrimonio no supuso ningún cambio en el planteamiento de vida que había asumido.

No comparte este Tribunal la argumentación de la sentencia recurrida. El artículo 97 del CC abre la posibilidad de este tipo de pensión en favor del cónyuge al que la separación o divorcio le haya producido un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que haya implicado un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio. Con independencia de la filosofía de vida asumida por la Sra. Susana antes y durante el matrimonio, lo cierto es que al producirse la disolución de éste, sufre un deterioro en su situación económica, pues si durante el tiempo de casada contaba con los ingresos del marido y a cambio ella se dedicaba de forma plena a los hijos y al hogar familiar, al producirse esta ruptura, deja de contar con cualquier tipo de recurso económico, con lo que de manera evidente se ha empobrecido.

Por eso entiende la Sala, que la parte demandante tiene derecho a una pensión compensatoria por desequilibrio económico, que debe fijarse en atención a los ingresos ya declarados del marido, a la circunstancia de que ella carece en la actualidad de cualquier tipo de recurso y a que ha concedido catorce años de su vida al cuidado de aquél, de la familia y del hogar. En este sentido, la cantidad solicitada por la parte de 6.000 euros se considera proporcionada a esta situación, aunque no la modalidad elegida de una prestación única, que sumiría en una dificultad importante al obligado a su abono. Por ello, se opta por su distribución temporal, lo que también faculta el artículo 97 citado, en un período de tres años, distribuyéndose las cantidades en 150 euros mensuales, con excepción de los meses de junio y diciembre, en los que esos ingresos se incrementan con las pagas extras, cuya cuantía se establece en 250 euros.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Se fija la pensión compensatoria en dos fases, la primera de carácter transitorio, a razón de 300 euros al mes hasta la venta de la vivienda familiar o alzamiento de los embargos que pesan sobre ella, pasando posteriormente al 30% de los haberes líquidos del ex esposo.

AP CÁDIZ, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña Rosa María Fernández Núñez

Se centra única y exclusivamente el recurso en el contenido de la pensión compensatoria decretada en favor de la esposa demandante doña Luz, y a cargo del interpelado don Juan María. Y es que diversificada en dos fases, la primera de carácter transitorio, a razón de 120,00 euros al mes hasta

la venta de la vivienda familiar o alzamiento de los embargos que pesan sobre ella, pasando posteriormente al 30% de los haberes líquidos del obligado, cuestiona la Sra. Luz el señalamiento de la primera etapa, que estima responde a una errónea apreciación de la prueba, entendiendo que la practicada justifica su incremento y fijación en 1.200 euros al mes.

Así definido el ámbito de conocimiento propio del recurso, el atento y detenido examen de las actuaciones inclina su estimación parcial, en el sentido de incrementar la concreta prestación económica, fijándose prudencialmente en 300,00 euros, con decaimiento de las muy superiores exigencias de la destinataria.

Ciertamente, aun prescindiendo de las cifras de haberes barajadas en el recurso para acogernos a las confesadas por el propio obligado en vía de oposición, sin desdeñar las voluminosas cargas que tiene asumidas, e incluso aceptando de contrario que los rendimientos de la esposa por sus clases de baile y prestaciones domésticas alcancen valores superiores a los ponderados, con satisfacción interina de sus necesidades de alojamiento en la vivienda conyugal, el señalamiento de 120 euros al mes ha de estimarse a todas luces insuficiente en orden a la finalidad compensatoria regulada en el artículo 97 del Código Civil, atendiendo las circunstancias todas que el precepto relaciona, con especial incidencia en prolongada duración del matrimonio, contraído el 13 de mayo de 1978, dedicación familiar de la esposa, su edad –56 años al presente (en tanto nacida el 19 de julio de 1952) y falta de cualificación de la misma, carácter deficitario que ilustra, por lo demás, el amplio y distante criterio adoptado en cuanto al canon definitivo, no discutido por las partes, que –una vez se disponga de la vivienda y se levanten las cargas– sitúa la pensión de la esposa en el 30% de los ingresos del Sr. Juan María.

Estimamos, pues, ajustado a derecho el incremento adelantado que no puede, por otra parte, alcanzar cifras superiores, menos aun tan abultadas como las pedidas por la apelante, sin comprometer la efectividad de las onerosas obligaciones pendientes, a cargo del esposo, o la subvención de sus propias atenciones, razones todas que llevan a resolver en el sentido adelantado, sin que dado el signo de la sentencia, haya lugar a especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales de esta alzada (artículo 398.2 de la Ley Procesal Civil).

PENSIÓN COMPENSATORIA

No sirve de argumento, para la supresión de la pensión compensatoria, que la esposa haya estado disfrutando de tal derecho desde 1994, pues no puede olvidarse que tales medidas rigen por acuerdo, de manera que no es posible la extinción cuando en aquel momento se tuvo la oportunidad de limitar temporalmente la pensión y no se hizo.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres

No sirve de argumento, para la supresión de la pensión compensatoria o la disminución de su cuantía en los términos que interesa el demandante, el hecho de que la esposa haya estado disfrutando de tal derecho durante todos los años pasados, desde 1994, pues no puede olvidarse que tales medidas rigen por acuerdo y aceptación del demandante al respecto, de manera que no es posible la extinción de tal beneficio económico, o la reducción de la cuantía en términos desproporcionados, cuando se tuvo la oportunidad de limitar temporalmente la pensión compensatoria, por acuerdo de las partes o por vía de un proceso contencioso.

No se ha alterado la situación de la esposa, ni en el ámbito laboral ni en el económico, como tampoco se ha modificado la situación afectante al hijo, en lo que se refiere a los gastos generales y a los de carácter escolar, pues es de tener en consideración que se mantiene la necesidad del gasto de alojamiento, por parte de la madre, que debe afrontar el pago de un alquiler.

Por todo cuanto antecede, la Sala no encuentra motivos para estimar los recursos del demandante y de la demandada, habiéndose valorado correctamente en la sentencia apelada la nueva situación laboral y económica del actor, lo que ha determinado la modificación de las medidas relativas a la pensión de alimentos y la pensión compensatoria, en orden a las cuantías y las mensualidades a abonar durante el año, todo lo cual determina la confirmación de la sentencia.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Un contrato de trabajo para la formación con una duración de seis meses no es motivo para la extinción de la pensión compensatoria.

AP CÁDIZ, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña Rosa María Fernández Núñez

Sentadas tales premisas y analizada a su tenor la situación litigiosa, entendemos que no se ofrecen méritos para cancelar la pensión de 200,00 euros mensuales reconocida en causa de divorcio a favor de la Sra. Silvia en concepto de pensión compensatoria. Y es que la modificación esgrimida por el obligado don Donato consiste en un «contrato de trabajo para la formación» del Servicio Andaluz de Empleo, Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, bajo membrete de la Unión Europea y Fondo Social Europeo, adaptado el 20 de diciembre de 2007, que tiene por objeto la formación profesional en albañilería a la meritada Sra. que figura como alumna-participante, atribuyéndose al concierto una duración de seis meses, concluida el 20 de junio de 2008 (*vid.*, documento núm. 3 de la contestación a la demanda).

Semejante circunstancia carece, evidentemente, del alcance, significado y permanencia indispensables para atraer el pronunciamiento extintivo, tal y como señala la juzgadora *a quo* a cuyos razonamientos nos remitimos en evitación de inútiles repeticiones, sin perjuicio, naturalmente, de que si fruto de la cualificación alcanzada, o por otras vías, se produce la incorporación de la interesada al mundo laboral en los términos de que se ha dejado constancia, pueda reconsiderarse el señalamiento.

CONVENIO REGULADOR

Nulidad del pacto en virtud del cual el padre, propietario al 50% de la vivienda familiar junto a la madre, renunciaba a su propiedad en favor de ésta, a cambio de que ella se hiciera cargo en exclusiva de las futuras necesidades alimenticias de la hija común.

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Ilma. Sr. doña María Inmaculada Suárez-Bárcena Florencio

La sentencia definitiva dictada en la anterior instancia es combatida en apelación por la representación procesal del demandado, argumentando en su contra, en esencia, error en la apreciación de la prueba por parte de la juzgadora *a quo* a la hora de cuantificar la pensión alimenticia fijada en favor de la hija común de ambos litigantes, habida cuenta que, alega, ambos progenitores pactaron en un convenio regulador que el padre, propietario al 50% de la vivienda familiar junto a la madre, renunciaba a su propiedad en favor de ésta, a cambio de que ella se hiciera cargo en exclusiva de las futuras necesidades alimenticias de la hija común.

El motivo de apelación relativo a la existencia de un supuesto pacto entre los litigantes, por virtud del cual el hoy recurrente renuncia al 50% de la propiedad que dice ostentar sobre la vivienda familiar a favor de la madre de la menor y, a cambio, ella se hacía cargo en exclusiva de los futuros alimentos de la menor, debe correr igual suerte desestimatoria que el anterior, en primer lugar, y fundamentalmente, porque aun cuando dicho pacto hubiese existido sería nulo, dado que el artículo 151 del Código Civil prohíbe la renuncia del derecho alimenticio futuro, así como la compensación, por lo cual, dicho pacto no tendría virtualidad jurídica, ni práctica, y, en segundo lugar, no hay en autos constancia documental alguna de que dicho pacto fuera alcanzado por los hoy litigantes, pues afirma el recurrente que se plasmó en un convenio regulador, si bien examinado el obrante en autos no se refleja en su contenido pacto alguno en tal sentido, ni mucho menos renuncia del demandado a su parte de vivienda, más cuando siempre se habla en dicho documento del carácter privativo de la vivienda en cuestión por parte de doña Araceli, siendo así que, en cualquier caso, el derecho alimenticio futuro es irrenunciable conforme al artículo 151 del Código Civil.

CUESTIONES PROCESALES

El hecho de que el demandado estuviera en situación procesal de rebeldía sólo a él le es imputable, por lo que fue su desidia e inactividad lo que impidió personarse en tiempo y forma a fin de defender sus intereses, no siendo admisible pretender basar su disconformidad con la fijación de una pensión compensatoria en el desconocimiento de que la esposa la hubiese solicitado.

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Javier Díez Núñez

La sentencia dictada en la anterior instancia se combate por la representación procesal del demandado, don Héctor, mostrándose disconforme con el pronunciamiento emitido acerca de la concesión de pensión compensatoria por desequilibrio económico en favor de quien fuera su esposa, doña Carla, al mantener que durante la sustanciación del procedimiento ante el Juzgado de la Primera Instancia estuvo en situación procesal de rebeldía por lo que no pudo acreditar la situación de desempleo en que se encontraba desde noviembre de dos mil siete, indicando cómo tras la celebración de las medidas provisionales se llegó a acuerdo verbal por el que suscribirían convenio regulador en el que no se incluiría pensión compensatoria alguna, convenio que no llegó a firmarse antes de la celebración del juicio, razón por la que estuvo en la creencia de que no habría problema alguno, pese a lo cual la sentencia le condena al pago de la expresada pensión en cuantía de trescientos euros (300 €) mensuales, razones en base a las cuales solicitaba la revocación parcial de la sentencia dictada en la anterior instancia mediante otra por la que se acordara no haber lugar a la concesión de la pensión compensatoria por desequilibrio económico a que se refiere el artículo 97 del Código Civil en favor de la demandante.

Ha de decaer la tesis recurrente en todos y cada uno de los motivos sobre los que se sustenta, por cuanto que el hecho de que el demandado estuviera en situación procesal de rebeldía durante la sustanciación de las actuaciones en primera instancia tan sólo es imputable a la propia parte que con su desidia e inactividad no llegó a personarse en tiempo y forma a fin de defender sus intereses, sin que sea admisible pretender basar su disconformidad en el desconocimiento de que su esposa demandara en su favor la concesión de pensión compensatoria por desequilibrio económico, habida cuenta que específicamente así se recogía en el relato fáctico del escrito rector del procedimiento del que se dio puntual traslado al demandado al momento de ser emplazado personalmente (folio 26), por lo que no es admisible aceptar la aseveración de que desconociera dicha pretensión o de que pactara verbalmente con la misma su no fijación en un convenio regulador que, aparte de no quedar suscrito por ambos cónyuges, ni siquiera fue presentado ante el órgano judicial a los efectos de su homologación, debiendo quedar confirmada la respuesta de la juzgadora de instancia sobre el particular aquí objeto de debate y controversia a partir del momento en el que si bien conforme al artículo 496.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la declaración de rebeldía no puede considerarse como allanamiento ni como admisión de los hechos de la demanda, es de todos conocido que la pensión a que se refiere el artículo 97 del Código Civil queda configurada como compensatoria entre la disparidad que la disolución o separación del matrimonio puede crear en las respectivas condiciones de vida de los esposos, teniendo por objeto restaurar, con criterio igualitario, el desequilibrio entre los cónyuges, con la finalidad reparadora concreta de un eventual descenso del nivel de vida de uno de los esposos en relación al que conserva el otro, una vez producido el cese efectivo de la convivencia matrimonial por separación o divorcio, diferenciándose claramente de la deuda alimenticia, tanto por responder en su determinación a criterios distintos, cuanto porque en el marco de la vigente legalidad no es factible la coexistencia, en una situación de separación o divorcio, de la deuda de alimentos y la pensión a que se refiere la precitada norma sustantiva, en razón del carácter exclusivo predicable de la segunda, en cuanto a los efectos pecuniarios entre los cónyuges separados o divorciados, por razón del matrimonio o convivencia conyugal, afirmación, que como la doctrina científica apunta, viene sustentada por dos tipos de razones, de una parte, porque en el capítulo IX del título IV del Libro I del Código Civil, referido a los efectos de la nulidad, separación o divorcio, se contempla únicamente la pensión como eventual efecto de aquella situación omitiendo toda alusión

a una posible deuda de alimentos, y de otra, desde un punto de vista conceptual, porque parece inviable mantener la coexistencia de estas dos figuras, ya que aun cuando la pensión represente una novedad en la medida que integra criterios y circunstancias que no venían recogidos legalmente para la deuda alimenticia, cumple una función en este orden, presentándose como integradora y superadora a la vez de la antigua deuda de alimentos, consideraciones estas que el órgano enjuiciador de alzada no practica en forma baladí sino, por el contrario, esencialmente para delimitar con claridad la diferenciación existente entre lo que debe entenderse por la pensión compensatoria por desequilibrio económico aquí tratada y la alimenticia, entendiéndose que la concesión de la misma y su cuantificación responden fielmente a los elementos probatorios que se aportaran a las actuaciones de instancia en su momento, habida cuenta que estamos en presencia de un matrimonio que contraído en forma canónica el quince de agosto de mil novecientos ochenta en Piera (Barcelona) ha tenido un período de convivencia cercano a los veintisiete años, durante los cuales la esposa, sin formación profesional de clase alguna, vino dedicándose a las tareas del hogar y al cuidado de los tres hijos nacidos durante el matrimonio, Eva, José Antonio y Cristian, nacidos el once de marzo de mil novecientos ochenta y dos, el trece de junio de mil novecientos ochenta y tres y siete de agosto de mil novecientos ochenta y cuatro, respectivamente, todos ellos en la actualidad mayores de edad y con plena independencia económica, apareciendo documentalmente como el demandado como trabajador de la empresa Limasa en julio de dos mil siete percibía en nómina una cantidad de mil doscientos noventa y ocho euros con cuarenta y un céntimos (1.298,41 €) –folio 13–, en tanto la esposa como cajera-reponedora por horas de la empresa «Il Colisseo Puerto Banús, SL» obtiene unos ingresos en líquido que no alcanzan los quinientos euros (500 €) –folios 14 a 18–, justificándose así cumplidamente no sólo la concesión a favor de la esposa demandante de la expresada pensión compensatoria, sino además, la cuantificación establecida, lo que determina el fracaso del recurso de apelación y, consecuentemente con ello, la confirmación de la sentencia apelada en todos y cada uno de sus extremos.

CUESTIONES PROCESALES

Aunque se permita la admisión de nuevos hechos, el principio de la doble instancia marca unos límites a esa posibilidad, por lo que es inadmisible dar entrada en este proceso a los hechos alegados sólo cuatro días antes de la fecha fijada para la resolución del recurso, ya que lo contrario dejaría a la parte actora sin posibilidad de hacer alegaciones y a ambos de proponer y practicar prueba sobre estos nuevos hechos.

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Alcalá Navarro

La demanda del presente procedimiento se presenta por el Sr. Pedro Antonio el día 15 de diciembre de 2006, y sin que la parte contraria contestase a la demanda se interesó la suspensión del procedimiento por estar las partes en vías de llegar a un acuerdo, hasta que el día 5 de septiembre de 2007 se insta la reanudación, presentándose el día 7 de septiembre de 2007 escrito de ampliación de la demanda y modificación del suplico por hechos nuevos, que es contestada por la contraparte, siendo estos hechos nuevos que la madre trabaja en la hostelería en un horario nocturno, que hace incompatible el cuidado de las hijas, por lo que pide que la guarda y custodia de las mismas sea para el padre, frente a la petición inicial que pedía fuera encargada de ello la madre, modificándose en función de este cambio el resto de las medidas, y así planteado el litigio se dictó sentencia el día 20 de diciembre de 2007. Con fecha 26 de septiembre de 2008 se señala día para votación y fallo en el recurso para el día 14 de octubre, presentándose escrito de 10 de octubre del actual por el que el apelante aporta copiosa documentación para acreditar lo que por él es calificado como hechos probados posteriores y trascendentales, que cuestionarían la conveniencia de la guarda y custodia de la madre en virtud de una convivencia con una nueva pareja que, cuanto menos, podemos calificar de tormentosa, y que pudiera repercutir en la estabilidad y hasta en la seguridad de las menores. Esta Sala se ha venido planteando esta situación, que se produce con relativa frecuencia en los procesos matrimoniales, de que, al tratarse de una

realidad muy evolutiva, las circunstancias que se someten a enjuiciamiento vayan teniendo una permanente transformación, pues, aunque sea permitida la admisión de nuevos hechos, como concretamente en este procedimiento sucedió con una ampliación a la demanda, oportunamente contestada antes del juicio, el principio de la doble instancia marca unos límites a esa posibilidad so pena de privar de la misma a la parte que suscita una nueva realidad, que tendría que ser juzgada en primera instancia por la Audiencia, dejando a las partes sin posibilidad de recurrirse contra lo que ella resolviera, lo que hace inadmisible dar entrada en este proceso a esos hechos aportados a sólo cuatro días de la fecha fijada para la resolución del recurso, dejando a las partes sin posibilidad de hacer alegaciones a la parte apelada y a ambos de proponer y practicar prueba sobre estos nuevos hechos, por lo que deberán quedar reservados a un nuevo proceso de modificación de medidas, para el que la Sala Reserva expresamente las acciones a la parte apelante en base a lo aportado en su escrito de 10 de octubre de 2008.

CUESTIONES PROCESALES

Quien voluntariamente se aquietó en la primera instancia a defender sus intereses y fue declarado en rebeldía, no puede ahora con ocasión del recurso de apelación introducir un relato fáctico completa y diametralmente opuesto al alegado en el escrito rector iniciador de las actuaciones procesales, sin que conste que dichos hechos se han producido con posterioridad a dictarse la sentencia.

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Javier Díez Núñez

El demandado, en situación procesal de rebeldía durante la sustanciación del proceso en la anterior instancia, pretende introducir en esta alzada una serie de hechos a través de los cuales solicita que el hijo menor matrimonial, Roberto, quede bajo su guarda y custodia, con ejercicio compartido de la patria potestad sobre el mismo con la actora, doña Verónica, con la fijación de un régimen de visitas, estancias y comunicaciones en las relaciones materno-filiales y el establecimiento de una pensión alimenticia a favor del menor a cargo del padre, sin que se interesara medida alguna en relación con la vivienda familiar al mantener que la misma en alquiler fue abandonada por la esposa al tiempo de la separación matrimonial, pretensiones todas ellas sobre las que el tribunal *ad quem* no puede entrar, por cuanto que si bien es cierto que la declaración de rebeldía, según previene el artículo 496.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, no puede considerarse como allanamiento ni como admisión de hechos de la demanda, salvo en los casos expresamente dispuestos en contrario por la ley, en absoluto puede llevar a que quien voluntariamente se aquietó en la instancia primera a defender sus intereses, ahora, en alzada, extemporáneamente, pretende introducir un relato fáctico completa y diametralmente opuesto al alegado en el escrito rector iniciador de las actuaciones procesales, pues siendo incuestionable que en procedimiento especial matrimonial el artículo 752.1 admite la introducción de hechos en cualquier momento, incluso, durante la sustanciación del recurso de apelación, ello, en absoluto, significa, que el principio de preclusión del artículo 136 de la comentada Ley sea inaplicable, habida cuenta que se debe entender que esos factores han de ser nuevos, acaecidos en momento posterior a la fase probatoria contradictoria abierta al efecto, no siendo de recibo consecuentemente con ello la posibilidad de quien en estado de rebeldía en la primera instancia interese del tribunal de segundo grado la revocación de la sentencia definitiva dictada en la instancia primera apoyándose en una serie de hechos que no han acaecido recientemente sino, como dice en su expositivo del escrito de interposición del recurso, poco después de la separación matrimonial, que no es próxima en el tiempo al proceso de que trae causa esta actuación del órgano colegiado, sino que data del año dos mil uno, por lo que bien pudo, y debió, haber utilizado los mecanismos legales de defensa de sus intereses formulando las alegaciones que hubiese tenido por convenientes ante el Juzgado de Primera Instancia en contestación a la demanda y, posteriormente, mediante proposición de las pruebas que pudiera corroborar los hechos sobre los que sustenta sus pretensiones, no siendo, por tanto, posible que el tribunal entre en el análisis de

unos hechos carentes de justificación probatoria alguna, máxime cuando las medidas adoptadas en la sentencia recurrida en apelación no son más que una reproducción de las ya adoptadas en el proceso de separación 74/2001, causando enorme extrañeza al tribunal enjuiciador que de ser cierta la versión fáctica alegada por la demandada apelante, desde hace siete años no instara actuación judicial de modificación de medidas a fin de regularizar la situación personal y económica entre los cónyuges litigantes e hijo habido de la relación matrimonial, lo cual nos lleva a acordar la plena confirmación de la resolución definitiva de primer grado por ser plenamente ajustada a derecho.

CUESTIONES PROCESALES

No procede acordar por vía del artículo 158 del CC el cambio de custodia por incumplimiento del régimen de visitas ya que no concurren los presupuestos establecidos en el citado precepto que exige la prueba sobre las circunstancias que negativamente producen consecuencias y perturbaciones dañosas para los hijos.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 16 DE DICIEMBRE DE 2008

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 con revocación de la misma, ha solicitado la guarda y custodia de los hijos menores y el establecimiento de un régimen de visitas para la madre.

Hace mención a lo resuelto en su momento en la Sentencia de 2 de octubre de 2007, afirmando que la madre impide el régimen de visitas, al tiempo que manipula e influye negativamente en el hijo Alejandro, señalando que la madre no está capacitada para ejercer la custodia, haciendo mención a lo preceptuado en el artículo 158 del Código Civil.

La parte apelada, a través del escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario, ha solicitado la confirmación del auto dictado por el Juzgado.

En este procedimiento de ejecución de la sentencia dictada en su momento, de 2 de octubre de 2007, que aprobó una acuerdo entre los progenitores sobre la guarda y custodia y el régimen de visitas con los hijos menores, no es posible dar lugar a la pretensión planteada en el recurso, por cuanto que no concurren los presupuestos establecidos en el artículo 158 del texto legal citado en el primer fundamento jurídico de la presente resolución, que exigen la prueba sobre las circunstancias que negativamente producen consecuencias y perturbaciones dañosas para los hijos, y la necesidad urgente de adoptar nuevas medidas sobre la custodia y teniendo en cuenta, por otra parte, el propio planteamiento deducido en esta fase de ejecución, que se inicia por virtud de demanda de la madre, solicitando la intervención del equipo psicosocial, al tiempo que el hoy recurrente interesa la exploración del menor, reiterando, también, la práctica de la prueba pericial psicológica interesada de contrario.

Así las cosas, por Auto de 27 de noviembre de 2007, se acordó la práctica de dicha prueba, informándose por los peritos de la situación familiar afectante a los menores y, en concreto, en lo referente al hijo Alejandro, quien tiene buen rendimiento escolar, si bien también se valora la actitud de la madre, lo que se deduce de las respuestas dadas por dicho hijo a los peritos; por ello, ambos progenitores aceptaron de mutuo muerdo la fijación de un régimen de visitas progresivo, con intervención del punto de encuentro y con el compromiso de la madre de potenciar la figura paterna, sin perjuicio de la intervención del CAF.

En estas circunstancias, el auto apelado ha dado puntual respuesta a la situación actual familiar, y de acuerdo al resultado de la prueba pericial practicada y a la propia voluntad de los progenitores, señalando el régimen de visitas progresivo que se contiene en dicha resolución, al tiempo que se ordena seguimiento, terapia, e informes semestrales.

Por cuanto antecede, y sin perjuicio de las posibilidades de debatir la cuestión en el oportuno procedimiento de modificación de efectos, en orden al cambio de la custodia, si existen circunstancias y motivos que así lo aconsejen, es lo procedente desestimar el recurso interpuesto.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Habiéndose condicionado el pago del exceso de adjudicación a la venta de un local por parte de la esposa, transcurridos casi cinco años desde la fecha del convenio regulador, sin que dicho local se vendiera ni fuera entregada al esposo la cantidad pactada, se condena a la esposa al pago de los 12.020 euros, con una fecha límite para su abono, que la sentencia de instancia ha establecido en un año a partir del dictado de dicha resolución.

AP GUIPÚZCOA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María Teresa Fontcuberta de la Torre

La apelante doña Maite, recurre en esta alzada la sentencia dictada por el juzgado de instancia, por la que se estima la pretensión del actor y se le condena al cumplimiento de la obligación de pago de la cantidad de 12.020 euros, en el plazo de un año a partir de la fecha de la resolución.

La reclamación deducida en el procedimiento por el Sr. Benedicto, trae causa en el convenio regulador de la separación matrimonial de los litigantes, suscrito el día 1 de junio de 2002, y aprobado por sentencia dictada el día 4 de octubre de 2002.

En dicho convenio las partes acuerdan la liquidación de la sociedad de gananciales, determinando su activo y pasivo, y realizando las correspondientes adjudicaciones, de las que derivó un exceso de adjudicación a favor de la Sra. Maite, por importe de 17.126,97 euros, cuyo pago al esposo se pactó en los términos previstos en el propio convenio, debiendo entregarse la cantidad ahora reclamada en el momento de la venta del local de joyería sito en Markina, y el resto del exceso mencionado (5.106,97 euros), a razón de sesenta euros mensuales hasta la liquidación total de la deuda.

Transcurridos casi cinco años desde la fecha del convenio regulador, sin que dicho local se vendiera ni fuera entregada al actor la cantidad pactada, se formula reclamación solicitando el pago de los 12.020 euros, con una fecha límite para su abono, que la sentencia de instancia ha establecido en un año a partir del dictado de dicha resolución.

Frente a dicha decisión se alza la apelante, alegando en síntesis los siguientes motivos de recurso:

– Infracción del artículo 1281 del CC, por cuanto los términos del convenio era claros y no requerían ninguna interpretación; e indebida aplicación al caso del artículo 1128 del CC.

Se alega que la sentencia incurre en una incongruencia interna, puesto que después de señalar que no estamos ante una condición que dependa de la exclusiva voluntad del deudor, posteriormente aplica al caso la doctrina jurisprudencial que parte del presupuesto de que el cumplimiento de la condición dependa de la voluntad del deudor.

Sostiene la recurrente que los esposos no quisieron establecer un plazo para el cumplimiento de la obligación de pago de los 12.020 euros, a diferencia de lo establecido para el pago de los restantes 5.106,97 euros, en que sí se pactó la forma y tiempo en que debía llevarse a cabo. De tal modo que el pago de la primera cantidad quedó pendiente del cumplimiento de la condición relativa a la venta del local.

– La sentencia no tiene en cuenta las especiales circunstancias de la obligación a la hora de fijar el plazo conforme al artículo 1128 del CC. Se alega la dificultad existente para la venta de un local de las características del adjudicado a la Sra. Maite, y sostiene que ello, unido a la situación actual del mercado no permite considerar suficiente el plazo fijado en la sentencia para la venta.

– Y no se ha dado una estimación íntegra de la demanda a los efectos de la imposición de costas, por cuanto el actor se limitó a formular una vaga pretensión de que se señalase plazo para el pago, sin concretar posteriormente el que consideraba mínimo ni oponerse expresamente a la petición formulada por la demandada en la contestación a la demanda, para el caso de que se estimara la petición de fijación de un plazo, alegando que en último caso, no podría ser inferior a dos años.

La Sala analizará dichas alegaciones, a las que se opone el apelado solicitando la confirmación de la sentencia.

A la vista de los términos en que se plantea el recurso, resulta patente que la cuestión objeto de debate en esta alzada se concreta en la determinación de dos extremos:

– la interpretación que debe darse a la cláusula litigiosa pactada en el convenio regulador suscrito entre las partes el día 1 de junio de 2002, a fin de aclarar si lo pactado fue una obligación a cargo de la Sra. Maite, sujeta a condición suspensiva, o una obligación a plazo,

– y si en caso de proceder la aplicación del artículo 1128 del CC, resulta ajustado a lo previsto en tal precepto, el plazo de un año concedido por el juez a la demandada, para el pago de la cantidad reclamada.

Y analizado el contenido de la cláusula en relación con los fundamentos de la sentencia apelada, procede efectuar las siguientes consideraciones:

– Ciertamente, la sentencia incide en contradicciones a la hora de determinar la naturaleza de la obligación pactada en el convenio regulador, respecto al pago de la cantidad a cargo de la Sra. Maite. Señala la juzgadora que la cláusula de pago «constituye una condición suspensiva sujeta a plazo futuro pero no incierto, puesto que, por un precio u otro, siempre podría venderse el local en un plazo prudencial para cumplir con la obligación nacida». Para más adelante señalar que «no cabe reputar acreditado que el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad de la deudora, desde el momento en que se ha acreditado que además de dicha voluntad, confluyen también otros factores tales como las circunstancias del mercado y las características del local». Lo que según la juzgadora justifica el señalamiento de un plazo para el cumplimiento de la obligación, al amparo del artículo 1128 del CC.

Partiendo de tales extremos, entendemos que la juzgadora no ha llegado a determinar con claridad cuál es la verdadera naturaleza de la obligación asumida por la demandada. La cláusula litigiosa no constituye una condición suspensiva, sujeta a plazo futuro pero no incierto, porque tal definición no se ajusta a ninguna de las distintas clases de obligaciones reguladas en el CC. En realidad, la calificación que la juez otorga a la cláusula, implica una obligación en la que se mezclan la condición y el plazo, ignorando la diferente naturaleza y consecuencias de una y otra clase de obligaciones, en cuanto a los derechos que derivan de las mismas.

Porque una cosa es la obligación condicional, en la que la adquisición de los derechos o la pérdida de los ya adquiridos, queda supeditada al acontecimiento que constituye la condición (artículo 1114 del CC); y otra cosa es la obligación a plazo, en la que el derecho nace en el momento de su conclusión, pero sólo puede hacerse efectivo cuando llegue el día cierto. Y ese día es el que necesariamente llegará aunque al pactarse la obligación se ignore su concreta fecha. Y cuando ni siquiera se sabe si el día llegará, la obligación se convierte en condicional (artículo 1125 del CC).

– Pues bien, en el caso que nos ocupa las partes pactaron una obligación de pago a cargo de la esposa, que no estaba sometida a condición sino a plazo, aunque se desconociera la fecha del día cierto en que la obligación de pago podría exigirse por el demandante. Varias razones avalan tal conclusión:

– al liquidarse la sociedad de gananciales se reconoce un exceso de adjudicación a favor de la Sra. Maite, puesto que a ésta se le había adjudicado la mitad del local-joyería de Markina, al que las partes otorgan un valor de 24.040,48 euros. Tal adjudicación determina el exceso de 17.126,97 euros, que la Sra. Maite se compromete a pagar en la forma pactada en la última parte del convenio.

Lo que significa que el derecho del esposo a percibir esa cantidad nació ya en el momento de firmarse el convenio regulador, y su adquisición no quedaba sujeta a condición alguna. Lo único que se pactó fue su pago diferido: en una parte a plazos de sesenta euros que lógicamente comenzaron a hacerse efectivos de forma inmediata; y en la otra parte, por importe de 12.020,00, el pago debía hacerse efectivo en el momento de la venta del local.

Venta que debía llevarse a cabo ineludiblemente, salvo que la Sra. Maite hubiera dispuesto de dinero para cumplir su obligación, optando por quedarse con el local. Es decir, podía decidir no vender, pero pagando la cantidad que adeudaba, cuyo abono no estaba supeditado a la venta, sino simplemente aplazado hasta que la misma se llevara a cabo.

– en este caso la obligación no señala plazo, quedando la Sra. Maite obligada a vender el local para pagar al actor. El plazo se concede por lo tanto a la deudora, sin determinación de fechas, esperando a que la venta del local se llevara a cabo en un tiempo más o menos razonable, lo que obviamente no llegó a producirse. Pero ello no libera a la demandada de su obligación, *sine die*, puesto que sólo ella es la responsable de que el local no se haya vendido. La obligación de conseguir su venta, pasaba por ponerlo en el mercado en un precio ajustado y no en la cantidad de 84.141 euros en que se ofrecía por la agencia inmobiliaria, por indicación de su propietaria. Y aunque en la actualidad no pueden negarse las dificultades del mercado inmobiliario, tales dificultades no existían en el año 2002, época de bonanza económica, cuando la demandada pudo poner a la venta el local con un precio que facilitara la operación. Y si dejó pasar las oportunidades que entonces existían, por exigir una cantidad excesiva, las consecuencias de tal actuación no pueden recaer en el demandante.

Pero es que además, si el local se adjudicó a la esposa, partiendo de su previa valoración para determinar el exceso de adjudicación en metálico a cargo de la Sra. Maite, hubiera debido ponerse en venta por el valor que las partes de común acuerdo le otorgaron, fijado en 48.080 euros. En este punto la juzgadora incide en un error al referirse

al valor del local conforme a los 24.040 euros que figuran en el convenio, porque tal valor era el de su mitad, tal y como consta en el punto cuarto del activo, y en el apartado de las adjudicaciones. Si la demandada pidió una suma muy superior, con la finalidad de obtener un beneficio adicional en su adjudicación de los bienes gananciales, resulta patente que el retraso en la venta se revela injustificado y obliga a la aplicación del artículo 1128 del CC, desde el momento que, dependiendo el cumplimiento del plazo, de la voluntad de la deudora, ha transcurrido un tiempo excesivo desde que se pactó la obligación.

Procede confirmar la sentencia dictada, puesto que, aunque los razonamientos que efectúa la juzgadora (existencia de una condición suspensiva sujeta a plazo futuro pero no incierto), no coinciden con el criterio de la Sala (existencia de una obligación a plazo), la conclusión obtenida es la misma en ambas resoluciones, estimándose correcto el plazo de un año concedido a la deudora para que cumpla su obligación de pago al actor.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Ineficacia del convenio al que han llegado la hija mayor de edad y la madre a fin de que ésta le abone la pensión directamente a ella a pesar de que aquélla convive con el padre. Si la madre quiere recuperar el dinero que ha entregado a la hija deberá reclamarlo a ésta que ya es mayor de edad y debe responder de sus actos.

AP ÁLAVA, SEC. 1.ª, AUTO DE 22 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María Mercedes Guerrero Romeo

La parte ejecutada interpone recurso de apelación mostrando su discrepancia con la resolución de instancia que le obliga a pagar la pensión de alimentos al progenitor pese a que la hija común es mayor de edad y convino con ella abonar el dinero en una cuenta a su nombre en La Caixa evitando así que el padre pueda disponer de la pensión para pagar los gastos a que está abocado de Universidad y Colegio Mayor.

Antes de entrar en la resolución del fondo entendemos conviene hacer un breve relato de los hechos. Con fecha 1 de agosto de 1994 se dictó sentencia de divorcio de mutuo acuerdo en la que acordaba la atribución de la guarda y custodia de la hija menor de edad a la madre con la obligación de que el padre abonase una pensión de alimentos. En concreto se establecía que «don Carlos Alberto entregará a doña Lucía la pensión que para el levantamiento de las cargas familiares y alimentos de la hija común venga obligado a abonar en cada momento en tanto la citada hija tenga legalmente que vivir con la madre a partir de su mayoría de edad, mientras de hecho viva con ella. La obligación de alimentos del padre respecto de la hija común Gabriela, tal como viene contemplada en esta estipulación, se mantendrá en tanto la citada hija no adquiera autonomía económica propia en virtud del estado civil, convivencia marital de hecho, ejercicio de profesión o empleo, o por ser titular de bienes suficientes para su sostenimiento». En febrero de 2005 se adjudica la guarda y custodia al padre por lo que es la madre quien debe abonar al progenitor la pensión de alimentos manteniendo todas las condiciones establecidas en el convenio que no se altera. La hija Gabriela alcanza la mayoría de edad el 27 de mayo de 2006 y es también este año cuando comienza sus estudios universitarios en Deusto, trasladándose a Bilbao en octubre de este año y residiendo en un Colegio Mayor. Así, siendo la hija mayor de edad y residiendo en un Colegio Mayor, la madre acuerda con la hija abonarle la cuantía por pensión de alimentos directamente, ingresándola en una cuenta de La Caixa a su nombre. En anteriores ejecuciones esta misma Sala ya resolvió sobre los estudios universitarios de la menor y también que la hija podía residir en un Colegio Mayor dada la capacidad económica de los progenitores y la imposibilidad de decidir este asunto de mutuo acuerdo. En otro incidente era el padre quien reclamaba la pensión por alimentos dado que la madre interpretó que residir en un Colegio Mayor era como cambiar de residencia y decidió entregar la pensión directamente a la hija alegando que el padre debería entregar una cantidad igual. En este incidente el padre reclama de nuevo la pensión de alimentos que le corresponde a la hija desde octubre de 2006 hasta abril de 2007, cuatro cuotas de universidad, la matrícula de un curso de

estadística descriptiva y la tasa de la prueba de universidad, estas cantidades por mitad.

El Auto que ahora se recurre compensa las cuotas de universidad reclamadas y también el importe del curso de estadística descriptiva con otros reclamados por la madre. En cuanto al tema principal, el pago de la pensión de alimentos a la hija argumenta que ya fue resuelto con anterioridad y que la madre tiene la obligación de continuar abonándolo de la forma fijada en la sentencia de divorcio, por lo que estima parcialmente la ejecución.

La controversia se centra esencialmente en los efectos del documento firmado por la hija que es mayor de edad, y los pagos realizados directamente por la madre a Gabriela sin contar con el consentimiento del padre a quien en su día se había atribuido la guarda y custodia.

Es un hecho evidente que las circunstancias de los miembros en conflicto de la que fue una familia han variado. La hija es mayor de edad desde el 27 de mayo de 2006, es responsable de sus actos, por lo que el documento que firmó con su madre (anexo núm. 1 de la oposición) tiene su trascendencia y debe ser analizado, sin olvidar que queda latente el convenio y la sentencia de divorcio de los padres que regulaba la situación de la menor y otorgaba la guarda y custodia al padre (en el año 2005). En la sentencia que ponía fin al proceso matrimonial se establecía la contribución de la madre a la satisfacción de las necesidades alimenticias de la hija que entonces era menor de edad, atribuyendo la guarda y custodia al padre, formando padre e hija una familia monoparental, correspondiendo al progenitor todas las funciones de dirección y organización de la vida familiar en todos sus aspectos, que debe contribuir a satisfacer los alimentos de los hijos que con él convivan aunque sean mayores de edad, y con interés legítimo, jurídicamente digno de protección, a demandar del otro progenitor su contribución a esos alimentos de los hijos mayores. El artículo 93.2.º del CC establece la posibilidad de adoptar en la sentencia de separación o divorcio medidas atinentes a los alimentos de los hijos mayores de edad, medidas que se basan no sólo en el derecho que corresponde a los hijos de obtener alimentos, quienes podrán solicitar de forma autónoma la pensión alimentaria, sino en la convivencia entre hijo y progenitor, que no puede entenderse como el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que va más allá y que incluye otros gastos como ropa y vestido, medicinas, ocio, cursos complementarios, y otros.

La situación de familia monoparental entre padre e hija no ha cambiado en estos momentos, aunque la hija estudia en la universidad de Bilbao y reside durante el curso en un Colegio Mayor, el resto de las circunstancias no han variado, su residencia familiar sigue siendo la del padre, y aunque es mayor de edad, el padre es quien continúa pagando los gastos de universidad, Colegio Mayor, ropa, medicinas, ocio, y otros. El Colegio Mayor no es su residencia habitual, sólo es el lugar donde de momento cursa sus estudios y donde permanece de octubre a junio, excluyendo las vacaciones y seguramente los fines de semana. El Colegio Mayor tampoco cubre todas sus necesidades, aunque la manutención queda abonada, necesita dinero para sus gastos particulares, no sólo caprichos, también los necesarios, siendo el padre quien está obligado a cubrirlos en virtud de la sentencia de divorcio. El convenio regulador firmado por los progenitores de mutuo acuerdo y al que ya hemos hecho referencia establecía la obligación de pagar alimentos hasta que la hija común adquiera autonomía económica propia en virtud de su estado civil, convivencia marital o ejercicio de profesión o empleo por ser titular de bienes suficientes para su sostenimiento. La madre no puede alterar este convenio ratificado en sentencia o incumplirlo de forma unilateral, aunque la hija esté de acuerdo, el convenio obliga a los progenitores puesto que fueron ellos quienes lo firmaron, para alterar esta situación deberá ponerse de acuerdo con su ex esposo. Por otra parte, la hija no fue parte en el convenio, no puede convenir con la madre cobrar la pensión puesto que perjudica al padre quien continúa con la obligación de pagar todos los gastos universitarios y personales de la hija sin percibir nada a cambio de la madre que estaba obligada a ello y pretende evadir su responsabilidad con el consentimiento de la beneficiaria. Lo que sí podría hacer la hija es renunciar a la pensión alimenticia, lo que incluye no sólo la cantidad que percibe directamente de la madre sino también el dinero que percibe directa o indirectamente del padre que es quien paga sus estudios y atiende a sus necesidades en virtud de la atribución de la guarda y custodia que se le otorgó en sentencia.

Como hemos dicho al principio la hija es mayor de edad y debe responder de sus actos, por ello, si acepta cobrar directamente la pensión alimenticia abonada por la madre y no quiere que el padre la gestione, debería llegar a un acuerdo similar con el padre para que éste le abone una cantidad y así disponer de su vida y vivir en libertad. De momento, aunque es mayor de edad, no ha considerado necesario ser independiente y vivir de forma autónoma, no tiene bienes propios, pretende ser independiente, gestionar su dinero, pero no rompe con su progenitor, la Sala considera que para que el documento firmado por la hija y la madre alcance todos sus efectos deben contar con el consenti-

miento del progenitor al que han dejado al margen y no han comunicado su decisión. Hija y madre no pueden decidir el cobro de la pensión o la forma en que abonan los gastos sin contar con el padre que hasta ahora se encargaba precisamente de esto gestionando y dirigiendo la familia en cumplimiento de la sentencia de divorcio.

En virtud de todo lo expuesto, la Sala considera que la madre no queda liberada de su obligación de prestar alimentos al hacer el ingreso en la cuenta de la hija, debe abonar la pensión al padre mientras la sentencia no se modifique y mientras persistan las actuales circunstancias y la hija no sea independiente económicamente, la resolución de instancia debe ser confirmada y seguir adelante la ejecución, aclarando que si la madre quiere recuperar el dinero que ha entregado a la hija deberá reclamarlo a ésta que ya es mayor de edad y debe responder de sus actos.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

No puede aceptarse la compensación alegada por el ejecutado con el exceso de cuantía en el abono de mensualidades pasadas o anteriores, no sólo porque dichos pagos se efectuaron de manera voluntaria respondiendo a la mera liberalidad del ahora ejecutado, sino que en ningún caso cabe compensarlas como pago de pensiones posteriores o venideras, debiendo cumplirse por este último con la obligación de pago de las cantidades reclamadas dado el carácter tasado de los motivos de oposición.

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, AUTO DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Andrés Palacios Martínez

Tras el examen y valoración de lo actuado en primera instancia, así como lo alegado por las representaciones procesales de las partes en sus respectivos escritos de interposición y oposición al recurso, no puede esta Sala sino compartir el criterio de la Juzgadora de instancia acordando continuar con la ejecución despachada; toda vez, que habiéndose promovido demanda ejecutiva por la Sra. Luz ante el impago por el ahora ejecutado de determinadas pensiones alimenticias y compensatorias fijadas en la sentencia de separación dictada con fecha 25 de julio de 2000, lo cierto es, que las causas de oposición que contempla el artículo 556 de la Ley de Enjuiciamiento Civil son *numerus clausus* sin que puedan oponerse otros motivos que los expresamente recogidos en tal precepto; de ahí, que partiendo de la legitimidad del título en relación a las sumas reclamadas y que sirve de base a la ejecución, no pueda aceptarse la compensación alegada por el ejecutado con el exceso de cuantía en el abono de mensualidades pasadas o anteriores, no sólo porque dichos pagos se efectuaron de manera voluntaria respondiendo a la mera liberalidad del ahora ejecutado, sino que en ningún caso cabe compensarlas como pago de pensiones posteriores o venideras, debiendo cumplirse por este último con la obligación de pago de las cantidades reclamadas dado el carácter tasado de los motivos de oposición. Así las cosas, con independencia de que en el presente procedimiento ejecutivo no procede formular demanda reconvencional y el carácter no compensable de la pensión de alimentos, al venir fijadas y reclamadas determinadas cantidades por dicho concepto, no es dable a quien se le ha impuesto tal obligación el que pretenda eludir el pago alegando la compensación con otras sumas que no pueden tener acogida en este trámite en el que sólo cabe el cumplimiento íntegro de lo ordenado (reiteramos que sólo pueden oponerse los motivos expresamente establecidos en el artículo 556 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por último y en lo que respecta a las circunstancias económicas alegadas por el ejecutado, debería de instarse el correspondiente procedimiento de modificación de medidas por si concurriese una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta para la fijación en su día de las pensiones de referencia, sin que se considere el presente procedimiento de ejecución el adecuado a efectos de intentar reducir o suprimir el importe de las mismas; de ahí, que sea procedente la desestimación de las pretensiones revocatorias articuladas a través del recurso interpuesto y la confirmación de la resolución recurrida en toda su integridad.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

La competencia para conocer de la acción de cobro de lo indebido (alimentos) corresponde al Juzgado de Primera Instancia ordinario y no al Juzgado de Familia.

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, AUTO DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos María Piñol Rodríguez

Se plantea cuestión de la competencia para conocer de la reclamación de pensión alimenticia; según la actora indebidamente pagados; el tribunal de instancia considera que deben ser reclamados ante los juzgados de familia. Estamos analizando los hechos que se recogen en la demanda, de una reclamación de cantidad, por cobro de lo indebido y el consiguiente enriquecimiento injusto, regulado todo ello en el artículo 1901 del CC; son por tanto cuestiones ajenas a las cuestiones propias del derecho de familia, por lo que la jurisdicción adecuada para la tramitación y resolución de la presente reclamación son los de primera instancia y no los de familia; procede revocar el auto a fin de que si reúne los requisitos legales se admita y se continúe conforme a las normas legales.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Habiéndose adjudicado el derecho de uso de la vivienda por plazos alternativos de años sucesivos en favor de ambos cónyuges, no procede conceder el plazo de un mes al ex esposo para abandonar la vivienda al apreciarse que se trata de una pretensión que implica un manifiesto abuso de derecho.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 2 DE DICIEMBRE DE 2008

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 con revocación de la misma, ha solicitado que se conceda al ejecutado el plazo de un mes para abandonar la vivienda que actualmente ocupa, y, en cualquier caso, no se impongan las costas de la instancia a dicha parte. Hace mención a lo prevenido en el artículo 704 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, señalando que no ha podido encontrar durante todo ese tiempo otra vivienda para alojarse, recordando que a la recurrente se le concedió el plazo de un mes, en otra ejecución, para abandonar dicho inmueble.

La parte apelada, a través del escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario, ha solicitado la confirmación del auto dictado por el Juzgado.

En modo alguno es posible admitir pretensiones que impliquen un manifiesto abuso del derecho, una clara conculcación de los principios de la buena fe y, en suma, un incumplimiento reiterado de lo resuelto en su momento en la Sentencia de fecha 15 de febrero de 2002, en lo atinente a la adjudicación del derecho de uso de la vivienda por plazos alternativos de años sucesivos en favor de ambos.

Cabe recordar que la demanda de ejecución se presenta en el mes de febrero de 2007, instando la ejecutante el desalojo del hoy recurrente, de la vivienda sita en la calle DIRECCIÓNooo número NÚMooo, de Alcobendas, y en virtud de lo dispuesto en la sentencia dictada por la Sala, en la fecha indicada anteriormente, recayendo resolución de fecha 18 de julio de 2007, en la presente ejecución, declarando haber lugar a la misma, concediendo una semana al ejecutado para el abandono y el desalojo de dicha vivienda, con apercibimiento de lanzamiento.

Con fecha de septiembre de 2007 plantea oposición el ejecutado, solicitando la nulidad de la ejecución despachada y, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 704 del texto procesal antes aludido, interesa la denegación de la ejecución. En el mes de octubre de 2007 se plantea escrito de impugnación, alegando la hoy apelada que el recurrente continúa en el uso de dicha vivienda, habiendo transcurrido con creces el año en el que correspondía tal derecho a aquél, de manera que es claro que en exceso ha transcurrido ya el plazo, que excede, no ya de la semana, en los términos señalados en el Auto de 18

de julio de 2007, sino del mes, según se interesaba por el propio recurrente, sin que esté haya accedido voluntariamente al abandono de dicha vivienda, pues, por lo demás, la propia parte ejecutante, a través del escrito de oposición al recurso, ya informó que el recurrente ha desalojado la vivienda a finales de febrero del presente año, por lo que resulta, a estas alturas, absolutamente rechazable la pretensión que se mantiene a través del escrito de formalización del recurso de apelación, que lleva fecha de abril de 2008, por lo que es lo procedente rechazar el recurso interpuesto.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

La imposición de multas coercitivas por el incumplimiento del régimen de visitas sólo es procedente cuando se esté ante un patente y manifiesto incumplimiento exteriorizado mediante una conducta rebelde del ejecutado que no deje margen de duda alguno de su voluntad abiertamente impeditiva u obstativa de cumplir aquello a lo que se encuentra judicialmente obligado.

AP CÁCERES, SEC. 1.ª, AUTO DE 19 DE DICIEMBRE DE 2008

Ponente: Antonio María González Floriano

Puede ya anticiparse que el único motivo del Recurso interpuesto frente al Auto de fecha 8 de abril de 2008 ha de ser, efectivamente, estimado y acogido, no compartiendo este Tribunal los razonamientos en los que se fundamenta la Resolución recurrida para imponer la multa coercitiva a la ejecutada ni tampoco las alegaciones que, en sentido análogo, mantiene la parte apelada ejecutante. Es cierto que, conforme a las disposiciones establecidas en el artículo 776, en relación con el artículo 709, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puede el Tribunal apremiar al ejecutado que no cumple la Resolución Judicial con la imposición de multas coercitivas, facultad de la que –según entiende esta Sala– únicamente debe hacerse uso cuando se esté ante un patente y manifiesto incumplimiento exteriorizado mediante una conducta rebelde del ejecutado que no deje margen de duda alguno de su voluntad abiertamente impeditiva u obstativa de cumplir aquello a lo que se encuentra judicialmente obligado. Y es precisamente tal voluntad incumplidora –con la connotación apuntada relativa a su gravedad– la que falta en el caso de autos. No puede desconocerse, en este sentido, que, ante el propio Juzgado de instancia, se sigue Proceso Penal de Diligencias Previas con el número 30/2008 con motivo de los hechos sucedidos el día 30 de diciembre de 2007 que presenciaron los propios Agentes de la Guardia Civil instructores del Atestado, quienes personados en el domicilio paterno (y sin profundizar ahora en mayores detalles) comprobaron que los hijos habidos en el matrimonio se encontraban dispuestos a abandonar el domicilio del padre porque, según dijeron, su padre les había echado de dicho domicilio y que don Santiago no se opuso a que se marcharan al domicilio materno, como así sucedió. También debe destacarse que los tres hijos del matrimonio comparecieron ante el Puesto de Alía de la Guardia Civil el día 14 de marzo de 2008 (folio 88 de las actuaciones) manifestando los tres que no querían irse con su padre. No cabe duda, por tanto, que no puede imputarse a la madre una conducta abiertamente obstativa al cumplimiento del régimen de visitas establecido en Resolución Judicial cuando los hijos del matrimonio, con suficiente grado de discernimiento, han manifestado de forma concluyente que no quieren estar con su padre, actitud de los hijos que debe valorarse en sus justos términos a los efectos de evaluar el incumplimiento de la Resolución Judicial que se atribuye a la madre y que ha generado la imposición de la multa coercitiva dado que si bien la madre debe propiciar todas las condiciones óptimas para que los hijos puedan estar con su padre conforme al régimen de visitas judicialmente fijado y procurar que dicho régimen su cumpla sin oponer ningún tipo de traba o impedimento, no puede desconocerse sin embargo que los propios hijos no desean mantener una relación de convivencia con su padre porque –según manifiestan– fueron echados del domicilio paterno. Con el razonamiento expuesto, no pretende esta Sala justificar ningún tipo de actitud de la madre, sino evaluar su conducta a los efectos de la multa coercitiva que la ha sido impuesta, la cual responde –por los motivos indicados– a una decisión desproporcionada dado que, con independencia de que la madre no haya propiciado el cumplimiento del régimen de visitas mediante una explicación convincente a sus hijos, los hijos se han negado abiertamente a estar con su padre, por lo que no puede sostenerse –respecto de la madre– la existencia de una actitud

manifiestamente incumplidora de la Sentencia que le hiciera acreedora de la multa coercitiva que le ha sido impuesta y que, por consiguiente, debe dejarse sin efecto.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Estando disuelta la sociedad de gananciales no se puede imputar un crédito a una sociedad que ya no existe, por lo que no podrá figurar en el pasivo el crédito del ex esposo por el pago de las cuotas del préstamo hipotecario, sin perjuicio de que la mitad de lo pagado se reclame al ex cónyuge con la que permanece en comunidad de bienes hasta que culmine la liquidación.

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 1 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Alcalá Navarro

Constituye el único punto que se debate en este recurso la inclusión en el inventario, como pasivo de la sociedad conyugal, las cantidades pagadas por don Roberto, y no el demandado Sr. Antonio, que asciendan a 51.892,3 euros para la cancelación de la hipoteca existente sobre vivienda familiar, y que se han hechos efectivas a partir del 3 de marzo de 2006, posteriormente, por tanto, a la disolución de la sociedad ganancial producida por la sentencia de divorcio de fecha 19 de octubre de 2005.

De conformidad con el artículo 1392.3.º del Código Civil, la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho cuando judicialmente se decrete la separación de los cónyuges, en consecuencia, en el presente caso dicha fecha coincide con la de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia decretando el divorcio de los cónyuges el día 19 de octubre de 2005, y por otra parte, establece el artículo 1398.3.º del mismo texto legal que el pasivo de la sociedad estará integrado por el importe actualizado de las cantidades que, habiendo sido pagadas por uno solo de los cónyuges, fueran de cargo de la sociedad y en general, las que constituyan créditos de los cónyuges contra sociedad. En este caso, por don Antonio se pretende la inclusión en el pasivo del inventario la cantidad de 51.892,3 euros abonada por él en relación a un bien ganancial, lo que es estimado por la sentencia de instancia al entender que son deudas gananciales al referirse a préstamo que gravaba la vivienda conyugal. Siendo éste el pronunciamiento objeto de recurso, el mismo ha de estimarse porque, en principio, procedería incluir en el pasivo las devengadas hasta dicha fecha de octubre de 1996, pues (como dicen las Sentencias de esta Sala núm. 533/2007 y 46/2008) son cantidades pagadas por uno solo de los cónyuges y eran a cargo de la sociedad para pago de un bien que está incluido en el activo de la sociedad conyugal, pero esto sólo abarca a las mensualidades pagadas vigente la sociedad de gananciales, pues la sociedad conyugal se extinguió con el dictado de la Sentencia de 19 de octubre de 2005, por lo que no se puede imputar un crédito a una sociedad que ya no existía, y no pudiendo figurar en su pasivo, don Antonio, o quien por él lo pagara, podrá hacer efectivo el resto de las cuotas abonadas como un crédito contra su ex cónyuge con la que permanece en comunidad de bienes hasta que culmine la liquidación.

REGÍMENES ECONÓMICOS

La escasa duración del matrimonio no impide que se declare en parte privativa y en parte ganancial la vivienda familiar que se adquirió por el esposo mucho antes de contraerse el matrimonio.

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos María Piñol Rodríguez

El Sr. Carlos Manuel, cuestiona el carácter ganancial en un 14% de la vivienda sita en la C/ Esturión de Sevilla, y solicita que se declare su carácter privativo; la sentencia para establecer esa naturaleza del piso en parte ganancial y en parte privativo acude a la regulación del CC recogida en los artículos

1357 y 1354, en el que establece una excepción a la naturaleza del bien, cuando se trata de la vivienda familiar en el que el régimen general por el cual los bienes adquiridos a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán carácter privativo, se altera como decimos cuando sea vivienda familiar, siendo en este caso pro indiviso entre la sociedad ganancial y el cónyuge o cónyuges en proporción a sus respectivas aportaciones; no es cuestión el importe de la participación, se cuestiona que ese bien que se adquirió con mucha anterioridad al matrimonio, que se escrituró también con anterioridad, debe reputarse privativo, incluso dada la escasa duración del matrimonio; las razonables alegaciones del recurrente, no permiten que un concreto precepto del CC no sea aplicado, cuando además su literalidad no admite ni dudas, ni excepciones, ya que si el bien ha sido vivienda familiar, debe aplicarse el artículo 1354 del CC; y ello aunque como sucede en el caso enjuiciado el carácter de vivienda familiar se le atribuyó con posterioridad a la compra, y con una duración del matrimonio, no excesivamente largo, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 7 de junio de 1996, ya dice que no se puede prescindir del precepto «el cual se no se fija más que en el dato de que la vivienda sea familiar, no que se haya comprado para ese destino que, por tanto, puede adquirirlo posteriormente...» procede por lo dicho confirmar la sentencia en este particular respecto a la naturaleza del piso.

REGÍMENES ECONÓMICOS

El hecho de que los cónyuges desconocieran la existencia de bienes gananciales por considerar que todavía no era de su propiedad la finca adjudicada por el Patronato Municipal no supone alterar la realidad de la existencia de los derechos adquiridos sobre esta finca que tenían un evidente carácter ganancial. Por otra parte, no puede aplicarse el instituto de la prescripción adquisitiva o usucapión por cuanto que no concurre uno de los requisitos esenciales para su apreciación, la posesión en concepto de dueño, siendo reiterada la jurisprudencia que declara que no posee en concepto de dueño el copropietario frente a los demás condueños.

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Rafael Márquez Romero

Se alega en el escrito de interposición de recurso que la sentencia no ha tenido en consideración que los propios esposos declararon en el convenio regulador que «ambos cónyuges hacen constar que no existen bienes gananciales excepto el modesto ajuar doméstico» y el Auto de Medidas Provisionales de acuerdo con la anterior estipulación atribuyó el uso exclusivo de la vivienda a la actora, por cuanto que los esposos carecían de la titularidad dominical de la vivienda, siendo evidente la voluntad de los cónyuges de atribuir a la actora la vivienda que asumió no sólo los gastos derivados de la habitabilidad sino también las cuotas, que como si de una hipoteca se tratase se fueron devengando ante el Patronato municipal, por último se alega que la sentencia no se pronuncia sobre la prescripción alegada en la demanda.

Tras el examen y valoración de lo actuado en la primera instancia, así como de lo alegado en el escrito de interposición de recurso no puede la Sala sino compartir el criterio de la sentencia apelada pues considerando que dada la fecha en que contrajeron matrimonio demandante y demandado, 30 de septiembre de 1979 y de adquisición la vivienda, 23 de enero de 1980, fecha de suscripción del contrato de adjudicación de vivienda con el Patronato Municipal, debe considerarse que la vivienda tiene un evidente carácter ganancial y ello con independencia de la poca duración del matrimonio y de que haya sido la actora la que ha asumido todas las obligaciones derivadas del contrato que en todo caso tendrá derecho al reintegro de todas las cantidades abonadas actualizadas al tiempo de la liquidación, que pudieran efectuar los cónyuges de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1358 del Código Civil. Como perfectamente se declara en la sentencia apelada la atribución del uso de la vivienda en el convenio regulador y la sentencia de separación no puede interpretarse más que como atribución del uso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil al atribuirse a la esposa la custodia del hijo menor del matrimonio, y sin que esta atribución unida a la declaración de los cónyuges de no existencia de bienes ganancia-

les pueda interpretarse como una presunción de no ganancialidad o renuncia del demandado a los derechos que tuviera sobre la vivienda que en todo caso debía ser expresa y comprender la totalidad de los derechos que los cónyuges ostentaban sobre la vivienda. El hecho de que los cónyuges desconocieran la existencia de bienes gananciales por considerar que todavía no era de su propiedad la finca adjudicada por el Patronato Municipal no supone alterar la realidad de la existencia de los derechos adquiridos sobre esta finca que tenían un evidente carácter ganancial. Por otra parte no puede aplicarse el instituto de la prescripción adquisitiva o usucapión por cuanto que no concurre uno de los requisitos esenciales para su apreciación, la posesión en concepto de dueño, siendo reiterada la jurisprudencia que declara que no posee en concepto de dueño el copropietario frente a los demás condueños y sólo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio.

Por último, como se declara en la sentencia apelada tampoco es posible en este procedimiento la atribución de la titularidad dominical con una compensación a favor del demandado por cuanto que esta pretensión habrá de articularse en el procedimiento correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 806 del Código Civil, sin que exista impedimento alguno para proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales que no consta que se haya producido, al menos con relación a la finca de este procedimiento, a pesar del tiempo transcurrido desde la disolución de la sociedad de gananciales

REGÍMENES ECONÓMICOS

Apreciación de oficio de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario al solicitarse en la demanda la nulidad de una escritura de compraventa instada frente a uno solo de los cónyuges, retrotrayéndose las actuaciones al momento de admisión a trámite de la demanda para llevarse a efecto el emplazamiento del otro cónyuge.

AP CÓRDOBA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Pedro Roque Villamor Montoro

Se contrae este procedimiento a la petición de nulidad de la escritura de compraventa de fecha 22 de junio de 2006 suscrita entre la entidad demandada, como vendedora, y la codemandada, como compradora en relación a las fincas registrales NÚM002, NÚM001 y NÚM000, todas del Registro de la Propiedad número Dos de esta capital, con la particularidad de que la demandada según se hizo constar en la escritura de compraventa se encontraba casada en régimen de gananciales, de tal forma que la adquisición se hizo para su sociedad de gananciales, de forma que los titulares de las fincas son los dos cónyuges. En esta situación e interesándose la nulidad del título de adquisición de ambos cónyuges y de su inscripción en el Registro de la Propiedad, es necesaria la intervención de ambos en el procedimiento al objeto de no generarle una situación de indefensión que no puede ser sanada, por constar que el ausente ha tenido conocimiento de la existencia de este procedimiento en momento hábil para poder defenderse, de tal forma que si no lo ha hecho, pese a tener conocimiento de la existencia de este procedimiento, no cabe hablar de indefensión, pues ésta sólo es tal cuando se deriva únicamente de la actuación del órgano judicial, no cuando es consecuencia de la acción u omisión del interesado o de quien por su cuenta actúa.

Esto nos conduce a la institución de litisconsorcio pasivo necesario, respecto al que la Sentencia del Tribunal Supremo de 570/2007, de 21 de mayo, con remisión a la de 6.5.2003 recuerda que si bien la doctrina jurisprudencial sobre el litisconsorcio pasivo necesario «... en un principio se fundó en la defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal, ya a partir de las Sentencias de esta Sala de 20 de julio de 1991, 14 de mayo de 1992 y 9 de junio de 1994 ha evolucionado hacia la inutilidad de la misma para conseguir la resolución de la cuestión de fondo, o lo que es igual, la inidoneidad jurídica del demandado para ser sujeto pasivo exclusivamente de la relación jurídica material deducida», y añade que así ocurre cuando «... los terceros no demandados en la reconvención presentan un interés tan legítimo y directo que pueden ser afectados por la sentencia que recaiga –Sentencias, por todas, de 10 de mayo de 1985, 10 de marzo de 1986, 20 de junio de 1991, 3 de marzo de 1992, 1 de julio y 21 de octubre de 1993, 30 de septiembre de 1994, 6 de abril de 1996–, etc.» Lo que en el caso no cabe sino afirmar con absoluta

rotundidad pues lo que se pretende en esta causa no es otra causa que la nulidad de la compraventa e inscripción que la misma causó a favor de la sociedad de gananciales.

A tal efecto conviene recordar, con la Sentencia del Tribunal Supremo 1185/2001 de 20 de diciembre relativo a un supuesto similar al de autos, que nuestra jurisprudencia «tiene declarado que, si bien el artículo 1385.2 autoriza a cualquiera de los cónyuges para ejercitar la defensa de los bienes comunes, esta facultad no es de interpretación extensiva y absoluta respecto a cada cónyuge individualizado, para soportar exclusivamente las consecuencias de una acción, sobre todo cuando su resultado es negativo, y, al afectar a los dos esposos, debe ser dirigida contra ambos, lo que impone la necesidad de su llamada conjunta al proceso para la procura de la defensa de sus intereses convergentes (STS de 23 de febrero de 1994), como también ha sentado que la institución de litisconsorcio pasivo necesario debe observarse cuando se trata de la eficacia o ineficacia de una relación contractual y, por tanto, de su resolución, en la que intervinieron ambos cónyuges de manera directa o indirecta, pero debida y suficientemente constatada, ya que ha de dirigirse la demanda contra los dos, para no construir incompleto el proceso, por defecto en la vocación de quienes deben ser demandados a efectos de integrarse en la dinámica del pleito (SSTS de 25 de enero de 1990 y 9 de septiembre de 1991)».

Esta excepción no ha sido invocada por la parte demandada, ni apreciada por la juzgadora de instancia ni en la audiencia previa, momento hábil para subsanar este tipo de deficiencias, ni en la sentencia, pero que puede ser apreciado de oficio por el Tribunal en cualquier momento del proceso, incluso en casación, así esta Sala en Sentencias de 21 de febrero de 2006 (rollo 51/2006) y 21 de junio de 2003 (rollo 192/2006) con remisión a la de 8 de julio de 2005 (rollo 292/2005) y a las SSTS de de 9 de julio de 2004 y de 4 de abril de 2000, recoge expresamente que, «a diferencia de lo que ocurre con otro tipo de excepciones, el litisconsorcio queda fuera de la jurisdicción rogada, y en razón de trascender sus efectos al orden público, puede y debe ser apreciada incluso de oficio, aun en el trámite extraordinario de casación y ello es así, como dice la de 4 de abril de 2000, "como perteneciente al orden público e interés social de evitar sentencias contradictorias"».

Con lo hasta ahora expuesto se desprende que se ha de apreciar en el caso de autos la excepción de litisconsorcio pasivo necesario que impide conocer del fondo de la cuestión controvertida, pero sin que ello implique sin más la absolución, aun en la instancia, de la parte demandada, sino, como señala como señala la STS 1185/2001, de 20 de diciembre, sino la retroacción del curso de las actuaciones al momento en que era posible la subsanación de esta falta, que no es otro que la audiencia previa al objeto de que se le conceda a la parte demandante la posibilidad de subsanarla, sin que proceda hacer pronunciamiento sobre las costas devengadas hasta este momento puesto que pudo y debió de ser el Juzgado el que advirtiera esta circunstancia y diera los pasos conducentes para subsanarla.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Actualización del precio del inmueble abonado constante la sociedad de gananciales en función del valor que tiene en el momento de la liquidación y no en base al incremento del IPC.

AP CÁCERES, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Fracisco Bote Saavedra

Siguiendo el mismo orden del recurrente, alega en primer lugar, infracción del artículo 1358 del CC en relación con el artículo 1397.3.º del mismo Cuerpo Legal, respecto al activo ganancial relativo «al derecho de reembolso respecto de las cantidades invertidas por la sociedad de gananciales en el pago de la vivienda sita en Plasencia, propiedad privativa de la actora, quien lo adquirió mediante precio aplazado». Entiende la recurrente que se debe calcular el derecho de reembolso sobre le precio de adquisición, el 7 de septiembre de 1968, que fue de 91.482 pesetas, de dicho importe la compradora abonó, en estado de soltera, la cantidad de 50.578 pesetas, y después de contraer matrimonio se abonó el resto por importe de 40.904 pesetas con dinero ganancial. Por tanto, en aplicación del artículo

1358 del CC habrá de reembolsase el valor satisfecho a costa del caudal común, mediante el reintegro de su importe 40.904 pesetas pero actualizado al tiempo de la liquidación; actualización que debe calcularse según el IPC desde septiembre de 1995 –fallecimiento del causante– a octubre de 2007 –fecha de liquidación de la sociedad de gananciales–, y que según el INE es del 43.2%, de forma que la cantidad actualizada asciende a 58.574,53 pesetas equivalente a 352,40 euros, que sería el importe actualizado del derecho de reembolso, pero no la cantidad de 28.963,59 euros como se pretende por el Contador y se admite en la sentencia recurrida, porque esa valoración infringe el artículo 1358 del CC. Considera que la actualización del valor de la parte del precio abonada por la sociedad de gananciales ha de hacerse corrigiendo las alteraciones del valor de la moneda, más no computando el valor de lo adquirido en la fecha de la liquidación, de conformidad con el apartado 5 del artículo 1359 del CC.

Pues bien, el Contador Partidor explica al folio 13 del Cuaderno particional el cálculo del derecho de reembolso de las cantidades invertidas por la recurrente y por el causante para abonar el precio por la adquisición de la vivienda sita en Plasencia y que es propiedad privativa de la recurrente. Para ello, toma los datos de la inscripción registral, la fecha de adquisición, el precio total, la parte abonada en exclusiva con dinero privativo de la actora y el resto abonado con dinero ganancial, y explica con todo detalle los abonos y las fechas, así como el precio aplazado.

En el acto del juicio, el Contador explicó las operaciones efectuadas sobre dicho reembolso, aplicó el mismo criterio de valoración que para el resto de los bienes, según tasación practicada por perito designado al efecto, y finalmente, aplicó las reglas del artículo 1358 del CC que es el procedente, porque no se trata de mejoras realizadas en un inmueble privativo con bienes gananciales, sino del pago parcial del precio de un bien privativo con dinero ganancial, en cuyo caso, en aplicación del precepto citado, procede el reembolso del valor satisfecho con caudal común, con su importe actualizado al tiempo de la liquidación; términos semejantes que utiliza el artículo 1397.3 del CC. En realidad lo que cuestiona la recurrente es el sistema de actualización, olvidando que el Contador ha tomado como punto de partida el valor de los bienes inmuebles según la tasación pericial, estimándose correcta y adecuada dicha actualización, y no en función del IPC como se pretende en el recurso, siendo más adecuada la actualización con referencia en la tasación de un profesional. Tampoco es correcto fijar el inicio de la actualización en el año 1995, porque el matrimonio se contrajo en el año 1973, siendo a partir de esta fecha cuando comienza la amortización del inmueble con caudal común.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Se desestima la demanda interpuesta por el esposo contra la esposa en un matrimonio regido por el sistema de separación de bienes, en la que aquél reclama el pago de 6.000 euros que le entregó, al considerarse que hubo un acto de liberalidad y no un préstamo.

AP MÁLAGA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña Inmaculada Melero Claudio

Frente a la resolución pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de los de esta capital, se alza el apelante don Juan Ramón alegando que existe un manifiesto error en la valoración del acervo probatorio, junto con la conculcación de los artículos 385 y 386 de la Ley Adjetiva Civil, por cuanto toda la prueba practicada acredita la existencia de un contrato de préstamo entre las partes litigantes. Y añade que el régimen económico del matrimonio formado entre demandante y demandada fue el de separación de bienes, lo cual conecta con el contexto en que se celebra el referido contrato de préstamo; y que no ha resultado discutido que el dinero saliera del fondo de inversión cuya titularidad era, además del recurrente, de sus hijas y cara al futuro de las mismas. En definitiva, sostiene que toda la prueba documental obrante en los autos no son más que indicios que han resultado probados existiendo un enlace preciso y directo entre lo probado (matrimonio de las partes, separación de bienes, insuficiencia económica del prestamista, necesidad económica de la prestataria, transferencia

de fondo de inversión a cuenta exclusiva de la prestataria...), y lo presunto (contrato de préstamo).

Como se argumenta en la sentencia recurrida, «la cuestión controvertida ha quedado reducida al concepto por el que el ahora actor entregó los 6.000 euros a la Sra. Cecilia, pues el Sr. Juan Ramón mantiene que la entrega tuvo lugar en virtud de un contrato de préstamo y la demandad mantiene que en virtud de una donación...».

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 7 de febrero de 2006 (Sec. 9.ª) indica «en consecuencia la presunción favorece la onerosidad de todo negocio, por lo que la carga de la prueba de la invocada gratuidad pesa sobre quien la alega (SS de Valencia de 30 de septiembre de 2002; Baleares de 31 de julio de 2002; León de 29 de junio de 2002; Madrid de 7 de junio de 2002; Granada de 13 de abril de 2002, entre otras). El Tribunal Supremo ha manifestado en varias ocasiones que la falta de prueba de la intención de donar impide que se considere donación un negocio jurídico (Sentencias de 30 de noviembre de 1987 y de 27 de marzo de 1992). El principio general es de no presumir el *animus donandi* (la donación), en toda entrega de dinero por lo que ha de acreditar cumplidamente el que se dice donatario que la entrega le fue verificada a título gratuito (SSTS de 20 de octubre de 1992; 12 de noviembre de 1997), debiendo sufrir quien invoca la gratuidad con las consecuencias perjudiciales de su falta de prueba (SSTS de 26 de enero de 1993; 13 de mayo de 1993) (artículo 217 de la LEC) ya que, tal como señaló la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1987 que recoge las de 28 de abril de 1975, 2 de enero y 7 de julio de 1978 y 31 de mayo de 1982, «la falta de prueba del *animus donandi* impide mantener la tesis de la donación que sustentaban los demandados, sin cuya causa no puede darse este negocio jurídico; razones todas ellas que nos llevan a la desestimación del presente recurso, confirmando, en su integridad, la sentencia de instancia».

La controversia del litigio se ciñe exclusivamente a determinar si la entrega materializada por don Juan Ramón a doña Cecilia por importe de 6.000 euros, lo fueron a título de préstamo, como entiende el demandante ahora recurrente, o por contra, tal y como entiende la demandada, se trata de una donación fundada en la liberalidad –artículo 618 del Código Civil–, y por tanto no existe tal obligación dado que la entrega fue gratuita.

Cierto resulta que tanto la jurisprudencia –Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1987, 27 de marzo de 1992, 24 de julio de 1997– como el propio legislador exigen prueba suficiente de la transmisión gratuita, puesto que el ánimo de donar no puede presumirse, correspondiendo a quien alega que el ánimo de liberalidad era el que guió la entrega demostrarlo; pues según resulta de lo dispuesto en el artículo 1289 del Código Civil, en caso de duda sobre la interpretación de los contratos gratuitos, la duda se resuelva a favor de la mera transmisión de derechos e intereses, sin que se presuma la intención de donar. En definitiva, para que exista donación debe concurrir *animus probandi*, el cual no se presupone, debiendo ser probado por quien lo alega –Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1997 y 13 de noviembre de 2000–. Mas ello aplicado al caso, resulta que existen poderosos indicios que avalan la concurrencia del *animus donandi*, esto es, el que la entrega de dinero materializada y el destino en favor de la Sra. Cecilia, entrega no negada en ningún caso, se hicieron como actos de pura liberalidad, o como transmisión gratuita.

Son hechos no controvertidos que ambos litigantes contrajeron matrimonio el día 27 de abril de 2001, bajo el régimen económico de separación de bienes, matrimonio que se disolvió por divorcio de fecha 2 de octubre de 2006; y que el 25 de octubre de 2002 se realizó una transferencia, por importe de 6.000 euros, desde un fondo de inversión de titularidad del actor a una cuenta corriente de titularidad exclusiva de la demandante.

Ahora bien, no ha quedado acreditado que esa entrega de dinero se hiciese en concepto de préstamo como vuelve a insistir el demandante en su escrito de formalización del recurso de apelación, habida cuenta, entre otras circunstancias, de la antigüedad del préstamo y la relación existente entre las partes; siendo de resaltar que de la lectura de las cartas remitidas por el demandante a la demandada, aportadas por ésta en su escrito de contestación a la demanda, en ninguna de ellas se hace mención alguna a que la entrega de dinero lo fuera a título de préstamo, sino todo lo contrario, que se hace como una acto de mera liberalidad, por lo que no cabe interpretar que la cantidad reclamada se hizo a título de préstamo cinco años después de haberla entregado. A ello hay que añadir que el visionado del soporte audiovisual ha permitido a la Sala comprobar cómo el testigo don Salvador relató al Tribunal de instancia de forma clara y precisa, que el Sr. Juan Ramón le relató en una ocasión que «... había regalado a Cecilia un millón de pesetas para que ella hiciera lo que quisiera..., sin que hubiera tenido conocimiento de este regalo por parte de la demandada, sino exclusivamente por parte del actor...».

En consecuencia con lo expuesto pues, procede la desestimación del recurso de apelación y la íntegra conformación de la sentencia recurrida.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Aunque la compra del inmueble se hizo por el esposo antes de contraerse el matrimonio, la circunstancia de otorgarse la escritura pública constante el matrimonio y establecerse en ella la adquisición para la sociedad de gananciales, sin hacer ninguna referencia al origen del dinero, conlleva que el inmueble tenga carácter ganancial.

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos María Piñol Rodríguez

La única cuestión controvertida es respecto a la naturaleza del inmueble sito en la c/ DIRECCIÓNooo, NÚMoo1, en Las Navas de la Concepción, finca registral NÚMoo2, al que la sentencia atribuye carácter privativo, sosteniendo la parte apelante el carácter ganancial de esa finca, la prueba practicada y correctamente valorada acredita que esa vivienda la adquirió don Ignacio por contrato privado el 28 de diciembre de 2005, en estado de soltero, y también se ha acreditado que doña Victoria, no contribuyó con cantidad alguna en el precio de la compra, decimos que estos hechos que son premisas básicas para determinar la naturaleza del bien, se ha acreditado a través de la documental aportada y de la testifical practicada que de forma lógica y razonada permiten llegar a tener por acreditada esas dos premisas y respecto de los cuales nada objetivo se cuestiona, pues el argumento básico que sostiene la apelante para considerar que el bien tiene naturaleza ganancial, es lo que se hizo constar en la escritura pública, en la cual se decía que se adquiría para la sociedad de gananciales, la cuestión en principio podría entenderse aplicando el artículo 1355 del Código Civil, pero ese artículo que permite atribuir la condición de ganancial a los bienes con independencia de la procedencia del precio, está sólo previsto para las adquisiciones onerosas durante el matrimonio, pero no para cuando la adquisición se produjo con anterioridad como sucede en el caso presente, por lo que la apelante reconduce el motivo que justifica su pretensión a la doctrina de los actos propios; la escritura en la que se establece la adquisición para la sociedad de gananciales, se otorga el 18 de septiembre de 2001, cuando habían ya celebrado el matrimonio entre ambos, en esa escritura lo que al respecto se refiere es que don Ignacio, la compra para su sociedad de gananciales, sin hacer ninguna referencia al origen del dinero que por ello se abona, permite sostener por lo que aplicando la doctrina de los actos propios, al entender que esa manifestación ante el Notario es un inequívoco acto o actuación que vincula a quien la efectúa con la cobertura legal en el artículo 1323 del Código Civil que permite que los cónyuges puedan transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos, y así la Sentencia de 12 de diciembre de 1997, declara que se les permite realizar los contratos que estimen pertinentes; es una facultad amplia, que no tiene en principio limitación y que les permite entre cónyuges realizar transmisiones entre ellos y celebrar cualquier tipo de contratos; si esa facultad como sucede esta recogida en nuestro Código Civil, la única posibilidad para cuestionar su validez y eficacia, no puede ser otra que como en cualquier contrato, se pueda demostrar algún vicio que invalide el consentimiento y en base a ello si se podría rescindir esa transmisión o esa manifestación; esta última postura es la que esta Sala entiende correcta, porque se ha producido una manifestación de voluntad exteriorizada y recogida en la escritura pública, no se ha cuestionado, ni probado vicio en el consentimiento, y ello debe producir los efectos vinculantes que todo acto propio produce, y porque además permiten desvincularse del mismo sin motivo produciría una inseguridad jurídica que no puede justificarse, respecto al artículo 1355 del Código Civil hay un criterio compartido por Audiencias Provinciales como la de Vizcaya (sentencia 11 de enero de 2002) y de Madrid (14 de septiembre de 2004), en las cuales se sostiene que la atribución voluntaria de la condición de ganancial lo va a ser de manera definitiva, siendo irrelevante cualquier demostración posterior del carácter privativo del dinero empleado para su adquisición; en atención a lo anteriormente razonado, debe concluirse que debe estimarse el recurso y revocando la sentencia concluir en el activo de la sociedad de gananciales la finca sita en la DIRECCIÓNooo, de Las Navas de la Concepción. No se hace pronunciamiento sobre las costas de la alzada.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Carácter ganancial del inmueble al resultar ineficaz el documento privado suscrito en su día por las partes en el cual el esposo donaba a la esposa su mitad del inmueble, dado que, al tratarse de un bien inmueble, precisaba de escritura pública (artículo 633 del CC).

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier Correas González

Por lo que se refiere al segundo motivo, conviene al caso previamente recordar la doctrina jurisprudencial existente desde octubre de 1987 que dice: «el documento privado suscrito por los esposos no tiene el carácter de convenio regulador, al haber sido impugnado y no homologado a los efectos del artículo 81 del CC, en relación con el artículo 90 del CC, y por ello no es un acuerdo válido y eficaz y no vincula al Juzgador». Entonces, partiendo de lo que antecede, cabe decir que el documento en el que la parte apelante sustentaba su pretensión de que el bien inmueble cuestionado era privativo de ella y no ganancial, de fecha 14 de octubre de 2004, propuesta que pretendía ser el convenio regulador de las medidas complementarias del divorcio de las partes; no tiene ningún valor entre las partes al no ser ratificado pues a la postre hubo sentencia de divorcio contencioso el 12 de enero de 2006 ; y no vincula al Juzgador al no haber sido homologado judicialmente. En el ámbito de Familia dicho documento no nació a la vida jurídica; y en el ámbito ordinario tampoco sirve su contenido pues, por su importancia como donación de parte de bien inmueble precisaba de escritura pública (artículo 633 del CC); y como transmisión patrimonial igual requisito (artículo 1280 del CC). No es necesario seguir, el piso sito en la DIRECCIÓNooo núm. NÚMooo, NÚMoo1 de Móstoles es ganancial por adquirirse por las partes mediante contrato de compraventa durante el matrimonio en régimen de gananciales según dispone el artículo 1347.3 del CC, y así consta inscrito en el Registro de la Propiedad según es de ver al folio 24 de las actuaciones. Procede, en consecuencia, desestimar también este motivo del recurso.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Los juzgados de familia no tienen competencia para tramitar la petición de autorización judicial para la enajenación de bienes gananciales (artículo 1377 del CC) correspondiendo su conocimiento a los Juzgados de Primera Instancia ordinarios.

AP MADRID, SEC. 24.ª, AUTO DE 4 DE DICIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María del Rosario Hernández Hernández

En virtud de Auto de fecha 5 de julio de 2008, se acuerda la inadmisión a trámite de la demanda de jurisdicción voluntaria formulada por la representación procesal de doña María Antonieta, en solicitud de autorización judicial para la enajenación de bienes gananciales, razonándose en el mismo que al escrito generador no se aportaron los documentos en los que la parte funda su derecho a la tutela judicial que pretende, y, a mayor abundamiento, que la acción ejercitada no se comprende en las normas de reparto de los Juzgados de Familia de Madrid.

Frente al mismo se interpone recurso de apelación, solicitándose la revocación de meritado auto, y se establezca que corresponde conocer al Juzgado de Familia núm. 25 de Madrid, la demanda de jurisdicción voluntaria interpuesta por la parte apelante, acordando la admisión a trámite de la misma.

El recurso deducido frente al Auto de fecha 5 de julio de 2008, no puede obtener favorable acogida, y ello no por razón de la falta de aportación de documentos, por cuanto la demanda

presentada no adolece de defecto formal alguno determinante de inadmisión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 399, 403 y 439, todos ellos de la LEC, sin perjuicio de que en su día, a la luz del material probatorio practicado, en el momento procesal oportuno, se hubiera podido desestimar la pretensión, cuestión esta que queda imprejuzgada.

Es el fundamento y base de la inadmisión a trámite, la falta de competencia de los Juzgados de Familia para el conocimiento de la pretensión que se deduce, al amparo del artículo 1377 del Código Civil, aspecto este en el que la Sala comparte el criterio del Juez *a quo*, puesto que lo pretendido es suplir la falta de consentimiento necesario para llevar a cabo una mera transacción patrimonial, compraventa de bienes inmuebles gananciales, entre dos personas mayores de edad y plenamente capaces para obrar, puesto que no han sido judicialmente incapacitadas, de donde la competencia para su conocimiento corresponde a los Juzgados ordinarios de primera instancia, pues sus consecuencias y efectividad no están previstas en el título IV del Libro I del Código Civil, resultando materia competencial de los Juzgadores ordinarios, al no constituir cuestiones especializadas, en las que predominan las relaciones personales y familiares propias del estado matrimonial, marginando la problemática sustantivo procesal de la órbita competencial del Juzgado de Familia.

Dichos Juzgados de Familia, creados por Real Decreto de 3 de julio de 1981, tienen atribuida una competencia objetiva perfectamente delimitada y restrictiva, su potestad jurisdiccional, exclusiva y excluyente, se circunscribe a las actuaciones previstas en los títulos IV (artículos 42 a 107) y VIII (artículos 154 a 180) del Libro I del Código Civil, y a aquellas otras cuestiones que en el ámbito del derecho de familia les vengan atribuidos por las leyes, de manera que esta exclusividad es de proyección negativa, en cuanto no puede hacerse extensiva a otras cuestiones (artículos 53 y 55 de la LEC, y 85 y 98 de la LOPJ), no quedando enmarcada entre las propias la acción ejercitada, que es ajena a la competencia objetiva de los Juzgados de Familia.

Incluso se limita la competencia de los Juzgados de Familia para el conocimiento y fallo de las liquidaciones de sociedad legal de gananciales, exclusivamente a las que traigan causa de un procedimiento de crisis matrimonial, y vienen legitimados para su ejercicio los propios consortes partes en tal proceso al que se refiere la quiebra del matrimonio, en este caso de disolución por divorcio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 807 de la LEC.

El artículo 46 de la LEC dispone:

«Especialización de algunos Juzgados de Primera Instancia. Los Juzgados de Primera Instancia a los que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578 y 2635), se les haya atribuido el conocimiento específico de determinados asuntos, extenderán su competencia, exclusivamente, a los procesos en que se ventilen aquéllos, debiendo inhibirse a favor de los demás tribunales competentes, cuando el proceso verse sobre materias diferentes. Si se planteara cuestión por esta causa, se sustanciará como las cuestiones de competencia.»

Por su parte, el artículo 98 de la LOPJ establece:

«1. El Consejo General del Poder Judicial, podrá acordar, previo informe de las Salas de Gobierno, que en aquellas circunscripciones donde exista más de un juzgado de la misma clase, uno o varios de ellos asuman con carácter exclusivo, el conocimiento de determinadas clases de asuntos, o de las ejecuciones propias del orden jurisdiccional de que se trate, sin perjuicio de las labores de apoyo que puedan prestar los servicios comunes que al efecto se constituyan.

2. Este acuerdo se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" y producirá efectos desde el inicio del año siguiente a aquel en que se adopte.

3. Los juzgados afectados continuarán conociendo de todos los procesos pendientes ante los mismos hasta su conclusión.»

Nos encontramos ante una jurisdicción especializada, con una competencia objetiva delimitada, a la que se accede únicamente si se reúnen los presupuestos exigidos por la legislación procesal, por lo que no es dable, en ausencia de previsión legal, hacerla extensiva a cuestiones ajenas en las que no predominan las relaciones familiares y personales propias del estado matrimonial, de donde no cabe atribuir la competencia para su conocimiento y fallo a un Juzgado especializado de familia, resultando materia competencial de los Juzgados ordinarios. Otra alternativa se presenta incompatible con la naturaleza de estos procesos de familia, y daría lugar a extensiones excesivas de las previsiones legales de las acciones propias de repetida jurisdicción especializada.

REGÍMENES ECONÓMICOS

La cantidad de 1.500 euros que en concepto de litisexpensas se fijaron en el procedimiento de divorcio, al ser de cargo de la sociedad de gananciales, como una carga del matrimonio, ha de constar en el pasivo de la sociedad y por dicho importe.

AP CÁDIZ, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Ramón Romero Navarro

En orden a las litisexpensas derivadas del juicio de divorcio, impuestas por el Juzgado sentenciador y modificadas en su cuantía por esta Sala en Sentencia de fecha 26 de febrero de 2007, no se explica esta Sala la supuesta vulneración que la actual sentencia recurrida –según se dice– realiza de lo acordado, en el proceso de divorcio y de lo normado por el artículo 1318 del Código Civil. Este precepto legal establece con absoluta claridad un orden de prelación en el pago de las llamadas litisexpensas: primero, a cargo del caudal común (el de la sociedad de gananciales); segundo: «... y faltando éste, se sufragarán a costa de los bienes propios del otro cónyuge cuando la posición económica de éste impida al primero, por imperativo de la LEC la obtención del beneficio de justicia gratuita». Por su parte, la sentencia de esta Sala antes citada señalaba «... que no en el importe concedido (por la sentencia de instancia) pero sí en el de 1.500 euros, que la sociedad de gananciales ha de contribuir con esa participación en los gastos del presente litigio de divorcio» Por lo tanto, la cantidad de 1.500 euros en concepto de litisexpensas al ser de cargo de la sociedad de gananciales, como una carga del matrimonio, ha de constar, como establece el Magistrado *a quo*, en el pasivo de la sociedad y por dicho importe.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Para dejar sin efecto el desamparo no sólo es necesario el deseo del progenitor, sino que es exigible esa prueba plena que comporta la seguridad de que la menor va a estar convenientemente atendida, por lo que no caben, pues serían gravemente perjudiciales, nuevos intentos que al final fracasarían.

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos María Piñol Rodríguez

Interpone recurso de apelación don Alexander reiterando su oposición a la declaración de desamparo de su hija Julia. La sentencia en la que se desestima la demanda, se analiza la posible indefensión en sede administrativa de don Alexander concluyendo que no se ha producido y que se ha podido oponer con la demanda a la declaración de desamparo; el fundamento jurídico séptimo recoge puntualmente los hechos que en base a la prueba le llevan a considerar que el desamparo se ha adoptado al haberse acreditado la situación de desatención de la menor, y la imposibilidad de que el padre puede realizar seriamente la adecuada protección, que se merece su hija menor; de esos datos salvo que se demuestre que se han deducido de forma irrazonable o ilógica, la situación no puede conducir más que a como ha hecho la sentencia a, y en beneficio de la menor, desestimar la oposición al desamparo, pues ante una situación de desprotección, no cabe alegar circunstancias o datos para dejarla sin efecto, sino que se debe acreditar de forma indubitada, que no existió desamparo, o que en el momento en el que se opone existe una constatada realidad adecuada no sólo para que no se produzca una situación de desatención moral y material, sino que esa realidad que va a rodear a la menor, es idónea, para su desarrollo integral; no cabe, ni es posible sólo el deseo por parte del progenitor, sino que es exigible esa prueba plena que comporta la seguridad de que la menor va a estar convenientemente atendida, por lo que no caben pues serían gravemente perjudiciales nuevos intentos que al final fracasarían. Los hechos que hemos referido se recogen en la sentencia, no se han destruido a través de los razonamientos y alegaciones del recurso de apelación, para ello basta analizar el informe del equipo psicosocial en el que se recogen no sólo las conclusiones, que de forma categóricas establece que existen factores de riesgo en su vida personal,

nivel bajo de habilidades y aptitudes parentales, sino lo que el propio apelante manifiesta, que desea que su hija se quede en un colegio hasta que rehaga su vida en todos los sentidos, manifestación que realizó admitiendo su incapacidad temporal para asumir las mínimas obligaciones con su hija, limitación temporal que tampoco se encarga de delimitar, pudiendo ser indefinida; el hecho de que tiene 7 hijos y con los que no mantiene apenas relación, que ha sido consumidor de sustancias tóxicas, y que padece epilepsia; reitera la incapacidad para atender adecuadamente a su hija el informe de 4 de febrero de 2008, de la Sra. Médico Forense, que es también contundente, carece de capacidad para actuar de forma responsable como padre; por todo lo dicho hay que confirmar la sentencia al haber valorado de forma adecuada toda la prueba practicada. No se hace pronunciamiento sobre las costas de la alzada.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

La suspensión de las relaciones familiares no puede tildarse de desproporcionada e irracional, pues el mantenimiento de visitas entre los familiares biológicos, en especial los progenitores, y los hijos menores debe ceder excepcionalmente cuando, en atención a las circunstancias concurrentes, se pretende facilitar el acogimiento integrador con familia alternativa que les proporcione estabilidad y normalice su vida.

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Damián Álvarez García

La suspensión de las relaciones familiares no puede tildarse de desproporcionada e irracional, pues el mantenimiento de visitas entre los familiares biológicos, en especial los progenitores, y los hijos menores debe ceder excepcionalmente no sólo en supuestos de grave peligro para la salud, bienestar e integridad física o psicológica de los niños, sino también cuando, en atención a las circunstancias concurrentes, se pretende facilitar el acogimiento integrador con familia alternativa que les proporcione estabilidad y normalice su vida.

Cierto es que la Sra. Flora tiene una buena relación con sus tres hijos mayores, que hasta época reciente su hijo Ignacio ha convivido con ella, que su otro hijo Cornelio continúa conviviendo con la misma, y que mantiene un régimen de visitas quincenales con su hijo Manuel, tutelado por la Administración protectora; sin embargo, la imposible adaptación de Cornelio e Ignacio en familia alternativa, y la extrema dificultad que, en atención a la edad de los mayores, comportaba mantener indefinidamente un acogimiento residencial, exigían un tratamiento diferente de las distintas situaciones de unos y otros hermanos, todos ellos hijos de doña Flora.

Dado que la situación familiar es similar a la existente al tiempo de intervenir la Entidad pública de protección, no obstante las manifestaciones en contrario de los apelantes, la resolución apelada debe ser íntegramente ratificada, sin que, no obstante la desestimación de los recursos de apelación articulados por uno y otro progenitor, proceda hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales de alzada, en atención a la naturaleza de las cuestiones debatidas y al carácter personalísimo de los intereses en juego.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Se desestima la adopción solicitada respecto a un menor que se encontraba conviviendo con el promotor del expediente al amparo de la *kafala* constituida en Marruecos.

AP CÁDIZ, SEC. 5.ª, AUTO DE 11 DE DICIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña Rosa María Fernández Núñez

Don Juan Enrique y su esposa doña Penélope, el primero de nacionalidad marroquí y la segunda española, solicitaron y obtuvieron en Tetuán la entrega del menor Sergio, nacido el 1 de enero de

2003 en dicha localidad y abandonado en un centro hospitalario de la localidad, teniendo conferida judicialmente la guarda o *kafala* del niño por Resolución de 29 de abril de 2004, que desde entonces tienen consigo los cónyuges, satisfaciendo todas sus necesidades de sustento, educación, sanidad etc., hallándose actualmente dichos acogedores con Sergio en Ceuta, donde Juan Enrique trabaja y judicialmente ha sido designado tutor del niño por Auto de 17 de diciembre de 2004 (Juzgado núm. 1 de Primera Instancia e Instrucción, autos de jurisdicción voluntaria 349/04).

Sentadas tales premisas, la solicitud de adopción ahora deducida ante la justicia española está por completo fuera de lugar y debe ser rechazada, pues aún arropada externamente la directa iniciativa respecto del solicitante don Juan Enrique –que no en cuanto a su esposa, sin intervención alguna en el expediente– a tenor de lo dispuesto en el artículo 176.2.3 del Código Civil, lo cierto y verdad es que sin entrar en la constitución del instituto tutelar, fuera del conocimiento de la Sala, nos hallamos en definitiva ante una situación inicialmente solventada en el país de origen del pupilo, conforme a su ley nacional (artículo 9 del Código Civil) y mediante la aplicación de una medida estable y de carácter definitivo, de características y efectos netamente distintos y mucho más limitados que los de la adopción regulada en los artículos 175 y siguientes del Código Civil, cuyo seguimiento y control corresponde, por lo demás, a la propia autoridad judicial marroquí que la constituyera, a través del consulado de Marruecos en España, tal y como se desprende del informe emitido por el Equipo Técnico del Área de Menores de la Comunidad Autónoma de Ceuta y señala la juzgadora de instancia en la resolución apelada.

En todo caso, la adopción constituida por Juez español se regirá, en cuanto a los requisitos por lo dispuesto en la ley española (artículo 9.5 del Código Civil), principio de coincidencia entre el juez competente y ley aplicable *–lex magistratus–* ilustrativo de la progresiva intervención pública en la materia y el carácter tuitivo del instituto para el adoptando; y a tenor de lo dispuesto en el artículo 176 de nuestro Texto Legal se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando e idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad, y en el supuesto de autos no se ofrecen méritos para considerar preservado el beneficio e interés prioritario del menor, principio de rango constitucional, ni, desde luego, encuentra soporte alguno el juicio de idoneidad indispensable para la legitimación del aspirante promotor del expediente, tal y como señala el pronunciamiento combatido en el segundo de sus fundamentos, al que nos remitimos en evitación de inútiles repeticiones, aspectos todos que sin necesidad de mayores consideraciones inclinan la desestimación de lo solicitado, sin que dada la naturaleza de las cuestiones suscitadas proceda especial pronunciamiento en costas.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Nos hallamos ante un supuesto excepcional tanto por su prolongación en el tiempo, como porque la Consejería ha agotado todas las posibilidades a su alcance para reintegrar a los menores a su entorno familiar y todo se ha demostrado inútil, ante la actitud recelosa, rencorosa y hostilidad de los progenitores, lo que aconseja mantener la medida de desamparo adoptada por la entidad pública.

AP ASTURIAS, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María Nuria Zamora Pérez

Doña Maite y don Ernesto recurren la sentencia de instancia en la que se desestima la oposición a la asunción de la tutela por parte de la Consejería de Bienestar Social, respecto de sus hijos: Marta, Lorenzo, Aurora, Gabriel, Nieves y Constantino, confirmando la medida de privación de visitas a dichos litigantes, sin perjuicio de que en lo posible, con arreglo a sus edades, la Consejería procure reagrupar a los menores en un único centro de acogida, para facilitar la relación entre ellos.

Los apelantes insisten en que se deje sin efecto la asunción de tutela, por parte de la administración autonómica, y subsidiariamente, de mantenerse dicha medida de protección de los menores que se les fije un régimen de visitas. Pretensiones ambas que deben ser desestimadas.

La sentencia de instancia hace un detallado estudio de los distintos pasos seguidos en la sustanciación del expediente administrativo, tramitado en protección de los menores, cuya apertura respecto de los cinco primeros, entonces había un sexto, Jesús, ahora ya mayor de edad, se remonta al 30 de julio de 1997. En aquellas fechas la Consejería detecta una situación de abandono de los menores, Jesús, Marta y Lorenzo (los otros nacen con posterioridad), quienes carecían de las vacunas prescritas por las autoridades sanitarias, presentaban un alto índice de absentismo escolar, con el retraso educativo que ello conllevaba; ausencia total de higiene, desnutrición, residiendo en una vivienda carente de condiciones mínimas de salubridad, en un estado de abandono y dejadez total, hasta el punto de que el abuelo paterno, en una comparecencia que realiza ante los servicios sociales el 8 de julio de 1997 reconoce que los niños se hallan totalmente desatendidos por sus progenitores, mostrándose dispuesto a asumir personalmente su guarda y custodia.

A partir de la incoación del expediente se realiza un seguimiento de la evolución de los menores, y de su entorno familiar, se les pone maestros de apoyo, refuerzo que desaprovechan dado el elevado absentismo escolar y en fecha 12 de febrero de 2001 se emite un informe en el que se apunta la situación de desamparo en la que están viviendo, en este caso ya referida también a Aurora, nacida el 6 de diciembre de 1997; Gabriel nacido el 6 de marzo de 2000, hallándose en esos momentos doña Maite nuevamente embarazada, estado de gestación que no controlaba.

El 13 de marzo de 2001 se emite un nuevo informe y se da audiencia a los padres, quienes en ningún momento asumen la situación de desamparo de los menores, oponiéndose a la asunción de la tutela por parte de la administración.

El 9 de mayo de 2001 se aprueba un plan de intervención para colaborar con la familia, pero el 26 de noviembre de ese mismo año se emite un nuevo informe por el personal académico en el que se sigue apuntando el alto índice de absentismo escolar de los menores así como su progresiva agresividad. Hay un posterior informe de 5 de diciembre de 2001 insistiendo en la necesidad de adoptar medidas de protección respecto de los menores y en el de 11 de enero de 2002, se refleja que han vuelto a aparecer los problemas de abandono de la vivienda, persiste la desorganización, absentismo escolar y sobre todo falta de colaboración por parte de los progenitores. Hay problemas de salud de los niños y se les ha retirado el refuerzo del que disponían dado su absentismo.

Finalmente en resolución de 2 de julio de 2002, la Consejería declara en situación de desamparo a todos los menores (resolución que no afecta a Constantino, que aún no había nacido); asume la tutela y decide su ingreso en centros de acogida.

Esa resolución fue notificada a los progenitores quienes la consintieron y que aún subsiste, pues si bien es cierto que en junio de 2004, los menores pasan las vacaciones con sus padres y luego el régimen de acogida pasa a ser lo que se denomina régimen de día, esto es los niños están el día en un centro de acogida, en tanto que pernoctan con sus padres, con quienes también conviven los fines de semana, nunca se dejó sin efecto la resolución de asunción de tutela de 2 de julio de 2002, limitándose la de 16 de julio de 2007, a reconocer su subsistencia, de tal manera que al no haberse impugnado en su momento lo que ahora pretenden los recurrentes no es tanto el oponerse a ella, como que se deje sin efecto por entender que no se dan las circunstancias que motivaron su adopción.

En cuanto a Constantino la medida de tutela se asume en resolución de 16 de julio de 2007, articulando los progenitores oposición a la misma dentro de plazo.

Tanto una como otra resolución deben ser confirmadas. Del amplio expediente tramitado por la Consejería se desprende el estado de abandono en el que se hallan los menores, siendo de destacar el alto índice de absentismo escolar, motivo que por sí sólo justificaría la adopción de la medida protectora, según dispone el artículo 31, apartado b) de la Ley de Protección del Menor de 27 de enero de 1995. A ello hemos de añadir la total falta de capacidad de los progenitores para asumir su guarda y custodia, como lo evidencia los múltiples intentos llevados a acabo por la Consejería, con planes de ayuda y apoyo que se han visto frustrados de inmediato al demostrar, en especial doña Maite una total hostilidad a que supervisen su actuación. Es más cada vez que se ha dado un paso adelante con la finalidad de conseguir la reunificación familiar, como sucedió en el año 2004, la reacción de los progenitores ha sido de total desatención a los menores, echando a perder los avances que se habían conseguido durante el período de acogimiento, acentuando la agresividad y hostilidad social de los niños, tal y como de forma tajante expone la psicóloga doña Julia, quien llama la atención sobre el hecho de que nos hallamos ante un supuesto excepcional tanto por su prolongación en el tiempo, como porque la Consejería ha agotado todas las posibilidades a su alcance para reintegrar los menores a su entorno familiar y todo se ha demostrado inútil, ante la actitud recelosa, rencorosa y hostilidad de los progenitores; lo que aconseja el mantener las medidas de protección asumidas por la Consejería.

FILIACIÓN

Se desestima la acción de impugnación del reconocimiento de paternidad, dado que el actor cuando prestó su consentimiento a la paternidad de la menor, tenía o podía tener las mismas dudas que ahora manifiesta en la demanda, por lo que su reconocimiento fue voluntario y libre, exento de cualquier vicio en el consentimiento que pudiera invalidarlo.

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Alcalá Navarro

Ejercita el demandante acción de impugnación de paternidad prevista en el artículo 141 del Código Civil respecto de la menor María Luisa, nacida el 5 de septiembre de 2006, y que fue desestimada por la sentencia apelada, no pudiendo estimarse que estemos ante un error invalidante e inexcusable del reconocimiento de paternidad cuando en la demanda se afirma las dudas que albergaba el actor ya en el momento del nacimiento de la menor y a pesar de ello la reconoció como hija suya, pues no es justificable que si la relación se había mantenido a distancia, ella en Málaga y él en Madrid, y que se había roto nueve meses antes del nacimiento de la niña, acudiese el demandante a Málaga a requerimiento de la demandada para reconocer a la menor recién nacida como hija suya, en una comparecencia realizada el día 29 de septiembre de 2006 ante la Juez encargada del Registro Civil, de cuyo contenido y trascendencia por la intervención judicial no podía tener dudas, y tampoco resulta razonable creer que unos posibles inconvenientes para acogerse a la baja por maternidad pudiera forzar al recurrente a adoptar tal decisión, en primer lugar por lo peregrino del argumento, pues los derechos de la madre no pueden verse restringidos por el desconocimiento de la paternidad del hijo que ha dado a luz, y en segundo lugar porque la relación estaba rota y el actor vivía ajeno a las circunstancias de la demandada a muchos kilómetros de distancia, por lo que no cabe duda de que el reconocimiento se hizo por la creencia de que la recién nacida era su hija, y si tenía alguna duda bien pudo practicar la prueba de ADN antes de reconocerla, pues esto ocurrió 24 días después y entonces la madre no se habría podido negar, pues de haberlo hecho no la habría reconocido, por lo que parece evidente que el apelante no abrigaba dudas y que su cambio de actitud sólo viene motivado por el hecho de que se le hayan demandado el cumplimiento de sus obligaciones como padre. La acción ejercitada, conforme al artículo 141 del Código Civil, es la impugnación de quien ha reconocido la paternidad, lo que tiene los caracteres de un acto unilateral, personalísimo, formal y sobre todo irrevocable, que únicamente pierde su fuerza legal si se acredita que se ha incurrido en vicio de la voluntad al realizarlo, irrevocabilidad del acto que obedece a exigencias de la seguridad del estado civil de las personas, dado que los cambios de voluntad del reconocedor son incompatibles con las condiciones de permanencia de todo estado civil, sólo, tal como señala el precepto citado, el reconocimiento realizado pierde su fuerza legal si se acredita que se ha incurrido en vicio de la voluntad, tal como error, dolo, violencia o intimidación, al otorgarlo, y de lo actuado en el procedimiento ha de llegarse a la conclusión de que el actor, cuando presta su consentimiento a la paternidad de la menor, tenía o podía tener las mismas dudas que ahora manifiesta en la demanda, por lo que su reconocimiento fue voluntario y libre, exento de cualquier vicio en el consentimiento que pudiera invalidarlo.

FILIACIÓN

En la contestación a la demanda no se niega la existencia de relaciones íntimas, sino que simplemente no tiene la certeza necesaria para reconocer que es padre del menor, por lo que solicita la práctica de la prueba biológica de paternidad. En consecuencia, no procede privar al padre de la patria potestad.

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Rafael Márquez Romero

Se alega en el escrito de interposición de recurso por la sentencia apelada priva al demandado de los derechos inherentes a la patria potestad, sin tener en cuenta que no pudo en modo alguno evitar el

procedimiento ya que no existe acto de conciliación o requerimiento previo y la actitud del demandado ha sido siempre la de solicitar que se dictase una sentencia acorde con el resultado de la prueba biológica a cuya práctica se sometió voluntariamente.

Junto a la privación de la patria potestad fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma (artículo 170 del Código Civil), el artículo 111.2 de este texto legal excluye de la patria potestad del progenitor cuando la filiación ha sido judicialmente determina contra su oposición, exclusión que, como dice la Sentencia de 2 de febrero de 1999, se impone por ministerio de la ley, no por sentencia, y que «se produce –dice esta sentencia– 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», matizando la Sentencia de 10 de julio de 2001 del EDJ 2001/15846 que «esta liberación así impuesta 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 fundados seriamente. En consecuencia, no puede sostenerse que el mero hecho de ser demandado y oponerse a la demanda sea bastante para considerar que se está declarando la filiación "contra su oposición". Así, la Sentencia 7 de julio de 2004 exige que esta oposición 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 fundados seriamente», por lo que rechaza la exclusión en un supuesto en que pese a la oposición a la demanda, el padre demandado admitió la existencia de relaciones íntimas en la época de la concepción del menor e interesó una sentencia acorde con el resultado de la prueba biológica a cuya práctica se sometió.

Y ésta es la doctrina aplicable al presente supuesto. La oposición, como recoge la sentencia apelada, ha sido meramente formal, y dentro del ejercicio del lógico derecho de defensa que a toda persona corresponde. En la contestación a la demanda no se niega la existencia de relaciones íntimas; sino que simplemente no tiene la certeza necesaria para reconocer que es padre del menor Ángel Daniel, por lo que solicita la práctica de la prueba biológica de paternidad. En definitiva no ha existido en el caso una radical oposición a la declaración de paternidad deducida de contrario, sino un incondicional sometimiento a la decisión judicial, de acuerdo con el resultado de las pruebas a practicar en la litis, en orden a constatar la veracidad biológica de los hechos fundamentadores de la pretensión ejercitada

UNIONES DE HECHO

La demandante si bien fue partícipe en el desarrollo de los negocios del compañero sentimental durante el largo lapso de convivencia *more uxorio,* tal participación no puede ser calificada de relevante a la hora de deducir que de ella se han seguido actos o decisiones determinantes para la adquisición del patrimonio. Aparece la conviviente como empleada en sus dos tiendas (también lo eran sus dos hermanas), y en otras ocasiones desempeñaba meras labores administrativas, entre las que quedarían comprendidas el cobro de rentas o recepción de llamadas y faxes, actos todos que podemos calificar como irrelevantes, por lo que no se ha demostrado que la demandante haya sufrido, en razón de su convivencia *more uxorio,* una pérdida de oportunidad que al presente deba ser resarcida.

AP VIZCAYA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Fernando Valdés-Solís Cecchini

Las dos partes en litigio formaron durante aproximadamente veinte años una pareja de hecho, manteniendo una relación estable fruto de la cual nacieron tres hijos, sin que contrajeran matrimonio pese a que las dos partes podían hacerlo. Durante la convivencia, y en base al patrimonio que don Gregorio ya había ahorrado con su trabajo anterior como transportista, don Gregorio constituyó un considerable patrimonio personal en relación con el que se ejercita la pretensión principal del procedimiento: doña Rosa pretende que declaremos que el mencionado patrimonio pertenece por mitad a las dos partes en litigio pues se constituyó durante la relación personal de los dos litigantes y mediante

el esfuerzo conjunto de los dos; la titularidad formal del patrimonio (es decir, las concretas titularidades que los dos litigantes ostentan sobre los bienes) no responde a la realidad querida por las dos partes quienes, en todo momento, consideraron que estaban en presencia de una suerte de comunidad implícita, análoga a la sociedad de gananciales del derecho común, por lo que procede ahora declarar primero que el patrimonio es común de los dos litigantes y, después, que procede su reparto por mitad e iguales partes.

Don Gregorio se opone a la pretensión y la sentencia desestima la demanda entendiendo que doña Rosa no ha probado que hayan existido actos donde, explícita o implícitamente, se viniera a establecer la voluntad manifiesta de las partes de querer constituir una suerte de comunidad de bienes con todo el patrimonio de don Gregorio.

Alega la parte recurrente que ha habido error en la apreciación de la prueba entendiendo que sí está acreditado que el patrimonio de don Gregorio se constituyó con la aportación esencial del trabajo, esfuerzo y conocimientos de la parte demandante. Para ello básicamente se refiere a la prueba documental, concretamente a todos aquellos contratos documentados de forma pública o privada en que los dos litigantes se presentaban como casados sin estarlo realmente, o manifestaban que la adquisición se hacía a favor de su sociedad conyugal, inexistente al no estar casados.

La sentencia de primera instancia analiza concienzudamente la prueba testifical practicada en aquella instancia y, conviene precisar, en cuanto a la misma casi nada señala la parte recurrente pues su contenido no favoreció en absoluto su tesis. Todos los testigos vinieron a indicar que si bien doña Rosa desempeñaba un papel subalterno o auxiliar en el desarrollo de los negocios de don Gregorio, las negociaciones, las decisiones y los contratos siempre eran llevados a cabo y concluidos personalmente por don Gregorio.

Del análisis de la prueba testifical podemos concluir que la demandante si bien fue partícipe en el desarrollo de los negocios de don Gregorio durante el largo lapso de convivencia *more uxorio*, tal participación no puede ser calificada de relevante a la hora de deducir que de la misma se han seguido actos o decisiones determinantes para la adquisición del patrimonio. Aparece doña Rosa bien como empleada en sus dos tiendas de puertas (también lo eran sus dos hermanas), bien desempeña meras labores administrativas, entre las que quedarían comprendidas el cobro de rentas o recepción de llamadas y faxes, o se presenta como agente de la propiedad inmobiliaria en determinadas negociaciones o como titular en otras, por las razones que las dos partes conocen y que a los efectos resolutorios resultan inanes. Actos todos que podemos calificar como irrelevantes a la hora de la formación del patrimonio. Ello porque todas las negociaciones, decisiones y contrataciones eran, según afirman de modo conteste todos los testigos, llevadas a cabo personalmente por el Sr. Gregorio.

Especial relieve otorga la parte recurrente al hecho de que los litigantes se presentaran ante terceros, en los contratos públicos y privados que concluían, como esposos o contratando a favor de la sociedad conyugal, deduciendo de esta apariencia engañosa que en ella se residencia la voluntad de las partes de actuar a favor de un patrimonio común.

No deja de ser llamativo este hecho que, en todo caso, a quien podría perjudicar es a terceras personas que fiadas de la apariencia de matrimonio o de las manifestaciones de las partes pensaran que estaban contratando con un matrimonio y una sociedad ganancial cuando la misma, realmente, no existía. Pero del mismo no se puede deducir la conclusión pretendida por la parte recurrente.

Las partes, como decíamos al principio, estaban perfectamente capacitadas para contraer matrimonio sin impedimento legal alguno para ello; caso de contraer matrimonio podían establecer el régimen matrimonial que más les conviniera; en su relación de pareja pudieron establecer el sistema legal merced al cual, de forma explícita, se pudiera constituir entre las dos partes un sistema de comunidad de bienes, sociedad civil o mercantil, pertenencia a las dos partes por igual de bienes muebles e inmuebles, o cualquier otro sistema jurídico, perfectamente factible, que dejara claramente regulados los aspectos patrimoniales que acompañan a toda relación personal. Ninguna de estas posibilidades fue establecida por las partes y tenemos que atenernos a sus propios actos.

Para llegar a una conclusión distinta de la evidenciada por los hechos habríamos de soslayar otro dato de suma relevancia: no estamos en presencia de dos personas escasamente informadas de las relaciones jurídicas; al contrario, se trata de dos personas, una empresario, Sr. Gregorio, y otra estudiante de una parte de la carrera de derecho, Sra. Rosa ; los dos tenían conocimiento de las gestiones patrimoniales llevadas a cabo y, aun cuando su papel era muy distinto, no aparece por parte alguna ni se imputa al demandado ocultación o engaño en las gestiones patrimoniales.

Así las cosas debemos necesariamente de concluir que si no se casaron ni establecieron sistemas jurídicos encaminados al establecimiento de una comunidad de bienes, fue por voluntad propia de los dos litigantes que ahora no se puede desconocer. Y que el hecho de presentarse como esposos

en la contratación con terceros no afecta, en las relaciones internas de los litigantes, a sus específicas posiciones jurídicas ni puede llevarnos a conclusión distinta de la señalada por la sentencia recurrida.

Por ello este primer motivo del recurso debe ser desestimado.

Señala la parte recurrente que la Sentencia de instancia, pese a recoger correctamente la doctrina jurisprudencial en punto a relaciones de hecho y familia no basada en el matrimonio, la ha aplicado indebidamente. Este argumento viene a ser el mismo que el anterior donde, dando por supuesto la prueba de unos hechos en línea con la tesis de la demandante, se pide una aplicación de una jurisprudencia que no es aplicable, pues los hechos no han sido probados. Por ello y por lo anteriormente señalado, el motivo debe ser desestimado.

Queda por analizar el que debemos considerar tercero de los motivos del recurso, a saber el enriquecimiento injusto experimentado por el demandado y la pérdida de oportunidad que ha experimentado la parte demandante.

Esta temática es extensamente analizada por la STS de 8 de mayo de 2008, conforme a la que:

«La adecuada respuesta a la cuestión suscitada en el recurso, y, por tanto, en la demanda, pasa, ante todo, por poner de manifiesto que la jurisprudencia de esta Sala se ha esforzado en destacar que la realidad social que encierra la convivencia a modo marital o las uniones de hecho ha carecido hasta fechas muy recientes de toda consideración jurídica, lo que no significaba que tales uniones fueran contrarias a la ley, ni que la jurisprudencia se desentendiera de ellas. Como se recuerda en la Sentencia de 19 de diciembre de 2006, la doctrina jurisprudencial se ha referido a las mismas 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–, o como realidad social admitida por la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo –Sentencia de 5 de julio de 2001–. En las sentencias de 17 de enero de 2003 y de 5 de febrero de 2004, recogiendo la doctrina sentada en anteriores resoluciones, se destaca el carácter alegal y ajurídico, que no ilegal o antijurídico, de las uniones de hecho, que producen o pueden producir una serie de efectos con trascendencia jurídica que no son ignorados por el jurista en general, ni por el Juez en particular, y que deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del Derecho. Y se ha destacado también –cfr. Sentencias de 17 de enero de 2003 y de 12 de septiembre de 2005, esta última de Pleno– que se encuentran afectadas por principios de rango constitucional, y en particular, por la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico –artículo 1.1 de la Constitución–, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para su realidad y efectividad –artículo 9.2 de la Constitución– y justifica, como se precisa en la Sentencia de 12 de septiembre de 2005, que el título relativo a los derechos y deberes fundamentales tenga como pórtico la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley y a los derechos de los demás –artículo 10.1 de la Constitución, sin olvidar el principio de igualdad que impide todo trato discriminatorio –artículo 14 de la Constitución– y la expresa protección a la familia –artículo 39.1 de la Constitución–, no sólo la fundada en el matrimonio, sino también en la convivencia *more uxorio*.

"Esta Sala –cfr. Sentencia de 12 de septiembre de 2005, de Pleno– ha acudido expresamente al mecanismo de la analogía *iuris* para extraer, por inducción, un principio inspirador con arreglo al cual se pueda resolver la cuestión consistente en cuáles han de ser las consecuencias económicas derivadas del cese de la convivencia *more uxorio*, presupuesta la ausencia de norma específica legal y la falta de pacto establecido por los miembros de la pareja. De esta forma, se ha buscado y encontrado fundamento a la compensación del conviviente que ha visto emperorada su situación económica a resultas de la ruptura de la relación en la figura del enriquecimiento injusto, ampliamente considerado, y gravitando en torno a la denominada 'pérdida de oportunidad', que sería –como explica la Sentencia de 12 de septiembre de 2005– 'el factor de soporte que vendría de algún modo a sustituir al concepto de 'empeoramiento' que ha de calificar el desequilibrio'".

La misma jurisprudencia ha explicado, además, que el enriquecimiento, como advierte la mejor doctrina, se produce no sólo cuando hay un aumento del patrimonio o la recepción de un desplazamiento patrimonial, sino también cuando se da una no disminución del patrimonio (*damnun cessans*); y que el empobrecimiento no tiene por qué consistir siempre en el desprendimiento de valores patrimoniales, pues lo puede constituir la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro.»

En autos, como la sentencia señala, no se ha demostrado que la demandante haya sufrido, en razón de su convivencia *more uxorio*, una pérdida de oportunidad que al presente deba ser resarcida. La demandante es, en la actualidad, propietaria de un local en que se asienta un negocio de hostelería que al parecer rinde beneficios; ha cursado estudios de magisterio y de derecho, aunque no consta si los ha concluido; vive en compañía de sus hijos en el que

fuera domicilio familiar y conoció perfectamente los avatares patrimoniales del demandando sin que pretendiera en momento alguno regular de modo distinto la relación de pareja durante los tiempos en que la misma fue estable (casi veinte años). Por ello no se nos alcanza ninguna pérdida de oportunidad acreditada en el supuesto de autos, debiendo también desestimar esta pretensión.

UNIONES DE HECHO

Estimación de la demanda de desahucio por precario interpuesta por un conviviente contra otro después del cese de la relación de pareja, al carecer aquélla de ningún título para ocuparlo, no existiendo descendencia de la relación.

AP MÁLAGA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María Teresa Sáez Martínez

Por la apelante se alega, como único motivo de su recurso, que los ahora litigantes mantuvieron una relación sentimental actualmente finalizada, en virtud de la cual la demandada paso a ocupar la vivienda propiedad del actor y que constituye el objeto de este litigio, por ello entiende que estando la ocupación del inmueble derivada de la relación personal de las partes similar al matrimonio, la cuestión que ahora nos ocupa debe seguirse por los trámites previstos en los artículos 769 y siguientes de la LEC, relativos a los procesos matrimoniales. Conforme con la nueva regulación que la LEC hace del juicio verbal por precario (artículo 447, en relación con el 250 y la Exposición de Motivos de la Ley en su apartado XII), se ha producido una nueva perspectiva de la denominada comúnmente cuestión compleja, en cuanto que en el campo de este procedimiento podrán analizarse las distintas relaciones jurídicas que quieran alegarse como justificación de la posesión que se ostenta, aunque eso sí, limitadas al ámbito posesorio de cuya recuperación se trata, procediendo el análisis sobre si los demandados son o no titulares de un derecho posesorio sobre la finca de autos con la amplitud y minuciosidad que requieran las circunstancias del caso. Pero ello, sin desconocer que los derechos definitivos que sobre las cosas o los derechos pretendan ser titulares las partes, habrán de dilucidarse en otro proceso declarativo que tenga por objeto, no la posesión, sino la legitimidad de tales derechos. Establecido lo anterior, cabe decir en primer lugar, que el precario, como declara la STS de 30 de octubre de 1986, es una institución de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo, y por tanto, la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndolo tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho. Con clara evolución de su concepto clásico, como concesión graciosa a su ruego del uso de una cosa, mientras lo permita el dueño concedente, y partiendo entonces de aquella más amplia concepción, son requisitos para la prosperabilidad de la acción, los de la posesión o disfrute efectivo de la cosa por el demandado, su falta o insuficiencia de título, por no haberlo tenido, por haberse extinguido o por ser de peor derecho y la falta de renta o contraprestación por el uso. En el presente caso, por el actor se aporta título que le legitima para el ejercicio de la presente acción, cuya validez, por otro lado, se reconoce y acepta de contrario. Y así mismo, aducida la falta de título de la demandada, se trata de contemplar si la recurrente es precarista o bien tiene algún título que justifique su permanencia en la posesión de la vivienda. Al respecto, se reconoce por ésta estar en posesión del inmueble, sin pagar renta o merced alguna, por haberlo así consentido el actor, como propietario, en virtud de la relación sentimental que les unía y que hoy ha finalizado. Por lo que no cabe sino calificar como precario, en la modalidad de posesión concedida, la situación de la demandada recurrente respecto del inmueble del que vienen haciendo uso.

No obstante lo anterior, se hace necesario realizar una referencia a la relevancia que en su caso pudiera ostentar la atribución del uso de la vivienda en orden al hipotético proceso similar al matrimonial que se alega por la recurrente. El alcance que ha de tener en este proceso la atribución de la vivienda en cuestión a la apelante, en el proceso que pudiera seguirse contra anterior pareja, es una cuestión abordada, en numerosas ocasiones, en las distintas instancias jurisdiccionales y que se circunscribe a determinar si la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar en un proceso de crisis matrimonial y al amparo del artículo 96 del CC, se constituye en título bastante que enerva la

situación de precario o comodato, originada por la cesión gratuita otorgada en su día. Siendo cierto que no existe unánime doctrina y jurisprudencia de las Audiencias Provinciales sobre el particular, sí cabe considerar mayoritario el criterio alumbrado por nuestro Tribunal Supremo en la Sentencia de 31 de diciembre de 1994, en el sentido de que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges, en un proceso matrimonial, no puede generar un derecho antes inexistente. Y en este sentido como dice la citada SSTS de 31 de diciembre de 1994, siguiendo la dictada a su vez con fecha 21 de mayo de 1990, la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección que la familia tiene al uso de esa vivienda, y la atribución de la misma a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente y sí proteger el que la familia ya tenía antes de la crisis matrimonial; así, quienes ocupasen en precario o comodato la vivienda no pueden obtener, mediante el proceso de separación, una protección posesoria de rango jurídico superior al que el hecho del precario o comodato proporciona a la familia. El derecho de uso y disfrute que se atribuye a uno de los cónyuges en el proceso de separación es un derecho meramente personal que sólo resuelve las cuestiones suscitadas entre los cónyuges y no puede tener consecuencias jurídicas fuera del proceso matrimonial, y producir efectos contra terceros; de manera que tal atribución en el pleito de separación matrimonial, no constituye, por sí mismo, título que excluya el precario o comodato, ya que la naturaleza de esta atribución no es constitutiva, puesto que no crea, ni modifica, ni extingue relación jurídica alguna en relación con el inmueble. Efectivamente en este caso, se reconoce por las partes que el piso que ocupa la recurrente en la actualidad, fue cedido a título gratuito por el propio actor para ser utilizado como domicilio de la pareja. Esa situación desde luego no es la actual porque las circunstancias se han alterado, pues como así consta la vivienda ya no constituye el domicilio de la pareja que ha cesado su convivencia, y ello provoca la conclusión del uso para el que se destinó. Sobre todo porque se ha probado que el uso preciso y determinado para el que se cedió la vivienda (domicilio común) ha concluido. Un entendimiento diferente de la cuestión supondría no sólo una situación contraria al principio de interdicción de vinculaciones perpetuas, sino que resultaría incomprensible desde una visión de los intereses en juego, ya que la gratuidad de la ocupación, generalmente surgido por razones de liberalidad o solidaridad vinculadas a los lazos personales o familiares existentes entre las partes, generaría para quien por dichas encomiables razones cede sin obtener rendimiento alguno el uso de un bien, la poco soportable carga de verse privado del mismo con menor posibilidad de instar su recuperación que la que se concede a quien cede la misma a título lucrativo y percibe un rendimiento económico de tal cesión, como sería por ejemplo una situación de arrendamiento en la que aun con el régimen tuitivo anterior existían más razones que la necesidad de la cosa por el propietario legitimadoras de su reclamación. Razones todas ellas que llevan a desestimar el recurso entablado y a confirmar íntegramente la sentencia dictada en la instancia.

UNIONES DE HECHO

Se desestima la demanda interpuesta por el conviviente de hecho al no probar la existencia de hechos concluyentes capaces de evidenciar la invocada comunidad entre ambos, ya que cada litigante mantuvo durante la relación como pareja de hecho su propia cuenta bancaria donde residenciaban sus ingresos.

AP ASTURIAS, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María José Pueyo Mateo

Por el actor don Alfredo, se promovió juicio ordinario frente a doña Aurora, solicitó se dictara sentencia en la que:

«1. Se declare que la vivienda referida sita en DIRECCIÓNooo, núm. NÚMooo. NÚMoo1, Oviedo inscrita en el Registro núm. 4 de Oviedo, finca NÚMoo2, Tomo NÚMoo3, Libro NÚMoo4, Folio NÚMoo5, es cotitularidad de Alfredo y Aurora, siendo la participación en la indivisión a partes iguales de ambos.

2. Se declare la nulidad parcial del asiento registral por el cual se inscribió la vivienda referida únicamente a titularidad de Aurora, y se proceda a la rectificación de la inscripción registral de dicha vivienda inscribiendo a nombre y como cotitular de la misma a don Alfredo, haciéndose cargo de todos

estos gastos de escrituración y registro, así como los impuestos que procedan y cuantos desembolsos se deduzcan doña Aurora.

3. Una vez se declare la cotitularidad a partes iguales del bien se declare extinguida la comunidad de bienes que existe sobre el inmueble sito en DIRECCIÓNooo, NÚMooo, NÚMoo1, Oviedo y cuyos titulares son Alfredo y Aurora.

4. Se declare la división y adjudicación de la vivienda doña Aurora, en la parte proporcional en que demandante y demandada fueron pareja de hecho, abonando esta última a don Alfredo la suma de 27.466,03 euros, en concepto de precio por la parte indivisa titularidad de mi mandante, con la obligación de abonar ésta los gastos de escrituración registro, así como los impuestos que procedan y cuantos desembolsos se deduzcan de tal adjudicación, más intereses y costas.

5. Subsidiariamente y para el improbable supuesto que no fuera acogida la petición de declaración de cotitularidad del citado inmueble y su división, se reconozca un crédito a favor de don Alfredo y por cuenta de doña Aurora, por la cantidad de 7.173,99 euros por el préstamo suscrito por éste para hacer frente y en concepto de gastos derivados de la formalización de la escritura pública de compraventa y préstamo hipotecario, más la cantidad de 5.307,96 euros (la mitad de las cuotas abonadas en el año 2000, 2001, siete meses abonados enteramente en el año 2002, y cinco meses abonados por mitad en el dicho año 2022) en concepto de cuotas hipotecarias amortizadas, siendo un total 12.481,95 euros, más intereses de mora desde su entrega y costas».

Alega el actor que mantuvo una relación de pareja estable con la demandada desde el año 1997 conviviendo juntos y funcionando como una comunidad de bienes en la que existía un fondo común para los ingresos y gastos de ambos litigantes, hasta que el siete de septiembre de 2002 contrajeron matrimonio, separándose de hecho en septiembre de 2003 adoptándose posteriormente el 17 de marzo de 2004 las medidas provisionales a las que siguió la separación y liquidación de la sociedad de gananciales. Pues bien, en el presente proceso se efectuaron las peticiones a que nos referimos en líneas precedentes respecto a la vivienda que constituyó el hogar conyugal y que fue adquirido durante la convivencia de hecho de la pareja. Sostiene el demandante que la vivienda es de cotitularidad de ambos litigantes, diversamente doña Aurora mantiene que la vivienda es privativa de ella y que contrariamente a lo que manifiesta don Alfredo la referida vivienda de protección oficial vendida por SEDES, SA fue no sólo adquirida exclusivamente por ella sino también pagada en exclusiva por la misma, situación que cambió cuando contrajeron matrimonio y su relación económica se rigió por el régimen de gananciales.

El tema de las uniones de hecho ha sido abordado reiteradamente por el Tribunal Supremo entre otras en la Sentencia de 19 de octubre de 2006, en la que el Alto Tribunal declaró: «La adecuada respuesta a la cuestión suscitada pasa, ante todo, por poner de manifiesto que la jurisprudencia de esta Sala se ha esforzado en destacar que la realidad social que encierra la convivencia a modo marital o las uniones de hecho ha carecido hasta fechas muy recientes de toda consideración jurídica, lo que no significaba que tales uniones fueran contrarias a la Ley, ni que la jurisprudencia se desentendiera de ellas. Ésta se ha referido a las mismas como familia natural Sentencia de 29 de octubre de 1997 (RJ 1997,7341), situación de hecho con trascendencia jurídica Sentencia de 10 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1272), realidad jurídica con efectos jurídicos Sentencia de 27 de marzo de 2001 (RJ 2001, 4770), o como realidad social admitida por la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo Sentencia de 5 de julio de 2001 (RJ 2001, 4993). En las Sentencias de 17 de enero de 2003 (RJ 2003, 4) y de 5 de febrero de 2004 (RJ 2004, 213), recogiendo la doctrina sentada en anteriores resoluciones, se destaca el carácter alegal y ajurídico, que no ilegal o antijurídico, de las uniones de hecho, que producen o pueden producir una serie de efectos con trascendencia jurídica que no son ignorados por el jurista en general, ni por el Juez en particular, y que deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del Derecho. Y se ha destacado también Sentencias de 17 de enero de 2003 y de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 7148), esta última de Pleno que se encuentran afectadas por principios de rango constitucional, y en particular, por la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico artículo 1.1 de la Constitución (RCL 1978, 2836) que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para su realidad y efectividad artículo 9.2 de la Constitución y justificada, como se precisa en la Sentencia de 12 de septiembre de 2005, que el título relativo a los derechos y deberes y fundamentales tenga como pórtico la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la Ley y a los derechos de los demás artículo 10.1 de la Constitución, sin olvidar el principio de igualdad que impide todo trato discriminatorio artículo 14 de la Constitución y la expresa protección a la familia artículo 39.1 de la Constitución, no sólo la fundada en el matrimonio, sino también en la convivencia *more uxorio*.

Paralelamente a lo anterior, la misma doctrina jurisprudencial, en línea con la del Tribunal Constitucional, se ha preocupado de precisar que la unión de hecho es una institución que nada tiene

que ver con el matrimonio Sentencia de 12 de septiembre de 2005 y Sentencias del Tribunal Constitucional 184/90 (RTC 1990, 184) y 222/92 (RTC 1992, 222), por todas, aunque una y otra se sitúen dentro del derecho de familia. Aun más: hoy en día como dice la Sentencia de 12 de septiembre de 2005, con la existencia 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.

Es, pues, consustancial a esa diferencia entre la unión de hecho y el matrimonio y a la voluntad de eludir las consecuencias derivadas del vínculo matrimonial que se encuentra insita en la convivencia *more uxorio* el reclazo que desde la jurisprudencia se proclama de la aplicación por «analogía *legis*» de las normas propias del matrimonio, entre las que se encuentran las relativas al régimen económico-matrimonial; lo que no empece a que puedan éstas, y, en general, las reguladoras de la disolución de comunidades de bienes o de patrimonios comunes, ser aplicadas, bien por pacto expreso, bien por la vía de la «analogía *iuris*» como un mecanismo de obtención y de aplicación al caso no regulado, cuando por *facta concludentia* se evidencie la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común Sentencia de 22 de febrero de 2006 (RJ 2006, 831).

Debe precisarse sin embargo, alcanzado este punto, que son ya once las Comunidades Autónomas que han regulado legalmente las uniones de hecho en sus distintos aspectos, llegando algunas de ellas a establecer las normas que han de regir las consecuencias económicas de su ruptura. Entre ellas se encuentra la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, que ha dictado la Ley 4/2002, de 23 de mayo (LPAS 2002, 154), de Parejas Estables, la cual deja a la autonomía de la voluntad de los convivientes la regulación de las relaciones patrimoniales derivadas de la convivencia artículo 5. Dicha Ley no alcanza *ratione tempore* a la unión de hecho de los litigantes disuelta poco después de la entrada en vigor de aquélla.

En la misma línea, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2008 declaró: «Los criterios utilizados por esta Sala en relación a esta problemática pueden resumirse a los efectos de la solución que debe darse a 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 (RJ 2005, 7148), seguida por la de 22 de febrero de 2006 (RJ 2006, 831), declara de forma contundente que "las consecuencias económicas del mismo deben ser reguladas en primer lugar por Ley específica; en ausencia de la misma 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 (RJ 1998, 3722) y 26 de enero de 2006 (RJ 2006,417)]. 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 (RJ 1992, 8589), 27 de mayo de 1998 (RJ 1998,3382) y 22 de enero de 2001 (RJ 2001, 1678) admiten que se pueda probar la creación de una comunidad por medio de los *facta concludentia*, que consistirá en la "[a]portación 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.»

Consecuencia de lo expuesto es que ha de estarse a los acuerdos de las partes y en su defecto a la analogía con las normas reguladoras de la comunidad de bienes siempre que se aprecie la concurrencia de los llamados *facta concludentia* de los que se infiera la voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común, voluntad que, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2006, desde luego ha de ser concorde, procedente de los dos miembros de la pareja, señalando esta sentencia que no tiene tal carácter la autorización concedida por uno de ellos para que el otro pueda disponer sin limitación alguna de las

sumas existentes en la cuenta bancaria de la que era titular en exclusiva, pues dicha autorización en sí misma es contraria a la idea de constituir un acervo común, del mismo modo que la facultad para disponer de los fondos bancarios no significa el reconocimiento de la titularidad sobre los mismos. La aplicación de la precedente doctrina al caso de autos lleva a la Sala a la misma conclusión que la juzgadora de primera instancia, y ello toda vez que cada litigante mantuvo durante la relación como pareja de hecho su propia cuenta bancaria donde residenciaban sus ingresos, figurando doña Aurora como autorizada en la cuenta de don Alfredo una vez que ambos contrajeron matrimonio, con anterioridad a ese momento doña Aurora en alguna ocasión utilizó la tarjeta de don Alfredo, según manifestó, por indicación de éste pero ni era cotitular de la misma ni fue cotitular de la cuenta, ni siquiera antes del matrimonio figuraba como autorizada en aquélla y lo mismo se puede decir de la cuenta de doña Aurora siendo ella la que la manejaba en exclusiva. A lo anteriormente expuesto hemos de añadir que fue la demandada quien solicitó de la Consejería de Fomento del Principado de Asturias la concesión de una vivienda de protección oficial, lo que efectúo el 16 de febrero de 1998, momento en que conforme a la normativa del Principado vigente en aquel momento, Decreto 73/1992, artículo 3.c) no constituían los litigantes unidad familiar, siendo a ella a quien se le concedió por resolución de 9 de junio de 1998 y fue ella quien firmó en exclusiva el 29 de diciembre de 1999 la escritura de compraventa, extremo que era conocido por el demandante, y se subrogó en el crédito hipotecario cuyas cuotas de amortización constan cargadas a su cuenta. En cuanto a la cantidad inicial desembolsada consistente en 7.173,99 euros si bien el actor sostiene que fue él quien lo satisfizo es lo cierto que consta en autos que la demandada ingresó a la empresa vendedora SEDES, SA el 22 de abril de 1999, 759.182 pesetas y el 29 de diciembre de 1999 434.468 pesetas; figurando asimismo en autos que doña Aurora concertó con Cajastur el 14 de octubre de 1999 un préstamo por importe de 3.005,06 euros siendo avalistas del mismo sus padres. En cuanto al préstamo solicitado por el actor por importe de 1.100.000 pesetas el 12 de abril de 1999, no consta que su importe fuera destinado a abonar el precio de la vivienda, habiéndose acreditado que si bien fue ingresado en la cuenta del actor transfiriéndose posteriormente 1.075.124 pesetas a la cuenta de la demandada, en esas fechas concretamente el 15 de abril de 1999 el actor adquirió un vehículo por el que pagó 1.300.000 pesetas, manifestando la demandada que como se puede ver del extracto bancario aportado como documento número seis la razón de la transferencia a su favor de aquella suma fue simplemente para que ella ante la dificultad del actor para hacerlo por razones laborales, gestionara el pago del precio del vehículo. Consecuencia de lo expuesto es que correspondiendo al actor la carga de la prueba sobre los hechos que fundamentan sus pretensiones las mismas hayan de ser desestimadas por falta de acreditación, toda vez que aquél no ha probado la existencia de hechos concluyentes capaces de evidenciar la invocada comunidad. A lo que aún podíamos añadir que don Alfredo en el expediente de medidas provisionales no se atribuyó la cotitularidad de la vivienda la cual consideraba propiedad de su esposa.

CUESTIONES PENALES

Aunque fue condenada por el Juzgado de lo Penal, la Audiencia absuelve a la madre del delito de desobediencia, ya que si las visitas no se llevaron a cabo fue por la expresa negativa del hijo de 12 años de edad y por el largo transcurso de falta de relación del hijo con el padre. No se constata la existencia de SAP, debiendo recordarse que «la ciencia nos dice que la razón más probable para que un niño rechace a un progenitor es la propia conducta de ese progenitor».

AP VIZCAYA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña Nekane San Miguel Bergaretxe

Por el Juzgado de lo Penal núm. 1 (Barakaldo) de los de dicha clase, se dictó con fecha 14 de noviembre de 2007 sentencia en la que se declaran expresamente probados los siguientes hechos: «Se declara y queda probado que con fecha 14 de julio de 2006 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Barakaldo se dictó Auto en el Procedimiento de oposición a la ejecución núm. 4/200 por el que se establecía a favor de Víctor Manuel, un régimen progresivo de visitas respecto del hijo Simón de 12 años, que en común tenía con su ex mujer, Penélope, mayor de edad, con antecedentes

penales susceptibles de cancelación al haber sido ejecutoriamente condenada por Sentencia firme de fecha 14 de septiembre de 2001 por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Barakaldo por un delito de desobediencia, a la pena de seis meses de prisión, dichas visitas tenían que hacerse a través del Punto de Encuentro. El contacto entre padre e hijo se debía efectuar, el primer mes, todas las semanas en un día del fin de semana durante el 2.º mes se ampliaba el número de horas a cuatro, y así sucesivamente hasta que se normalizara la relación entre padre e hijo. Requerida Penélope, por parte del Juzgado de Familia para que diera cumplimiento a lo establecido en dicho auto en fecha 28 de septiembre de 2006. No entrega del menor en el punto de encuentro los días fijados. El veintisiete de enero de 2007 se dicta providencia en el que teniendo en cuenta el informe emitido por el perito psicólogo de fecha 15 de enero de 2007, siendo necesaria la observación del régimen progresivo propuesto en su día por la citada profesional y se acuerda recordarle al efecto a la Sra. Penélope nuevamente, el obligatorio cumplimiento de lo acordado en este Juzgado bajo apercibimiento de desobediencia. Con fecha 22 de mayo de 2007 se dicta Auto en el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Barakaldo, acordando que las visitas supervisadas en el Punto de Encuentro, referidas en el Auto de 14 de julio de 2006, sean desarrolladas los sábados alternos de las 10 horas as las 12,30 horas, Penélope no llevó a su hijo al punto de encuentro en las fechas señaladas». La parte dispositiva o Fallo de la indicada sentencia dice textualmente: «Que debo condenar y condeno a Penélope, como autora de un delito continuado de desobediencía a la autoridad judicial a la pena de un año de prisión, e inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al abono de las costas procesales».

Condenada la Sra. Penélope en los términos que aparecen en la apelada, se alza su defensa, alegando que la acusada se ha movido entre la obligación impuesta por el Juzgado y la oposición, tenaz (que no inducida por ella) de su hijo a comunicarse con su padre, como lo demuestra la documentación médica presentada al proceso. Considera que ni se ha declarado probado todo cuanto, en realidad, ha acaecido, ni se ha aplicado adecuadamente el tipo penal invocado por la acusación, debiendo evaluarse, en todo caso, la eximente del estado de necesidad que, en todo momento, ha invocado la defensa de doña Penélope.

Los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada comienzan expresando que los hechos probados constituyen el delito que ha sido objeto de acusación, la desobediencia grave a la autoridad (artículo 556 del Código Penal) y que, como es sobradamente conocido, se configura: a) por una orden legítima de la autoridad competente que sea de obligado cumplimiento b) el conocimiento de esta orden por el destinatario, y c) la conducta omisiva de éste que la desatiende y no la cumple (SSTS de 17 de febrero y 14 de octubre de 1992, 16 de marzo de 1993 y 21 de enero de 2003). Se colma la tipicidad de la desobediencia cuando se adopta una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo y no se da cumplimiento al mandato (S de 14 de junio de 2002).

En cuanto al primero de los elementos, se efectúa mención expresa a las resoluciones judiciales en que se determina el régimen de visitas establecido a favor del hijo de la pareja. Considera la Juez *a quo* que, «a pesar de que no consta en autos un expreso requerimiento independiente dirigido a la acusada para el cumplimiento de la resolución judicial, el contenido de las emitidas es, en sí mismo, un requerimiento» con las características exigibles a este tipo de órdenes en relación con el tipo penal aplicado, máxime a la vista de la actitud obstativa de la madre de Simón, que hace que su conducta, por reiterada, sea determinante en relación con el tipo penal aplicado.

La discrepancia entre la valoración judicial y la efectuada por la recurrente, viene dada por la calificación que, en la sentencia de instancia, se efectúa de la conducta de la apelante. Se dice en la sentencia que consta su voluntad obstativa al cumplimiento, por los siguientes hechos: 1. porque la alegada oposición del menor a relacionarse con su padre no tiene trascendencia alguna en relación con el tipo penal aplicado; 2. la persistente actitud de la acusada pudiera ser uno de los componentes del denominado síndrome de alienación parental; 3. las alegaciones efectuadas en el juicio, ya lo fueron en la vía civil, sin que ello haya traído como respuesta, la supresión del régimen de visitas para con el padre, sino, como máximo, una modificación contenida en el auto de veintidós de mayo de dos mil siete.

De estos razonamientos se deduce que la sentencia de instancia descarta la alegación de «ausencia de dolo» en el comportamiento de la mujer condenada, que, tanto en la instancia como en la alzada, efectúa la defensa de doña Penélope.

Este elemento del injusto (el dolo) ha sido definido de múltiples maneras y desde diversas perspectivas filosóficas, pero básicamente implica la presencia incuestionada de una conducta realizada voluntariamente por el sujeto al que se le atribuye, y, además, a sabiendas de su ilicitud. En la sentencia de instancia se considera a la Sra. ..., culpable de un acto típico, antijurídico y no justificado. No se considera causa de justificación ni de exención de culpabilidad esa especie de estado de necesidad ex-

culpante que la misma alega, y que supone que ante el conflicto que se le plantea, opte por respetar la voluntad de su hijo adolescente. La sentencia (y la acusación, previa y obviamente) consideran que a la acusada le era exigible que obedeciera la orden del juzgado, obligando a su hijo a ejecutar un acto que Simón no deseaba; sin embargo, la percepción va más allá, puesto que se descarta, absolutamente, tanto la existencia de voluntad autónoma en el hijo, como el hecho o dato de que esa actitud (obstativa del hijo) tenga que tener relevancia alguna en el examen de los hechos. Al parecer, es indiferente lo que un joven de doce años de edad, pueda manifestar respecto de su mundo de relación.

El recurso, como se ha dicho, insiste en que es el deseo del menor el no ver a su padre, y frente a ello, también expresa la Juez *a quo* que la actitud obstativa de la madre es «uno de los componentes del denominado síndrome de alienación parental»; sin embargo, debemos llamar la atención sobre el extremo de que, ninguno de los peritos comparecientes durante la instrucción ni los que han depuesto en el acto de juicio, ha efectuado referencia alguna a esta cuestión o «enfermedad». Quizás, porque, como decíamos en nuestra Sentencia de 26 de marzo (emitida por esta Sección de la Audiencia Provincial en el rollo de apelación núm. 99/08) el SAP no ha sido reconocido por ninguna asociación profesional ni científica, habiendo sido rechazada su inclusión en el DSM-IV por la Asociación Americana de Psiquiatría, y en la CIE-10 de la OMS. Estas y otras instituciones que priman los objetivos clínicos y de investigación, basan la inclusión de una nueva entidad diagnóstica en la existencia de sólidas bases empíricas, no cumpliendo el SAP ninguno de los criterios necesarios. Según una declaración de 1996 de la Asociación Americana de Psicología (APA) no existe evidencia científica que avale el SAP. Esta Asociación critica el mal uso que de dicho término se hace en los casos de violencia de género. En su informe titulado la Violencia y la Familia, afirma: «Términos tales como "alienación parental" pueden ser usados para culpar a las mujeres de los miedos o angustias razonables de los niños hacia su padre violento». La Guía de Evaluación para jueces de los casos de custodia infantil en contextos de violencia doméstica, editada por el Consejo nacional de Juzgados Juveniles y de Familia, creado en EEUU en 1937, advierte en su edición de 2006 sobre el descrédito científico de dicho síndrome.

No vamos a incidir sobre esta cuestión que ha sido reseñada en la sentencia de instancia en el modo en que se ha expresado, pero sí recordar que son, cada vez más, numerosos los profesionales de las psicología y psiquiatría que recuerdan que «La ciencia nos dice que la razón más probable para que un niño rechace a un progenitor es la propia conducta de ese progenitor. Etiquetas como el "SAP" sirven para desviar la atención de estas conductas (Dr. Paul Fink) y olvidan que la ambivalencia o el rechazo hacia un progenitor puede estar relacionada con muchos factores diversos» (Dr. Gaber) y que, en consonancia con una reflexión de sentido común como la expresada por estos doctores, en la causa que nos ocupa, está pendiente una evaluación psicológica y/o psiquiátrica de Simón, de su madre y de su padre. Igualmente aparece en el testimonio que, de la causa civil, consta en esta causa, se han producido modificaciones trascendentes en el régimen de relación acordado por el Juzgado de Familia (para Simón y su padre biológico).

a) En el apartado de hechos probados se contiene una referencia expresa a un dato que no debe hacerse constar de forma automática: Si los antecedentes penales que puede tener una persona son cancelables, no tienen efecto en la posible e ulterior condena que se emita en la causa. Si no tienen trascendencia en la calificación jurídica, obvia su constancia.

b) Al padre se atribuyó la guarda y custodia de Simón, al parecer, como respuesta a la actitud obstativa de la madre al cumplimiento de las visitas. Esta resolución del año dos mil uno, nunca fue ejecutada. Es en el año dos mil seis, cuando, luego de años de silencio, aparece el padre denunciante, pidiendo la ejecución de aquel auto. Y es precisamente en ese momento cuando comienza la situación que da lugar a la incoación e instrucción de la causa de que deriva este juicio. Reiteramos el dato, porque no es baladí, de que durante más de cinco años, el denunciante Sr. Víctor Manuel no haya tenido relación alguna (de ninguna clase) con su hijo.

c) Cierto es que constan en la causa (folios 152; 156; 159; 166; 169; 189; 262) informes emitidos por el Responsable del Punto de Encuentro en que se explica cómo el joven no acude al Punto de Encuentro, y las razones («excusas» para la sentencia) que da la madre, pero igualmente aparece en la causa, que desde octubre de dos mil seis (en que ha de reanudarse una relación interrumpida hace muchos años) hasta junio de dos mil siete, Simón ha sido asistido en varias ocasiones en el Hospital de Cruces y en los Servicios Públicos de Salud, por presentar vómitos, malestar, dolores y otras manifestaciones de un grave estado de ansiedad, motivado por la cuestión pendiente de la relación con su padre, y que ha precisado de tratamiento farmacológico. Así lo vamos leyendo a los folios 91, 100, 115, 141, 241, 250 y siguientes; 313 y siguientes; folio 315 (mayo de 2007); folio 316 (junio de 2007) folio 317 y 318 (desde que aparece el padre, luego de tantos años de ausencia, «crisis de ansiedad») y al folio 319 observamos que la Dra. Victoria propone que las

visitas cesen hasta que el niño esté capacitado para afrontar la relación con su padre.

En el mismo sentido se manifiesta la Dra. Blanca (folios 183; 190; 267 y 275) que explica que «el trabajo con Simón se prevé lento, dado el miedo que expresa a la súbita aparición de su padre, al que no reconoce como tal, y expresa un rechazo hacia su figura y sus intenciones reales de contacto» y el Equipo Psicosocial (informe de 15 de enero de dos mil siete, folio 184) que se inclina por una especie de «tratamiento conjunto del joven y de sus progenitores» como lo viene a recordar (folio 186) la providencia emitida por el Juzgado de Familia de Barakaldo el veintiséis de enero de dos mil siete.

d) Del relato de hechos probados aparece, por un lado, que la «actitud obstativa» que (en el fallo) da lugar a la condena, se produce, desde el momento en que aparece el padre (luego de ausencia prolongada, cuyos motivos no está claros: *vid*. folios 48 y 49, y en los que no ha existido ninguna relación. Ni siquiera se ha preocupado si a su hijo le falta lo más elemental: «dejé de pasar la pensión cuando me dieron la guarda y custodia» leemos en el acta de juicio, expresado por el Sr. Víctor Manuel) hasta que se modifica, precisamente, ese régimen de visitas (o relación) establecido en ese inicial momento (petición de ejecución de resolución sobre guarda de Simón). Porque el auto de veintidós de mayo de dos mil siete, dejando sin efecto la declaración de atribuir la guarda y custodia al padre ausente (reiteramos que el joven siempre ha vivido con su madre, y con la nueva familia que ésta ha conformado) modifica igualmente el régimen de visitas fijado en octubre de dos mil seis: Desconocemos (no aparece en la causa) lo que ha acaecido luego de esa modificación resuelta en mayo de dos mil siete, pero el escrito del Ministerio Fiscal, aunque no deja constancia de fecha alguna en relación con los hechos de que acusa, está datado el 25 de abril de dos mil siete, antes de la modificación que el Juzgado de Familia acuerda, en atención, precisamente, a la delicada situación que se observa en el joven Simón. Por ello, el objeto de enjuiciamiento ha de limitarse a la época comprendida entre la súbita aparición del padre, y la data del auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado, que es cuando se delimita el objeto de acusación.

En ese período de tiempo resulta probado, tanto que se produce una ruptura absoluta (sin vínculo alguno, ni siquiera como proveedor, como «alimentador» de su hijo) entre el Sr. Víctor Manuel, y su hijo Simón, como el factor de que, cuando, de repente, aparece el padre reivindicando su derecho, es Simón el que no quiere ir con su padre. No aparece peritada ni explicada la razón por la que se produce ese rechazo (reiteramos que debe ser objeto de abordaje y tratamiento, como se dice en las resoluciones del Juzgado de Familia). La doctora que comparece al acto de juicio (Dra. Victoria) sigue explicando que el «rechazo es espontáneo»; dota de relevancia a la ausencia prolongada del progenitor denunciante, e insiste en la necesidad de tratamiento de todos (incluido el padre) al igual que la Dra. Inmaculada (del Equipo Psicosocial) que expresan que ese tratamiento ha de ser previo a forzar a Simón a mantener relación con su padre.

Dados los términos en que se plantea la cuestión, el punto más relevante en la resolución de este recurso es (como se ha expresado al inicio) si la voluntad de Simón ha de tener incidencia en la resolución que se emita en este orden jurisdiccional, es decir, si hemos de castigar a su madre cuando es él (con doce años ya; en otoño cumplirá trece) quien manifiesta que no quiere ir con don Víctor Manuel, y contando con el dato de que son más de cinco años sin relación de ninguna clase (ni siquiera la de proveedor) del padre con el hijo.

Constatada que es la conducta obstativa del joven la que se presenta a su madre, doña Penélope no ve otra alternativa que acceder a lo manifestado por su hijo, por lo que la Sala no considera probado que se dé ese elemento subjetivo determinante en el tipo penal: El dolo, la voluntad de incumplir porque no es de exigir a una madre un acto de fuerza (física o psíquica) para obligar a un adolescente a acudir en el modo descrito («Simón le decía que prefería morirse a ir» ...acta de juicio; «no podía llevarle a rastras...» declaración en instrucción, folios 181 y 182, además de la manifestación recogida en esa página relativa a las amenazas de su hijo con suicidarse si le llevaba con su padre).

Se ha alegado por la apelante el estado de necesidad, cuyo principal requisito se da en este supuesto: Cuando se está planteando el conflicto que se evidencia, el mal causado (privación del derecho del padre, incumplimiento de la resolución judicial) parece de inferior entidad que el que se trata de proteger (el equilibrio del hijo que, como consta en los documentos obrantes a los folios arriba reseñados, parece muy precario cuando de «enfrentarse» a ese padre ausente y que, súbitamente aparece, se trata; sin olvidar la situación con que se encuentra una madre cuyo hijo amenaza con suicidarse, y ha de ser llevado a «urgencias»). Tampoco aparece que sea la madre la que haya provocado ese cúmulo de ingresos hospitalarios, ni las reacciones que motivan los mismos. Los peritos comparecientes y que han emitido los informes no se pronuncian sin un examen y seguimiento de las tres personas afectadas por el conflicto.

Cierto es que la Jurisprudencia es reacia a dotar a estas situaciones del efecto de eximir de res-

ponsabilidad a la acusada, pero no lo es menos que cuando la salida al conflicto normativo y existencial planteado se ve de la dificultad de la observada en el presente, no podemos cerrar el paso a la decisión de absolución. Precisamente con la finalidad de posibilitar soluciones jurídicas conformes con el principio de la dignidad humana. En todo caso, y siendo esta consideración relacionada con otro de los elementos del delito, el primero de los reseñados, el dolo, lo consideramos ausente en este supuesto.

Por todo ello, estimamos el recurso y absolvemos del delito de desobediencia a la apelante, debiendo declarar de oficio las costas causadas.

CUESTIONES PENALES

Condenan al esposo por un delito societario al privar a la esposa del derecho de información y participación en la gestión de una sociedad limitada familiar.

AP CASTELLÓN, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Esteban Solaz Solaz

La Sentencia dictada en primer grado jurisdiccional y que ahora es objeto de esta alzada, condenó al acusado Valentín como autor de un delito societario previsto en el artículo 293 del CP y un delito de falsedad en documento mercantil del artículo 392 del CP, por privar a su esposa Mariana –con la que se encontraba en trámites de separación– de los derechos de información y participación en la gestión y control de la actividad de la sociedad M, SL de la que era socia al poseer el 1% de sus participaciones sociales, al celebrar una junta general ordinaria el día 28 de junio de 2003 en ausencia de aquélla cuando había estado presente en su comienzo, elaborando un acta de la referida junta en la que obvió la participación de Mariana y lo que había sucedido en la misma.

Contra este pronunciamiento condenatorio se alza el acusado Valentín solicitando de esta Sala su revocación y el dictado de otra nueva por la que se le absuelva de los citados delitos societario y de falsedad documental, cuyo recurso ampara y funda en dos motivos de impugnación en los que denuncia el error en la valoración de las pruebas padecido por la Juez de lo Penal y por infracción de las normas del ordenamiento jurídico, por indebida aplicación de los artículos 293 y 392 del CP. Solicitud revocatoria que ha sido impugnada parcialmente por el Ministerio Fiscal, que interesa la desestimación del recurso respecto del denunciado error en la valoración de las pruebas y la aplicación del tipo penal societario del artículo 293 del CP, adhiriéndose al recurso respecto de la absolución por el delito de falsedad documental por considerar que se trata de un supuesto de falsedad ideológica.

El primer motivo del recurso acusa error en la apreciación de la prueba, así como el error por omisión del Juzgador de diversas pruebas documentales. En suma, lo que hace el recurrente es cuestionar la valoración de las pruebas llevada a cabo por el Juzgador *a quo* en orden a concluir que, sin tener en cuenta las pruebas documentales y con la sola declaración de la denunciante Sra. Mariana y de la abogada Edurne que le acompañó el día 28 de junio de 2003 pasadas las 9 horas al despacho de la empresa familiar, no es posible condenar al recurrente como autor de un delito societario y de un delito de falsedad en documento mercantil.

Al ceñir el recurrente su recurso en el error en la valoración de las pruebas practicada en la instancia, necesario resulta decir, en primer lugar, que la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del órgano judicial de instancia que éste ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración. Además no pueden revisarse las razones en virtud de las cuales se otorga mayor credibilidad a un testimonio que a otro, o se da preponderancia al resultado de una pericia sobre otra u otras pruebas, siempre que las misma se hubieran practicado con observancia de los principios constitucionales y de legalidad ordinaria y que, genéricamente consideradas, estén incorporadas al debate del plenario de manera que las partes hayan tenido oportunidad de interrogar, preguntar o alegar adecuadamente. Es el juego técnico de la contradicción del plenario que permite defender lo favorable y refutar lo adverso. Por tanto, la valoración de la prueba, sobre todo si es directa, queda extramuros de la presunción de inocencia [SSTC núm. 76/1990, de 26 de abril (La Ley Juris 1990-2, 144) y núm. 120/1994, de 25 de abril (La Ley Juris 1994, 13179), entre otras].

Sobre esta premisa cuando, como así sucede en el presente caso, se denuncia una errónea va-

loración de las pruebas realizada por el Juzgador de instancia hemos dicho con reiteración (SSAP de Castellón, Secc. 1.ª, núm. 16-A de 27 de enero de 1999, núm. 131-A de 17 de mayo de 2000, núm. 345-A de 5 de diciembre de 2001, núm. 46-A de 20 de febrero de 2002, núm. 311-A de 28 de octubre de 2003 y núm. 194-A de 10 de junio de 2004, entre otras) que el recurso de apelación contra las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal en los procesos penales es un recurso amplio y pleno en cuyo seno el Tribunal *ad quem* puede examinar el objeto del mismo con igual amplitud y potestad con que lo hizo el Juzgador *a quo* y, por lo tanto, no está obligado a respetar los hechos declarados probados por éste, pero como el acto del juicio oral tiene lugar ante el Juez de instancia y éste tiene la ocasión y oportunidad únicas e inmejorables de poder recibir con inmediación las pruebas, de estar en contacto con éstas y con las personas intervinientes, no cabe duda de que pese a aquella amplitud del recurso, en la generalidad de los casos y en la práctica, en atención al principio de inmediación que informa el sistema oral en materia penal, ha de respetarse en lo posible la apreciación de la prueba que en su conjunto haya realizado el Juez de instancia, por ser el que aprovecha al máximo en la valoración de los hechos las ventajas de la inmediación, por lo que para que el Tribunal de Segunda Instancia pueda variar los hechos declarados probados en la primera, se precisa que, por quien recurre, se acredite que así procede por concurrir alguno de los siguientes casos: 1. Inexactitud o manifiesto error en la apreciación de la prueba; 2. Que el relato fáctico sea oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo; ó 3. que haya sido desvirtuado por pruebas en segunda instancia.

En el presente caso, examinados nuevamente por la Sala los distintos elementos probatorios desarrollados en el acto del juicio oral, no puede este Tribunal compartir las razones expuestas por el recurrente sobre el hecho de que la denunciante Mariana acudiera al domicilio de la empresa pasadas las 9,30 horas de la mañana cuando la junta ya se había celebrado y redactado el acta con ausencia de aquélla. Ninguna de las pruebas documentales a las que hace referencia el recurrente permiten llevar a dicha conclusión probatoria cuando, por el contrario, la versión de los hechos ofrecida por la denunciante Mariana de que se encontraba en la sede social para celebrar una junta general ordinaria el día 28 de junio de 2003 a las 9 horas de la mañana y que, a pesar de haber estado presente en su comienzo, se celebró en su ausencia, elaborando un acta de la referida junta en la que obvió la participación de Mariana y lo que había sucedido en la misma, queda corroborado con los testimonios de las personas que acompañaron a Mariana (Edurne y Rubén), cuya credibilidad quedó robustecida en la convicción del Juzgador de instancia por el testimonio erróneo del hijo de denunciante y denunciado, José Manuel, que erró al indicar que ello sucedió a las 9,30 de la noche cuando claro es que fue por la mañana. El Juzgador de instancia, frente a la declaración parcial y exculpatoria del acusado Valentín, que no tiene obligación de decir verdad, y el testimonio erróneo de su hijo José Manuel, otorgó mayor credibilidad, por su coherencia y lógica de lo sucedido, a los testimonios de la denunciante y de las personas que la acompañaban, declaraciones y testimonios estos que obtuvo bajo su inmediación y contradicción, sin que el resto de las pruebas documentales presentadas las contradigan, por lo que el motivo que acusa error del Juzgador en esta valoración de las pruebas de índole subjetivo debe ser rechazada.

Alega también el recurrente que la sociedad M, SL, a pesar de aparentar formalmente una sociedad mercantil, no constituye sino una forma ventajosa para ahorrar la familia (sociedad de gananciales) impuestos por el trabajo profesional del economista asesor de empresas que ejercía el acusado, por lo que siendo dicha empresa familiar un mero instrumento jurídico para favorecer la economía ganancial no debe aplicarse el capítulo XIII del Código Penal relativo a los delitos societarios para la misma. Sin embargo, con independencia del objeto y de los fines para los que se constituyó la sociedad M, SL a los que se refiere el recurrente, resulta claro y evidente que es una sociedad limitada mercantil y por lo tanto sujeta jurídicamente al régimen de funcionamiento establecido por la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en particular el ejercicio por los socios de los derechos de información (artículo 50), convocatoria, asistencia y celebración de las juntas generales (artículos 45 a 49) y constancia en acta de los acuerdos sociales (artículo 54) que son los especialmente protegidos en el artículo 293 del CP, sin que la posterior declaración de nulidad de la junta por defecto de convocatoria tenga ningún reflejo en la protección del bien jurídico contemplado en este precepto legal que son los derechos de los socios ajenos al órgano de control de la sociedad y el adecuado funcionamiento de la misma, así como la correcta formación de la voluntad del ente conforme a su capital social, bienes jurídicos instrumentales respecto la tutela del patrimonio individual de los sujetos pasivos.

Por otro lado, sostiene el recurrente que no ha acreditado la Sra. Mariana perjuicio o agravio alguno sufrido por ella por el delito societario denunciado. Se afirma que a tenor del artículo 297 del CP este delito sólo es perseguible por denuncia de la persona agraviada, por lo que no habiendo sufrido

agravio o perjuicio alguno no puede pretenderse que se condene al acusado por este delito. Se añade que la intención de la denunciante en esta causa no es otra que perjudicar irreflexivamente a su ex marido, una estrategia procesal con abuso de derecho para perjudicar aun más al recurrente a quien pretende ver con antecedentes penales, privado de libertad y multado a cambio de nada. Sin embargo, el tipo del artículo 293 CP no exige la existencia de perjuicio patrimonial alguna para su consumación, como no puede ser de otra manera teniendo en cuenta que no se trata de un delito de resultado [STS, Sala 2.ª, núm. 1953/2002, de 26 de noviembre (Rec. 1131/2001)]. Cuando el artículo 296 del CP –no el artículo 297 del CP al que alude el recurrente– habla de la necesidad de que los delitos societarios sean perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada, no sólo está haciendo referencia a las personas que hayan sufrido, directa o indirectamente, menoscabo económico –supuesto de los artículos 291 o 295 del CP–, sino también a los que hayan sufrido menoscabo del bien jurídico afectado, que es el supuesto del artículo 293 del CP, y que son los derechos de los socios ajenos al órgano de control de la sociedad y el adecuado funcionamiento de la misma, así como la correcta formación de la voluntad del ente conforme a su capital social, bienes jurídicos instrumentales respecto la tutela del patrimonio individual de los sujetos pasivos.

Dice el recurrente que el Juzgador de instancia silencia en los hechos tenidos como probados los reales ingresos del acusado y que está abonando una pensión compensatoria por desequilibrio económico a favor de la esposa y de alimentos para su hija Leticia. Sucede, sin embargo, que estos datos económicos no deben integrar el relato de hechos probados de la sentencia penal por constituir elementos de prueba de la capacidad económica del acusado a los solos efectos de cuantificar la cuota diaria de la pena de multa conforme a lo dispuesto en el artículo 50 del CP, lo que se lleva a cabo a la hora de individualizar la pena a imponer en el correspondiente fundamento jurídico, en particular, en el quinto de la resolución recurrida.

En definitiva, ni las pruebas documentales a las que hace referencia el recurrente ni las declaraciones testificales practicadas en el plenario fueron valoradas erróneamente por el Juzgador de instancia, no resultando incompleta y equivocada la relación de hechos probados contenidos en la sentencia recurrida que determinaron la condena del acusado como autor de un delito societario y de un delito de falsedad en documento mercantil.

El segundo motivo del recurso acusa infracción de las normas del ordenamiento jurídico, en especial, por aplicación indebida de los artículos 293 y 392 del Código Penal.

En relación con el delito societario del artículo 293 del CP, el recurrente vuelve a reiterar los argumentos de que la sociedad la sociedad M, SL, a pesar de aparentar formalmente una sociedad mercantil, no constituye sino una forma ventajosa para ahorrar la familia (sociedad de gananciales) impuestos por el trabajo profesional del economista asesor de empresas que ejercía el acusado, por lo que siendo dicha empresa familiar un mero instrumento jurídico para favorecer la economía ganancial no debe aplicarse el capítulo XIII del Código Penal relativo a los delitos societarios para la misma, siendo nuestra respuesta la misma que dimos al invocarse como error en la valoración de la prueba, que con independencia de los fines por los que se constituyó dicha sociedad, viene sujeta en su régimen legal de funcionamiento a lo establecido por la LSRL, en particular sobre los derechos de información y participación en la gestión y control de la actividad social; o el relativo a que la junta fue nula por defecto de convocatoria, que no exime al administrador de respetar los derechos de los socios antes referidos. Finalmente, afirma el recurrente que no se negaron a la Sra. Mariana las cuentas objeto de la aprobación de la Junta y que al no representar el 5% del capital social no podía examinar en el domicilio social por efecto del artículo 86.2 de la LSRL, ni sus derechos de participación en la gestión o control de la sociedad por el hecho de que no llegase puntual a la hora exacta señalada para la junta a celebrar ese día que quedó invalidada, y el artículo 293 del CP no incluye la privación del derecho de asistencia a la Junta General de información y de voto. Ahora bien, aunque dentro del objeto del tipo penal del artículo 293 del CP el ámbito del derecho no alcanza a los supuestos razonablemente discutibles, que deben quedar para su debate en el ámbito estrictamente mercantil, sí que serán típicos aquellos supuestos de denegación de información a la que los socios tienen derecho de modo manifiesto, como sucede con los prevenidos en los artículos 112 de la LSA y 51 de la LSRL (derecho de los accionistas a los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos que figuren en el orden del día de una Junta General) y 212 de la LSA y 86 de la LSRL (derecho de los accionistas a obtener cualquiera de los documentos que habrán de ser sometidos a la aprobación de la Junta) [STS, Sala 2.ª, núm. 796/2006, de 14 de julio (Rec. 1985/2005)], y también los derechos de los socios a participar en la gestión o control de la actividad social que puede llevarse a cabo a través de las correspondientes juntas de socios (artículo 49 de la LSRL). En el presente caso, el relato de hechos probados pone de manifiesto que el acusado no sólo no entregó la documentación requerida por el socio minoritario al observar que la sociedad presentaba pérdidas sino que, dando por ausente al

mismo, celebró la junta sin su presencia adoptando los acuerdos pertinentes, por lo que no sólo no se le facilitó la información o aclaración precisa sobre los asuntos que figuraban en el orden del día de la junta, sino que se le privó del derecho a participar en el control de la actividad social y de su gestión al no poder asistir a la junta, por lo que la aplicación del tipo penal previsto en el artículo 293 del CP resulta inconcusa.

Mejor suerte debe tener, sin embargo, la impugnación que se hace de la aplicación del delito de falsedad en documento mercantil previsto en el artículo 392 del CP. El relato de hechos probados de la sentencia recurrida describe como conducta típica la elaboración por el acusado de un acta de junta general ordinaria «faltando conscientemente a la verdad en la narración de los hechos» al hacerse constar que se había celebrado la junta a las nueve horas con la ausencia de la Sra. Mariana, obviando la participación de ésta así como lo que había sucedido en la misma, en los términos referidos. Y este relato fáctico nos está describiendo, en su propia literalidad, la falsedad ideológica que recoge el ordinal 4.º del artículo 390.1 del CP, esto es, «faltando a la verdad en la narración de los hechos», que como es sabido resulta inaplicable a los particulares (artículo 392 del CP). Contrariamente a lo razonado por el Juzgador *a quo*, la mutación de la verdad no afecta a un elemento esencial del documento (la relación de asistentes a la junta) hasta el punto de integrar la modalidad falsaria del ordinal 1.º del artículo 390.1 del CP que recoge la «alteración de un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial», porque el tipo objetivo de esta modalidad falsaria habla de «alterar», y sólo se altera algún elemento esencial cuando la acción falsaria recae sobre alguna de las funciones que cumple el documento, como son las de prueba, perpetuación y garantía (STS, Sala 2.ª, núm. 1185/2004, de 22 de octubre), entendiéndose por «alterar» el cambiar la esencia o forma de una cosa (STS, Sala 2.ª, núm. 34/2002, de 18 de enero), y en el caso, resulta evidente que el acta de la junta cumplió todas las funciones del documento sin que se alterara la forma o esencia de la misma, lo único que se falseó fue su contenido, su narración, no su forma o esencia como documento, de tal manera que lo falseado fue la relación de personas que habían intervenido en la junta, lo que constituye, como decimos, la falsedad ideológica que está despenalizada cuando se comete por particulares. El motivo, por consiguiente, debe ser estimado, y el acusado debe ser absuelto del delito de falsedad documental por el que venía acusado.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Embargan a la madre por 46.900 euros ante los incumplimientos del régimen de visitas. Se le impuso una multa de 600 euros por cada fin de semana.

JUZGADO DE 1.ª INSTANCIA NÚM. 22 DE MADRID, AUTO DE 15 DE ENERO DE 2009

Magistrado-Juez: Ilmo. Sr. don José María Prieto y Fernández-Layos

En Auto de 31 de octubre de 2006, ante los continuos incumplimientos de doña María, se estableció imponer a la misma una multa coercitiva de 600 euros por cada fin de semana en que la madre no entregará a su hija y 200 euros por día en el caso de las vacaciones escolares.

Esta resolución fue apelada ante la AP y confirmada mediante Auto de 27 de junio de 2008.

En cumplimiento de dicha resolución se dicta providencia el 2 de octubre de 2008, en la que se requiere a don Juan José para que manifieste los períodos de incumplimiento del régimen de visitas y vacaciones por parte de doña María, contestando don Juan José a dicho requerimiento el 11 de octubre de 2008, acompañando copia del escrito del Punto de Encuentro en el que se acreditan los incumplimientos desde el 17 de junio de 2006 hasta el fin de semana 10-12 de octubre de 2008, realizando los cálculos de los que se deduce una multa de 66.800 euros.

De este escrito se da traslado a doña María, que contesta el 7 de noviembre de 2008, en el que no se niega el incumplimiento, pues la alegación de no tener noticias del Punto de Encuentro no puede sostenerse pues a lo largo del procedimiento figura lo incierto de la misma, acreditado mediante las distintas comunicaciones del mismo.

Sí debe tenerse en cuenta, sin embargo, que en la relación de incumplimientos se ha contabilizado la totalidad de las vacaciones, cuando únicamente debió ser el 50% como corresponde por sentencia, a excepción de las vacaciones de 22 de diciembre de 2006 a 7 de enero de 2007, que se otorgaron en su totalidad al padre conforme al Auto de 31 de octubre de 2006.

El Ministerio Fiscal en su informe de 1 de diciembre de 2008, se muestra conforme, manifestando que deben realizarse los cálculos para hacer efectiva la multa impuesta.

Por tanto y teniendo en cuenta lo expuesto en el razonamiento jurídico núm. 5, el total de la multa coercitiva desde el fin de semana 10-12 de noviembre de 2006, a 10-12 de octubre de 2008, descontando los días en que don Juan José acudió al Punto de Encuentro, así como el 50% de las vacaciones que correspondían a la madre, asciende a 45.900 euros desglosada en la siguiente forma:

– 36 fines de semana de incumplimiento: 600 euros × 36 = 21.600 euros.

– vacaciones 50% a excepción de las correspondientes a Navidad 2006/2007, que corresponden en su totalidad: 24.300 euros.

Por otro lado y por si doña María ha continuado incumpliendo, deberá oficiarse al Punto de Encuentro a fin de que certifiquen los fines de semana en que la madre no haya entregado a su hija, desde el fin semana 24-26 de octubre 2008 incluido, hasta la actualidad, incluyendo los períodos de vacaciones.

Despáchese la ejecución solicitada por la representación de don Juan José, parte ejecutante, contra doña María, parte ejecutada y requiérase a doña María, para que en el plazo de 10 días abone en la c/c de este Juzgado 2450 de Banesto la cantidad de 45.900 euros, en concepto de multa coercitiva por el período comprendido entre el fin de semana 10-12 de noviembre de 2006 al de 10-12 de octubre de 2008 incluido, para su posterior ingreso en el Tesoro Público, apercibiéndole de embargo de sus bienes, así como las cantidades que vayan venciendo, haciéndole saber que se adoptarán las medidas de localización y averiguación de sus bienes conforme a lo previsto en los

artículos 589 y 590 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como el embargo de bienes y todas las actuaciones tendentes al cobro total de las cantidades que se pueda adeudar, todo ello de oficio por el Juzgado.

Ofíciese al Punto de Encuentro, a fin de que certifiquen los fines de semana en que la madre no haya entregado a su hija, desde el fin de semana 24-26 de octubre 2008 incluido, hasta la actualidad, incluyendo los períodos de vacaciones.

CUESTIONES PENALES

Se absuelve a la madre del delito de desobediencia por el incumplimiento del régimen de visitas al no constar requerimientos personales y no apreciar una abierta negativa al cumplimiento del régimen de visitas.

JUZGADO DE LO PENAL NÚM. 16 DE MADRID, SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 2008

Magistrada-Juez: Ilma. Sra. doña Mercedes Gutiérrez Suárez

El Ministerio Fiscal calificó definitivamente los hechos como constitutivos de un delito de desobediencia previsto y penado en el artículo 556 del Código Penal, reputando como responsable del mismo en concepto de autora a María, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y solicitando la imposición de la pena de prisión de diez meses, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Y a las costas procesales.

El Letrado de la acusación particular calificó que los hechos son constitutivos de un delito continuado de desobediencia grave del artículo 556 del Código Penal, reputando responsable en concepto de autora a María e interesando la pena de un año de prisión y accesoria de privación del derecho a la custodia de su hija por dos años, con concesión de ese derecho al padre. Deberá indemnizar al Sr. Fernando en la cantidad de 90.000 euros por los daños morales.

HECHOS PROBADOS. Resulta acreditado y expresamente se declara que con ocasión de la atribución a la acusada María, mayor de edad y sin antecedentes penales, de la guardia y custodia de su hija menor de edad, se estableció por sentencia de fecha 17 de octubre de 2003 un régimen de visitas para su padre Fernando, debiendo la madre llevar a la menor al Punto de Encuentro sito en la calle ... de Madrid.

El 26 y 27 de febrero, el 26 y 27 de marzo, el 1 y 6 de agosto, 2, 16 y 30 de septiembre y 14 y 28 de octubre, todos de 2005, la acusada no llevó a la menor al Punto de Encuentro en unas ocasiones y en otras la llevaba y se negaba a que se cumpliera la visita al no estar tutelada.

La acusada fue requerida fehacientemente por la autoridad judicial correspondiente para el cumplimiento de la sentencia, mediante Auto de fecha 2 de noviembre de 2005, dando cumplimiento a lo mismo llevando a la menor al juzgado requirente el día 6 de noviembre siguiente, reanudándose las visitas.

Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 22 en fechas 4 de agosto y 26 de agosto se dictaron sendas providencia por las que se requería a la acusada al cumplimiento del régimen de visitas con apercibimientos, sin que conste que la acusada fuera notificada fehacientemente de dichas resoluciones y por tanto conociera su contenido.

Vamos a analizar el delito por el que viene acusada María Isabel García Luque, un delito de desobediencia grave a la autoridad.

El bien jurídico protegido por la desobediencia grave del artículo 556 del CP es el principio de autoridad y el orden público. La conducta significa un incumplimiento de una orden o mandato con el ánimo de despreciar el principio de autoridad.

El tipo penal por el que se pide condena exige para su comisión que se den determinados requisitos.

a) La existencia de un mandato expreso legal y ejecutivo que proceda de la autoridad en el ejercicio se funciones y en el marco de sus competencias.

b) Que la orden se haga conocer a quien la debe obedecer de forma clara expresa y terminante con las advertencias de las consecuencias que pueda tener su incumplimiento.

En este supuesto diremos que en ningún momento se ha producido una orden o mandato concreto y directo, ni personalmente a la acusada ni a través de sus representaciones procesales, para el cumplimiento concreto del régimen de visitas, tampoco, por tanto se le ha advertido oportunamente que su incumplimiento daría lugar a la posibilidad de incurrir en un delito de desobediencia grave a la autoridad. Ello en relación a los requerimientos judiciales referidos a los días 4 y 26 de agosto de 2005, fechas en que la acusada estaba de vacaciones y no tuvo conocimiento de dichos requerimientos y sus consecuencias. O al menos no se ha acreditado que los conociera y le fueran debidamente notificados.

Consta asimismo en la causa otro requerimiento realizado mediante Auto de fecha 2 de noviembre de 2005, resolución que fue debidamente notificada y asimismo cumplida con la acusado llevando a su hija al Juzgado requirente el día 6 de noviembre de 2005.

Y finalmente otro de los requisitos, donde puede haber ciertas dudas de su concurrencia es:

c) Que por parte de quien debe cumplir la orden haya una actitud de abierta negativa al cumplimiento de lo que se le ordena. Y es aquí donde, a pesar de no haber orden o mandato debidamente notificado, no aparece en la conducta de la acusada una actitud de «abierta negativa» al cumplimiento del régimen de visitas, siempre ha dado razones para no acudir a los encuentros, basada en los informes médicos y de especialistas que le impedían, con ánimo de proteger a su hija menor cumplir con las visitas a su padre sin que las mismas estuvieran tuteladas.

De todo ello, lo que hemos de aclarar es si la conducta de la madre es renuente al incumplimiento de la orden o mandato judicial, o si al menos su postura es la de no facilitar el encuentro.

No parece que las decisiones de la acusada sean caprichosas ni un artificio para desobedecer al mandato del Juez, su finalidad exclusiva es, no sólo proteger a su hija sino incluso respetar sus decisiones de no querer estar con su padre (así lo manifestaron las psicólogas y especialistas) por razones que se nos escapan.

Por tanto podemos deducir que no se cumplen con rigor los requisitos del artículo por el que viene acusada.

Valorando en conciencia las pruebas practicadas con la oportunidad que ofrece la inmediación, contamos con esos testimonios, por las dos partes en conflicto que denotan una situación familiar a la que deberían dar solución amistosa en aras del único perjudicado de la misma, la hija común. No son los tribunales de justicia, ni mucho menos los penales, los que deben solucionar ese conflicto de afectos familiares.

Por tanto, no por ello, sino por los razonamientos jurídicos expuestos, se debe absolver a la acusada.

El derecho fundamental a la presunción de inocencia, reconocido, aparte de en nuestra Constitución, en los más caracterizados Tratados Internacionales, como la Declaración Universal de los derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (artículo 11.1), el Convenio Europeo de 4 de noviembre de 1950 (artículo 6.2), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (artículo 14.2) y objeto de una detallada elaboración por la doctrina del tribunal Constitucional (SS 3/1981, 807/1983, 17/1984, 174/1985, 229/1988, 138/1992, 303/1993, 182/1994, 86/1995, 34/1996 y 157/1996) y por la de la Sala II del Tribunal Supremo (SS 882/1996 y 798/1997, entre otras), significa el derecho de todo acusado a ser absuelto si no se ha practicado una mínima prueba de cargo, acreditativa de los hechos motivadores de la acusación y de la intervención en los mismos del inculpado.

En consecuencia, rigiéndose por el principio de intervención mínima el Derecho Penal, y teniendo presente que en los procesos penales rigen los principios de presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24 de la CE, e *in dubio pro reo* a favor del hoy acusado, de suerte que la prueba plena de los hechos y elementos de la infracción penal le incumbe a la acusación, no pudiendo, por ende, acudir a posibilidades, sospechas o presunciones en contra de la misma, de tal forma que en caso de duda habrá de estar siempre a su favor.

GUARDA Y CUSTODIA

Se atribuye la custodia al padre dado que se aprecia una situación de trastorno de personalidad en la madre (ya diagnosticado y que ha motivado su ingreso urgente con carácter involuntario en unidad psiquiátrica hospitalaria) que no se puede confundir con el cuadro que puede presentar un maltratada, aun cuando por desgracia se lleguen a confundir situaciones de neurosis, cuadros de ansiedad, paranoias y trastornos de personalidad con la sintomatología que presentan mujeres que sufren maltrato.

JUZGADO DE 1.ª INSTANCIA NÚM. 7 DE SEVILLA, AUTO DE 16 DE MARZO DE 2009

Magistrado-Juez: Ilmo. Sr. don Francisco de Asís Serrano Castro

En la presente fase de medidas provisionales se ha de acordar que la medida controvertida sobre atribución de custodia se resuelva en el sentido de otorgársela al padre, que se considera el progenitor custodio más idóneo para la atención y cuidado habitual de su hija. Al respecto se ha de destacar

que en la diligencia de exploración judicial de la menor, de 12 años de edad, la misma puso de manifiesto que había sido siempre su padre el que se ha preocupado de atender a sus necesidades y de contribuir en exclusiva a las tareas domésticas, en las que no ha participado la madre. Ha sido siempre el padre quien se ha ocupado de todo lo relacionado con el colegio y su rendimiento escolar y quien también, en exclusiva, la ha atendido en cuestiones relacionadas con su higiene y salud.

Consta que, de hecho, la madre abandona el domicilio familiar en noviembre de 2008, siendo significativo que haya sido el Sr. XXXXX quien ha interpuesto juicio de divorcio solicitando que se le atribuyera esa guarda y custodia, que venía ejerciendo *de facto*, con el beneplácito de la menor quien también reconoció que ahora se encuentra mejor porque ha cesado de presenciar las discusiones entre sus progenitores. Se aporta documentación médica acreditativa de que la Sra. XXXXXX padece de un trastorno de personalidad, lo que puede justificar la desatención que ha puesto de manifiesto la menor y su despreocupación a la hora de haber abandonado el domicilio familiar, sin solicitar tutela judicial en interés de su hija.

En el acto de la vista la demandada expuso que no había actuado porque tenía miedo, por haber sufrido amenazas y que ello también le había impedido interponer denuncia, a cuyo efecto se le reservó la facultad de clarificar los extremos de su acusación genérica en su escrito de contestación a la demanda para que el Ministerio Fiscal pudiera decidir si procedía denunciar esos supuestos actos de violencia de género conforme a lo dispuesto en el artículo 49 bis de la LEC (reformado por el artículo 57 de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género).

Sin perjuicio, de lo que decida al respecto el Ministerio Fiscal, se ha de destacar que a la vista de la actitud de la demandada, lo manifestado por la menor que incluso llegó a expresar que efectivamente había presenciado «cosas entre sus padres que no le habían gustado», mas aclarando que los actos de violencia y agresividad habían sido de su madre hacia su padre, llegando a concretar que una vez incluso fue testigo de que su madre amenazó a su padre poniéndole un cuchillo en el cuello; se ha de descartar la existencia de circunstancias de riesgo y que pudieran determinar la pérdida de competencia de este Juzgado. Es más lo que se aprecia es una situación de trastorno de personalidad en la demandada (ya diagnosticado y que ha motivado su ingreso urgente con carácter involuntario en unidad psiquiátrica hospitalaria) que no se puede confundir con el cuadro que puede presentar un maltratada, aun cuando por desgracia se lleguen a confundir situaciones de neurosis, cuadros de ansiedad, paranoias y trastornos de personalidad con la sintomatología que presentan mujeres que sufren maltrato, produciéndose situaciones injustas que redundan en perjuicio de todos los intereses familiares, provocadas por una psicosis indiscriminada en la consideración de las circunstancias determinantes de maltrato.

A los efectos de lo que se ha de resolver en el presente incidente de medidas, no obstante, se ha de insistir que resulta evidente la mejor disponibilidad e idoneidad del padre para asumir la custodia de su hija, conllevando ello consecuencias en lo que respecta a la fijación de un régimen normalizado de visitas de la menor con su madre, atribución del uso y disfrute del domicilio familiar y el establecimiento de la obligación de pensión alimenticia cuya cuantificación se determinará atendiendo a criterio de proporcionalidad tal y como establece el artículo 146 del CC.

Revista de Derecho de

familia

RESOLUCIONES DE LA DGRN

FILIACIÓN

El Ministerio de Justicia autoriza la inscripción en el Registro Civil de dos bebés hijos de un matrimonio de varones homosexuales que los concibieron en Estados Unidos con una madre de alquiler.

RESOLUCIÓN DE 18 DE FEBRERO DE 2009

La inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de sujeto español acaecido en el extranjero puede tener lugar a través de la correspondiente declaración del sujeto (artículo 168 del Reglamento del Registro Civil) o a través de la presentación de una certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido.

En el caso de inscripción del nacimiento por declaración, el Encargado del Registro deberá proceder a un control de legalidad de los hechos referidos en la declaración y de esta misma. Para ello, el Encargado deberá aplicar las normas jurídicas pertinentes y si el supuesto presenta elementos extranjeros, deberá, en primer término, concretar la Legislación, española o extranjera, reguladora de dichos hechos y declaraciones. A tal efecto, el Encargado deberá aplicar inexcusablemente, las normas de conflicto españolas, que son aplicables de oficio (artículo 12.6 del Código Civil). Es decir, en estos supuestos surge una cuestión de «Derecho aplicable» a ciertos hechos y declaraciones y ello exige la precisión de la Ley reguladora de los mismos a través de las normas de conflicto españolas.

Por el contrario, en el caso de inscripción del nacimiento mediante presentación de la correspondiente certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido, la solución legal es completamente distinta. Una correcta perspectiva metodológica conduce a afirmar que el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español debe valorarse no a través de la aplicación del Derecho sustantivo español ni a través de las normas de conflicto españolas, sino a través de las normas específicas que en Derecho español disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español. Perspectiva metodológica que ha asumido nuestro legislador. En efecto, para estos supuestos, el legislador ha previsto un mecanismo técnico específico que se encuentra recogido en el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil. La certificación registral extranjera constituye una «decisión» adoptada por las autoridades extranjeras y en cuya virtud se constata el nacimiento y la filiación del nacido. En consecuencia, y visto que existe una «decisión extranjera» en forma de certificación registral extranjera, el acceso de la misma al Registro Civil español constituye no una cuestión de «Derecho aplicable», sino una cuestión de «validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España», en este caso, una cuestión de acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro.

La aplicación del artículo 81 del Reglamento del Registro Civil excluye, por tanto, la utilización de las normas españolas de conflicto de Leyes, y en concreto, la del artículo 9.4 del Código Civil. Por tanto, también excluye la aplicación de la Ley sustantiva a la que tales normas de conflicto españolas pudieran conducir, como la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Las normas de conflicto españolas y las normas sustantivas designadas por tales normas de conflicto son sólo aplicables a los supuestos que surgen ante las autoridades españolas sin que haya sido dictada una «decisión» por autoridad pública extranjera. Por consiguiente, son aplicables en el presente caso las normas jurídicas españolas que regulan el acceso al Registro Civil español de las certificaciones registrales extranjeras, esto es, el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil y no las normas de conflicto españolas y tampoco las normas sustantivas españolas que determinan la filiación.

Con arreglo al artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, el legislador español no exige que la solución dada a la cuestión jurídica que consta en la certificación registral extranjera sea igual o idéntica a la solución que ofrecen las normas jurídicas españolas. En efecto, el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil acoge otra perspectiva diametralmente opuesta: las certificaciones registrales extranjeras deben superar, naturalmente, un «control de legalidad», pero dicho control de legalidad no consiste

en exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española. Esta solución es lógica y se explica por varias razones, que a continuación se exponen separada y sucesivamente, aunque todas tengan importancia similar o pareja.

En primer lugar, exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española supondría desconocer que cada Estado dispone de su propio Derecho y de su propio sistema de Derecho internacional privado, y que, como regla general, y en virtud del principio de exclusividad del Derecho internacional privado, las autoridades públicas de un Estado sólo aplican a la resolución de los casos internacionales que se les plantean, sus propias normas de Derecho internacional privado.

En segundo lugar, pero no en menor importancia, exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española supondría también un perjuicio muy notable para la seguridad jurídica, valor superior de un ordenamiento jurídico consagrado en el artículo 9 de la Constitución Española, en el contexto internacional. En efecto, un mismo caso podría ser resuelto de una manera distinta en Estados distintos, de modo que la situación jurídica válidamente creada y legalmente existente en un Estado resultaría inexistente y/o inválida en España. Ello no es deseable, pues las posiciones jurídicas de los particulares cambiarían de Estado a Estado, y se quebraría la coherencia de reglamentación de las situaciones privadas internacionales y su continuidad en el espacio, como ha subrayado recientemente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJUE de 2 de octubre de 2003, García Avello, y STJUE de 14 de octubre de 2008, Grunkin-Paul). Por otra parte, en el contexto internacional, la realización efectiva de la «tutela judicial» exige que la solución jurídica alcanzada en un Estado sea segura, estable y continua. Así, con carácter general, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que el derecho a un proceso equitativo (artículo 6 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales hecho en Roma el 4 noviembre 1950) comprende el derecho de «acceso a un tribunal» y el derecho a una «ejecución efectiva de la decisión obtenida» (STEDH de 19 de marzo de 1997, caso Hornsby vs. Grecia). La tutela judicial efectiva exige evitar, hasta donde sea posible, las «decisiones claudicantes», inefectivas e inejecutables en el extranjero. Ello conduce a una clara conclusión: el Derecho internacional privado español se orienta, como regla general, hacia la admisión de los efectos jurídicos en España de las decisiones extranjeras para así ajustarse, como no puede ser de otro modo, a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución Española) y al derecho a un «proceso equitativo» (artículo 6 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950).

En tercer lugar, a mayor abundamiento, exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española supondría igualmente para los particulares un elevado coste, pues les obligaría a volver a plantear la cuestión jurídica ante las autoridades españolas, de modo que la certificación registral extranjera no superaría el «cruce de frontera» y carecería de todo efecto jurídico en España. Con ello, además, la economía procesal sufriría un fuerte daño y se fomentarían los «dobles procedimientos», lo que perjudicaría no sólo a los particulares, sino a los Estados implicados. Es por ello que el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil permite que las certificaciones registrales extranjeras puedan acceder al Registro Civil español, ya que de ese modo, se evitan dobles procedimientos y se respeta la economía procesal.

El artículo 81 del Reglamento del Registro Civil dispone que: «el documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales». A tenor de dicho precepto, el documento extranjero debe satisfacer diversas exigencias legales para acceder al Registro Civil español. Tales exigencias legales conforman el control de legalidad requerido a las certificaciones registrales extranjeras. Dicho control de legalidad se compone de diversos requisitos.

En primer lugar, se exige que la certificación registral extranjera sea un documento «público», esto es, un documento autorizado por una autoridad extranjera. Con arreglo al artículo 323.2.° de la Ley de enjuiciamiento civil, un documento extranjero puede ser considerado como «público» cuando en la confección de dicho documento se han observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento pueda ser considerado como «documento público» o documento que hace «prueba plena en juicio» (artículo 323.2.° de la Ley de enjuiciamiento civil) y siempre que se acompañe de la correspondiente legalización (artículo 88 del Reglamento del Registro Civil) o apostilla. Debe recordarse que quedan eximidos de legalización los documentos cuya autenticidad le consta directamente al Encargado del Registro, o los que le han llegado por vía oficial o por diligencia bastante. En el presente caso, no cabe dudar, ni

se ha dudado, de la autenticidad de la certificación registral extranjera, que se ha presentado con las exigencias formales exigidas por la legislación española. Por otro lado, se exige igualmente que el documento se presente con la correspondiente traducción (artículo 86 del Reglamento del Registro Civil), como también ha sucedido en el caso.

En segundo lugar, se requiere también que la certificación registral extranjera haya sido elaborada y adoptada por una autoridad registral extranjera que desempeñe funciones equivalentes a las que tienen las autoridades registrales españoles. Así lo exige el artículo 85 del Reglamento del Registro Civil, que indica que «Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española», como ha tenido ocasión de subrayar también este Centro Directivo (RDGRN de 23 de noviembre de 2006, RDGRN de 25 de septiembre de 2006). Nada hay que dudar en el presente supuesto, en el que la autoridad registral californiana no se ha limitado a «dar fe» de unas manifestaciones de voluntad de los interesados, sino que ha intervenido en la constatación registral del nacimiento y de la filiación, con un grado de implicación sustancial y constitutivo, es decir, mediante un control del ajuste de los hechos y de los actos a la Ley aplicable. La constancia registral del nacimiento y de la filiación de los nacidos es el resultado de un proceso lógico jurídico y constitutivo llevado a cabo por la autoridad registral extranjera competente. Por tanto, puede afirmarse que, en el presente caso, la certificación registral californiana constituye una auténtica «decisión» y ello permite comprobar que el Registro Civil de California desarrolla funciones similares a las españolas.

En tercer lugar, se deduce del artículo 81 del Reglamento del Registro Civil la necesidad de un control de legalidad del acto contenido en la certificación registral extranjera. Al Registro Civil español sólo acceden documentos en los que constan actos presumiblemente «válidos», lo que se acredita con la función de la calificación de la certificación extranjera presentada, que debe realizar el Encargado. No obstante, a tal efecto, el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil no exige que se lleve a término una aplicación de las normas de conflicto españolas y de la Ley española o extranjera a la que conducen tales normas de conflicto españolas, como antes se ha adelantado. El artículo 81 del Reglamento del Registro Civil no exige que la solución jurídica contenida en la certificación registral extranjera sea «idéntica» a la solución jurídica que habría alcanzado una autoridad registral española mediante la aplicación de las normas legales españolas, como tampoco se exige que la Ley extranjera designada por nuestras normas de conflicto presente un contenido «idéntico» al de las Leyes españolas (*vid*. artículo 9.4 del Código Civil). Lo que exige el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil es que la certificación registral extranjera cumpla con determinadas exigencias imperativas ineludibles para que pueda tener «fuerza en España» y acceder, de ese modo, al Registro Civil español. Aparte la exigencia de la competencia de la autoridad registral extranjera y del respeto, en su caso, de los derechos de defensa de los interesados, extremos de los que no cabe dudar en el presente caso, se exige, como no puede ser de otro modo, que la certificación registral extranjera no produzca efectos contrarios al orden público internacional español.

En relación con el ajuste al orden público internacional español de la certificación registral californiana presentada, debe subrayarse que dicha certificación registral extranjera no vulnera dicho orden público internacional. En efecto, dicha certificación no lesiona los principios jurídicos básicos del Derecho español que garantizan la cohesión moral y jurídica de la sociedad española. Es decir, la incorporación de esta certificación registral extranjera al orden jurídico español no daña los intereses generales, esto es, no perjudica la estructura jurídica básica del Derecho español y, por ello, tampoco lesiona la organización moral y jurídica general, básica y fundamental de la sociedad española. En consecuencia, la introducción en la esfera jurídica española de la certificación extranjera presentada no altera el correcto y pacífico funcionamiento de la sociedad española, como estructura supraindividual, establecido por el legislador. En concreto, el ajuste de la certificación registral extranjera presentada al orden público internacional español se explica por los siguientes motivos.

En primer término, la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y de la filiación de los nacidos en California en favor de dos sujetos varones no vulnera el orden público internacional español ya que también en Derecho español se admite la filiación en favor de dos varones en casos de adopción, sin que quepa distinguir entre hijos adoptados e hijos naturales, ya que ambos son iguales ante la Ley (artículo 14 de la Constitución española). Si la filiación de un hijo adoptado puede quedar establecida en favor de dos sujetos varones, idéntica solución debe proceder también en el caso de los hijos naturales.

En segundo término, la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y de la filiación de los nacidos en California en favor de dos sujetos varones no vulnera el orden público internacional español, ya que en Derecho español se permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil

a favor de dos mujeres, personas del mismo sexo (artículo 7.3 de la Ley 14/2006). Por esta razón, no permitir que la filiación de los nacidos conste en favor de dos varones resultaría discriminatorio por una razón de sexo, lo que está radicalmente prohibido por el artículo 14 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.

En tercer lugar, el interés superior del menor aconseja proceder a la inscripción en el Registro civil español de la filiación que figura en el Registro extranjero y en la certificación registral extranjera a favor de dos mujeres o dos varones. En efecto, en el caso de rechazar la inscripción de la filiación en el Registro Civil español, podría resultar que los hijos, de nacionalidad española, quedarían privados de una filiación inscrita en el Registro Civil. Ello vulnera el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989 (BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 1990), en vigor para España desde el 5 enero 1991, cuyo texto indica que: «1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.» Denegar la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral extranjera vulnera también el citado precepto por cuanto el interés superior de los menores, recogido en el artículo 3 de la citada Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, exige que éstos queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres, ya que ello constituye el ambiente que asegura al niño «la protección y el cuidado que [son] necesarios para su bienestar».

En cuarto lugar, debe recordarse que el «interés superior del menor» al que alude el antes citado artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989 se traduce en el derecho de dicho menor a una «identidad única», como ha destacado recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 2 de octubre de 2003, caso García Avello, STJUE de 14 de octubre de 2008, caso Grunkin-Paul). Este derecho de los menores a una identidad única se traduce en el derecho de tales menores a disponer de una filiación única válida en varios países, y no de una filiación en un país y de otra filiación distinta en otro país, de modo que sus padres sean distintos cada vez que cruzan una frontera. La inscripción de la certificación registral californiana en el Registro Civil español es el modo más efectivo para dar cumplimiento a este derecho de los menores a su identidad única por encima de las fronteras estatales. Esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea presenta un valor supracomunitario, ya que no se trata, meramente, de subrayar el derecho a la identidad única de los ciudadanos comunitarios, sino que se trata de una jurisprudencia que destaca el derecho a una identidad única referida a los menores. Ello encaja con el interés superior del menor recogido en el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989.

En quinto lugar, es preciso recordar que en el Derecho español, la filiación natural no se determina necesariamente por el hecho de la «vinculación genética» entre los sujetos implicados, como se deduce del antes citado artículo 7.3 de la Ley 14/2006, precepto que permite que la filiación natural de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, personas del mismo sexo. Por ello, no existen obstáculos jurídicos a la inscripción en el Registro Civil español de una certificación registral extranjera que establezca la filiación en favor de dos varones españoles.

En sexto lugar, no cabe afirmar que los interesados han llevado a cabo un fraude de Ley, fenómeno al que aluden el artículo 12.4 del Código Civil para los casos internacionales y, en general, el artículo 6.4 del Código Civil. Los interesados no han utilizado una «norma de conflicto» ni tampoco cualquier otra norma con el fin de eludir una ley imperativa española. No se ha alterado el punto de conexión de la norma de conflicto española, mediante, por ejemplo, un cambio artificioso de la nacionalidad de los nacidos para provocar la aplicación de la Ley de California mediante la creación de una conexión existente pero ficticia y vacía de contenido con el Estado de California. Y tampoco se puede estimar que los interesados hayan incurrido en el conocido como «Forum Shopping fraudulento» al haber situado la cuestión de la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas con el fin de eludir la Ley imperativa española. En efecto, la certificación registral californiana no es una sentencia judicial que causa estado de cosa juzgada y que se intenta introducir en España para provocar un estado inalterable de filiación oponible *erga omnes*. Dicho aspecto debe ser vinculado con el interés del menor, que es un interés «superior» (*vid*. de nuevo el citado artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989), de forma, modo y manera que dicho interés se impone sobre cualquiera otra consideración en juego, tal y como podría ser la represión de movimientos presuntamente fraudulentos a

los que, por cierto, el auto recurrido denegatorio de la inscripción ni siquiera se ha referido. Y el interés superior del menor exige la continuidad espacial de la filiación y la coherencia internacional de la misma, así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los menores que prevalece, en todo caso, sobre otras consideraciones.

En séptimo lugar, es indudable que los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las Leyes españolas (*vid.* artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida). Es indudable también que «la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto» (artículo 10.2 de la Ley 14/2006). Ahora bien, dicho precepto no es aplicable al presente caso, ya que no se trata de determinar la filiación de los nacidos en California, pues no procede determinar el «Derecho aplicable» a la filiación y tampoco procede determinar la filiación de tales sujetos. Se trata, por el contrario, de precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español. Tampoco se pretende, de ningún modo, con la inscripción en el Registro Civil de la certificación registral californiana de nacimiento de los nacidos, la ejecución o el cumplimiento de un presunto contrato de gestación por sustitución. Es claro que la certificación registral californiana se expide a los solos efectos de acreditar la identidad de los nacidos, y establece una presunción de paternidad que puede ser destruida por sentencia judicial (California Family Code section 7611). Ahora bien, debe recordarse que la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral californiana surte los efectos jurídicos señalados por las Leyes registrales españolas (*vid.* artículo 2 Ley del Registro Civil). Por ello, cualquier parte legitimada puede impugnar el contenido de dicha inscripción ante los Tribunales españoles en la vía civil ordinaria. En tal caso, los Tribunales españoles establecerán de modo definitivo la filiación de los nacidos. Por tanto, la certificación registral extranjera no produce efectos jurídicos de «cosa juzgada». Y debe también subrayarse que en la certificación registral expedida por las autoridades californianas no consta en modo alguno que el nacimiento de los menores haya tenido lugar a través de gestación por sustitución. En la disyuntiva de dejar a unos menores que son indudablemente hijos de ciudadano español (artículo 17.1 del Código Civil) sin filiación inscrita en el Registro Civil y admitir una situación de no certeza en la filiación de los menores en la que dichos menores cambiarían de filiación cada vez que cruzan la frontera de los Estados Unidos con destino a España y viceversa, lo que vulneraría el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, o de permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación determinada en virtud de la certificación californiana, siempre es preferible proceder a dicha inscripción en nombre del «interés superior del menor».

Debe por último recordarse que los menores nacidos en California ostentan la nacionalidad española con arreglo al artículo 17.1.a) del Código Civil, ya que son españoles de origen los nacidos de español o española. El precepto citado se refiere a los «nacidos» de padre o madre españoles y no a los «hijos» de padre o madre españoles. Se trata ésta de una precisión legal extraordinariamente importante incorporada por la Ley 18/1990, de 17 diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad. En efecto, según el criterio *ius sanguinis* acogido en el artículo 17.1.a) del Código Civil son españoles los hijos de españoles. Pero ello plantea un «problema circular». En efecto, cuando no está acreditada la filiación del hijo se podría producir un «círculo vicioso» o situación de «doble espejo», pues es necesario saber qué «filiación» ostenta el sujeto para determinar si ostenta o no ostenta «nacionalidad española», mientras que es necesario también saber qué «nacionalidad» ostenta el sujeto para saber cuál es su «filiación» (artículo 9.4 del Código Civil), es decir, quiénes son sus padres. Pues bien, el artículo 17.1.a) del Código Civil utiliza la expresión «nacidos» de padre o madre españoles, porque con dicha expresión deshace el *circulus inextricabilis* y rompe el «doble espejo». El artículo 17 del CC indica que son españoles los «nacidos» de padre o madre españoles. Por tanto, el precepto no exige que haya quedado «determinada legalmente» la filiación. Es suficiente que quede acreditado el «hecho físico de la generación». Por ello, para considerar «nacido» de español a un individuo, basta que consten «indicios racionales de su generación física por progenitor español». Por ejemplo, por posesión de estado o inscripción en el Registro Civil (RDGRN de 7 de mayo de 1965, RDGRN de 4 de febrero de 1966, RDGRN de 29 de diciembre de 1971, RDGRN de 19 de diciembre de 1973, RDGRN de 11 de agosto de 1975, RDGRN de 19 de enero de 1976, RDGRN de 11 de abril de 1978, RDGRN de 7 de mayo de 1980, RDGRN de 5 de marzo de 1986, RDGRN de 28 de octubre de 1986 y Circular DGRN de 6 junio de 1981). En este caso, pues, no es precisa la determinación legal de la filiación de los «nacidos», con lo que no es necesario recurrir al artículo 9.4 del Código Civil y a la Ley nacional del «nacido» para acreditar de quién es «hijo». En consecuencia, al tratarse en el presente caso de la inscripción del nacimiento y filiación de sujetos españoles al ser nacidos de progenitor español, procede su acceso al Registro Civil español (artículo 15 de la Ley del Registro Civil).

REGÍMENES ECONÓMICOS-MATRIMONIALES

Estando inscrita la finca a nombre de la esposa del demandado con arreglo al régimen económico-matrimonial alemán, que es el régimen de participación, es claro que no puede anotarse el embargo por deudas del marido.

RESOLUCIÓN DE 12 DE DICIEMBRE DE 2008

Estando inscrita la finca a nombre de la esposa del demandado con arreglo al régimen económico-matrimonial alemán, que es el régimen de participación, es claro que no puede anotarse el embargo por deudas del marido, pues el demandado no es titular de ningún derecho real sobre la finca embargada, sino de un crédito que surgirá en el momento de la extinción del régimen en el supuesto de que el patrimonio de su cónyuge haya tenido un incremento superior al del propio patrimonio, pero tal derecho de crédito no puede acceder al Registro, por lo que, en el caso de que se embargara, no sería objeto de reflejo en el mismo.

Alega el recurrente la existencia de una serie de maniobras fraudulentas por parte del marido, pero las mismas no pueden dilucidarse en un procedimiento ejecutivo, ni ser enjuiciadas por este Centro Directivo, sino que tendrán que ser acreditadas en el procedimiento declarativo correspondiente.

REGÍMENES ECONÓMICOS-MATRIMONIALES

Se deniega la anotación de embargo de la mitad indivisa de un inmueble que figura inscrito a favor de la sociedad de gananciales. No es obstáculo para ello que el embargo se acordase a instancia de la ex esposa y que, según manifiesta, el inmueble es el único bien a liquidar.

RESOLUCIÓN DE 16 DE ENERO DE 2009

El único problema que plantea el presente recurso es el de dilucidar si, inscrita una finca a favor de ambos cónyuges como ganancial, puede tomarse anotación de embargo sobre una mitad indivisa de la misma, cuando el embargante es la esposa y el embargado el marido, siendo así que ambos cónyuges están separados judicialmente.

Dada la separación de los cónyuges, la sociedad conyugal se halla disuelta, pero, o bien no se ha liquidado, o bien, como afirma la recurrente, la finca se omitió en la liquidación. En todo caso, es lo cierto que, respecto de la finca, la sociedad conyugal no ha sido liquidada, y, como ha dicho reiteradamente este Centro Directivo (*vid*. Resoluciones citadas en el «vistos»), disuelta la sociedad de gananciales pero no liquidada, no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes que la integran y de la que puedan disponer separadamente, o que pueda ser embargada separadamente, sino que, por el contrario, la participación de aquéllos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo, en tanto que conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación, que presupone la actuación conjunta de ambos cónyuges o sus respectivos herederos, y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias, esta cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudiquen en dichas operaciones.

En el presente supuesto alega la recurrente que el resto de los bienes que correspondían a la sociedad conyugal fueron liquidados, por lo que la finca objeto de este recurso corresponde por mitad y pro indiviso a cada uno de los cónyuges, pero, sobre ser una afirmación que se realiza en momento procedimental no atendible (*cfr*. artículo 326 de la Ley Hipotecaria), para que sea así sería necesaria la liquidación correspondiente, que no puede realizarse por voluntad unilateral de uno solo de los cónyuges.

SUCESIONES

No es inscribible en el Registro una escritura de aceptación de herencia y entrega parcial de legados a favor de uno de los legitimarios, efectuada unilateralmente por el heredero legitimario, sin previa intervención de los demás legitimarios en la disolución de la sociedad de gananciales y partición de la herencia.

RESOLUCIÓN DE 9 DE MARZO DE 2008

Como cuestión formal previa, relativa a la forma de la calificación, debe recordarse que según reiterada doctrina de este Centro Directivo (*cfr.* por todas la Resolución de 31 de enero de 2007) las normas reguladoras del procedimiento de calificación registral excluyen inequívocamente la posibilidad de una calificación verbal o con formalidades menores que las legalmente establecidas y la pretendida existencia de una fase previa de calificación material no sujeta a tales formalidades. Así resulta palmariamente no sólo de la letra del artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria –introducido por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre–, al exigir en todo caso que la «calificación negativa» deba ser firmada por el Registrador y tenga el contenido formal en dicha norma establecido (de modo que, además, es esa calificación la que ha de ser objeto de la notificación impuesta por el artículo 322 de la Ley Hipotecaria), sino también de la interpretación sistemática y finalista de dicha normativa, dirigida como está al aumento de las garantías del interesado en la inscripción y al incremento de la celeridad del procedimiento registral. Por lo demás, esta interpretación resulta confirmada por lo establecido en el párrafo segundo del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, según ha sido redactado por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, al prevenir que el plazo máximo para inscribir el documento será de quince días contados desde la fecha del asiento de presentación. Y de todo ello se deriva que, de proceder de otro modo, ha de entenderse que se trata de una calificación incompleta, con las consecuencias de toda índole que se derivan de tal circunstancia –*cfr.* artículo 313, apartados A).h), B).b) y j), y C), de la Ley Hipotecaria– (*vid.* la Resolución de 26 de mayo de 2006).

Se debate en este recurso si es inscribible en el Registro una escritura de aceptación de herencia y entrega parcial de legados a favor de uno de los legitimarios, efectuada unilateralmente por el heredero legitimario, sin previa intervención de los demás legitimarios en la disolución de la sociedad de gananciales y partición de la herencia. El recurrente se basa en que el heredero legatario tiene facultad para tomar posesión del legado por ser en pago de su legítima y por tratarse de una partición testamentaria, de manera que –a su juicio– la partición debería ser directamente inscribible sin perjuicio del derecho de los demás legitimarios a ejercitar acción de rescisión de la partición si perjudicara la legítima.

La cuestión de si es posible la entrega de legados de cosa específica a favor de determinados herederos forzosos (prelegatarios) habiendo otros herederos forzosos que no prestan su consentimiento, y sin que conste haberse realizado previamente la disolución de la sociedad conyugal, así como el inventario, la liquidación y adjudicación de la herencia en su totalidad y, consiguientemente, sin que haya sido determinado el haber hereditario correspondiente a los herederos forzosos que no intervienen en la escritura, ya se ha pronunciado este Centro directivo (véanse Resoluciones citadas en los vistos) en el sentido de que no es posible la entrega sin que preceda la liquidación y partición de la herencia con expresión de las operaciones particionales de las que resulte cuál es el haber y lote de bienes correspondientes a los herederos forzosos cuyo consentimiento para la entrega de los legados no consta, «porque solamente de este modo puede saberse si dichos legados se encuentran dentro de la cuota de que puede disponer el testador y no se perjudica, por tanto, la legítima de los herederos forzosos».

La circunstancia de que el prelegado sea en pago o asignación de legítima no es argumento en contrario, pues precisamente de lo que se trata es de garantizar el respeto a la legítima de todos los herederos forzosos y no sólo del prelegatario. Tampoco modifica este criterio el que el testador hubiera hecho la partición, dentro de la cual figuran los prelegados que se pretenden inscribir, pues se desconoce si en el momento del fallecimiento del causante subsistían o no los demás bienes prelegados ordenados por el causante a favor de los herederos forzosos no comparecientes.

La solución normativa a los casos de adjudicación parcial de bienes hereditarios pasa por el otorgamiento de escritura pública en la que presten su consentimiento todos los interesados [artículo 80.c)

del Reglamento Hipotecario], de manera que la posibilidad de inscripción a favor del prelegatario en virtud de escritura de manifestación de legado está limitada al supuesto de que no existan legitimarios y aquél esté expresamente facultado por el testador para posesionarse de la cosa legada [artículo 81.a) del mismo Reglamento Hipotecario], supuestos que no concurren en este caso.

Revista de Derecho de familia

SECCIÓN PRÁCTICA

El acuerdo sobre la custodia compartida y su eficacia en los tribunales

Al redactar un convenio regulador el primer escollo que nos vamos a encontrar es poner de acuerdo a los progenitores en torno a qué régimen de custodia va a pactarse. Si ambos muestran su conformidad en que la custodia de los hijos sea compartida ¿podremos asegurar a los clientes que este tipo de custodia será respetado por el juzgado cuando se presente la demanda matrimonial? La respuesta es bien sencilla: nunca podremos tener la seguridad de que el tribunal vaya a homologar esta cláusula ni en su integridad ni parcialmente.

Aunque inicialmente la redacción del artículo 92.5 del CC –«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»– pudiera hacernos creer que si los progenitores pactan la custodia compartida el juzgado no tiene otra opción que aprobar dicha cláusula. La realidad es que la interpretación que de forma unánime están haciendo nuestros tribunales del artículo 92 del CC dista mucho de la aprobación automática de la custodia compartida. Y ello es así, porque la interpretación sistemática de dicho precepto obliga al tribunal a analizar las circunstancias que concurren en cada caso para comprobar si el régimen de visitas propuesto ampara suficientemente el interés de los hijos. Dicho en otros términos, la decisión sobre la custodia de los hijos sigue siendo una materia perteneciente al *ius cogens* o derecho necesario que está al margen de las medidas de carácter dispositivo de las partes. Además debe recordarse que, conforme a lo indicado en el artículo 90 del CC, «Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos», por lo que si de lo actuado en el procedimiento de mutuo acuerdo se deduce que la custodia no ampara los intereses de la custodia compartida, podrá ser denegada por el tribunal.

Aunque la reforma del Código Civil operada por la Ley 15/2005 ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico la custodia compartida no debemos olvidar que no se establece como sistema prioritario sino como una excepción a la regla. Como señala el magistrado Pascual Ortuño, «el legislador ha introducido la modalidad de la custodia conjunta, pero no puede disimular su enorme recelo ante la misma, por lo que construye el sistema en torno a la apreciación judicial de la conveniencia de establecerla en cada caso concreto, de la idoneidad de ambos progenitores para ejercerla, y de la suficiencia de las cautelas o mecanismos que se implanten para garantizar la exención de situaciones de riesgo». Con esto queremos poner de manifiesto que la propuesta de los progenitores en relación con la custodia compartida se va a analizar minuciosamente tanto por el Ministerio Fiscal como por el Tribunal. Por ello, como apunta la magistrada Emelina Santana Páez, convendría que las demandas justificasen en alguna medida

la conveniencia de las medidas acordadas, haciendo llegar al Juzgado, a través del escrito de demanda, las razones y circunstancias (incluso de hecho: domicilios, colegios,...) que han motivado esa decisión, si se va a iniciar tras el acuerdo, o si éste recoge lo que se viene haciendo desde hace tiempo, y, en ese caso, la evolución de la situación».

La atribución de la custodia compartida en un procedimiento consensual exige la concurrencia de distintos requisitos:

A) Requisitos subjetivos

La custodia compartida debe ser solicitada por ambos cónyuges en el convenio regulador, aunque también podría admitirse que inicialmente se pactase la custodia monoparental y posteriormente alcanzasen el acuerdo de la custodia conjunta. La referencia que se contiene en el artículo 92.5 del CC al acuerdo alcanzado «en el transcurso del procedimiento» no tiene por qué limitarse al procedimiento contencioso.

B) Requisitos de fondo

La libertad que tienen los progenitores para pactar la custodia compartida se limita por el legislador en el artículo 92.7 del CC en los siguientes supuestos:

– No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos.

– Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

El problema es que al tratarse de un procedimiento de mutuo acuerdo con casi toda seguridad los cónyuges no van a hacer ninguna mención ni en la demanda ni en el convenio regulador a la existencia o no de actuaciones penales. Antes recomendamos que dentro de la cláusula de la custodia compartida se incluyese una referencia a este extremo. De todas formas, entendemos que será misión del tribunal preguntar a los cónyuges sobre este extremo en el momento de ratificación del convenio regulador, siendo quizás excesivo que el tribunal de oficio –salvo que exista una sospecha– realice indagaciones en los registros oficiales.

Aunque no figura entre las limitaciones legales para la aprobación de la custodia compartida, también habrá que considerar que no puede aprobarse este tipo de custodia cuando los progenitores residan en lugares muy separados y lo acordado por los progenitores obligue a los hijos a cambiar de colegio en los períodos en los que conviven con cada uno de los progenitores. En estos casos, la custodia compartida deberá adaptarse a esta circunstancia, pudiendo admitirse que, por ejemplo, si los padres residen en distintos países, durante el curso escolar residan con un progenitor y durante las vacaciones escolares con otro.

C) Requisitos formales

Según establece el artículo 92.6 del CC, «En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda».

Por su parte, en el apartado noveno del citado artículo 92 del CC se indica que «El

Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores».

En relación con el informe del Ministerio Fiscal, hay que aclarar que en los procedimientos de mutuo acuerdo en los que la custodia compartida es solicitada por ambos progenitores, el legislador no exige que aquél sea conforme con esta petición, dado que el apartado octavo del artículo 92 del CC es aplicable exclusivamente a los procedimientos contenciosos.

Cuando los progenitores han propuesto la custodia compartida, como apunta el magistrado Herrera Puentes, lo normal será que el juez solicite en el acto de ratificación las oportunas aclaraciones a los interesados, para luego hacer las observaciones y matizaciones que estime oportunas en la sentencia.

Si finalmente el tribunal homologa el pacto de custodia compartida, señala el artículo 92.5 del CC que «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», de lo que cabe deducir que el tribunal deberá razonar por qué se aprueba la custodia compartida, es decir, debe motivar la decisión de aceptar la custodia compartida.

En el supuesto de que el tribunal deniegue la custodia compartida, igualmente será exigible que se razone el motivo de dicha decisión. La denegación o no aprobación ha de hacerse mediante resolución motivada y en tal caso los cónyuges, dentro del plazo de 10 días legalmente previsto (artículo 777.7 de la LEC), sobre los puntos no aprobados deberán someter a la consideración del Juez una nueva propuesta. Es decir, el Juez ha de dar una explicación fundada del porqué de su actuación denegatoria y además ha de conceder a las partes la oportunidad de rectificar. En este sentido señaló la SAP de Toledo de 12 de febrero de 2008 que «El único motivo de recurso contra la sentencia dictada en la instancia, en demanda de divorcio de mutuo acuerdo, es el relativo al punto segundo del convenio regulador, "la guardia y custodia del hijo menor del matrimonio, Alejandro, será compartida por ambos progenitores, en la misma medida que la patria potestad, esto es, a partes iguales"; y que la resolución recurrida varía en forma sorprendente, pues pese a la conformidad y a no existir dato alguno que aconseje lo contrario, establece que la guardia y custodia corresponde a la madre, y la patria potestad la reitera como compartida. El motivo y el recurso debe ser acogido. En el procedimiento seguido para el divorcio de los litigantes, no cumplió la Juez *a quo* con las prevenciones del artículo 92 del CC, ni el Ministerio Fiscal, en interés del menor, apreció que la ampliación de informe que se solicitaba, en orden a la guardia y custodia del menor no se evacuaba conforme a lo solicitado, informándose sobre otros aspectos del convenio, lo que ha sido corregido en la presente alzada (artículos 465.3 de la LEC y 92 del CC). Lo cierto es que los progenitores, en el convenio regulador de su separación acuerdan la guarda y custodia compartida, y sin perjuicio de que el régimen que se establezca en sentencia no deja de ser sustitutorio de la voluntad de los otorgantes, nos hallamos en presencia de unos progenitores que se separan –al parecer–, en la mejor de las armonías, la que quieren proyectar sobre su hijo común y en su exclusivo interés, por lo que ese acuerdo de voluntades sólo puede ser sustituido por el juez si existen poderosísimas y razonadas razones que hicieran preciso variar ese acuerdo, lo que aquí se hace sin motivación alguna, y con un alegato huero de toda correlación con el hecho que

se contempla. Son los ex cónyuges los que, conforme a la normativa del Código Civil, regulan su separación y sientan las bases de la misma, siendo la intervención judicial sólo proyectable sobre los hijos menores de existir y hacerse necesaria en aplicación del principio *favor filii* y en el supuesto de que el mismo no se salvaguarde en debida forma por los padres; y lo que, desde luego, no sucede en el supuesto que se analiza; siendo consecuencia de lo expuesto la revocación de la sentencia en este extremo y, con ello, la íntegra aprobación del convenio regulador que regula el divorcio que se examina».

El magistrado Herrera Puentes recomienda que el Juez, cuando examine un convenio, no ha de actuar con rigor sino con flexibilidad, y cuando algo de su contenido llame su atención, antes de adoptar cualquier decisión, debe escuchar atentamente las explicaciones de los progenitores y, en su caso, a los hijos, y luego actuar. Posiblemente, y en no pocas ocasiones, resulte aconsejable mantener el acuerdo alcanzado, aunque se dude de su eficacia futura. Es decir, a veces es preferible esperar y ver cómo se proyecta lo acordado antes de promover un cambio. No hay que olvidar que existen mecanismos legales que permiten que el convenio aprobado pueda ser revisado después de un tiempo de vigencia. El problema, conforme a la normativa sustantiva y procesal vigente, se presenta cuando el Juez, en principio y de manera motivada, rechaza la aprobación de un acuerdo y los implicados en el procedimiento insisten en el mismo o no proponen convenio nuevo, ya que el legislador obliga al Juez a resolver sobre la cuestión y la medida que se vea afectada por ello no puede por tanto quedar vacía de contenido. Todo ello implica que el Juez en un procedimiento, como lo es el de mutuo acuerdo, sencillo y pensado para supuestos en los que no existe discrepancia, tenga que resolver, sin posibilidad de practicar prueba, cuestiones sobre las que han surgido diferencias, aunque no hayan sido queridas ni introducidas por las propias partes.

Por su parte, señala la magistrada Emelina Santana Páez que «la falta de aprobación de un convenio se fundamentará no tanto en la procedencia de la custodia compartida, como en la forma y modo en que la misma se plantee, y en que necesariamente los cambios que se deriven de la modalidad de guarda propuesta no superen la capacidad de adaptación de los menores. Ello exige necesariamente valorar la idoneidad del régimen de custodia propuesto; difícil tarea para el acto de ratificación en el que tanto Juez como Ministerio Fiscal han de valorar que existe un nivel de comunicación adecuado entre ambos progenitores, para que puedan abordar los problemas que el cuidado de los niños conlleva, que tengan criterios y pautas de educación ajustadas, tolerantes y, sobre todo, de respeto hacia la figura del otro progenitor. Incluso, en puridad, deberíamos cerciorarnos de que esa medida acordada es fruto de un período previo de reflexión sosegada, desapasionada, tras haber valorado todas las alternativas, y las posibilidades reales de llevarla a cabo, y no fruto de presiones o la única forma de dar solución a la crisis, con una "tenencia" equitativa de los hijos. Eso es difícil en muchas ocasiones en esa primera fase de ruptura, en la que en muchas ocasiones es acusada la proyección de las frustraciones y reproches de ambos respecto a su separación».

Por último, apuntar los siempre acertados comentarios del magistrado Utrera Gutiérrez, en cuanto a que «la voluntad del legislador en la Ley 15/2005 es la de respetar la decisión de los progenitores en cuanto a la forma de organizar la convivencia post ruptura del grupo familiar, salvo supuestos excepcionales. Así se plasma en la Exposición de Motivos de la Ley donde se habla de que en la adopción de las medidas "La intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto, o el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores...", o respecto al ejercicio de la patria potestad "Se pretende reforzar con esta ley la liber-

tad de decisión de los padres...", o finalmente en materia de guarda "... los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida". Por tanto y aunque en la práctica como regla general deba respetarse la decisión de los progenitores en cuanto al ejercicio conjunto de la guarda, pues ésa ha sido la voluntad del legislador, es evidente que, en casos excepcionales donde se ponga de manifiesto un perjuicio importante para el menor, el régimen de guarda conjunta propuesto en convenio puede ser rechazado por el Juez "en interés del menor"».

Casos prácticos

I CUESTIONES PROCESALES

Después de presentarse la demanda de divorcio, consta el inicio de actuaciones penales contra el padre por un presunto delito contra la libertad sexual frente a su hija. ¿Esta circunstancia motiva que deba acogerse la excepción de prejudicialidad penal y dejar en suspenso el procedimiento de divorcio?

En este caso, el proceso penal no puede condicionar que se resuelva la demanda de divorcio y otros efectos o medidas derivados del mismo, como la determinación del uso del domicilio familiar, la fijación de una pensión alimenticia, la atribución de la guarda y custodia, etc. Es obvio que la resolución definitiva que se dicte en la causa penal puede afectar al mantenimiento de la patria potestad, a su limitación o a su extinción, como también puede afectar a la fijación de un régimen de visitas amplio, restringido, su suspensión o su limitación, si efectivamente el padre hubiera cometido algún hecho tipificado como delito contra la libertad sexual, cuyo sujeto pasivo fuera la hija.

2 CONVENIO REGULADOR

La vivienda familiar es propiedad privativa del esposo y en el convenio regulador de la separación se acordó atribuir a la esposa e hijo su uso por un plazo de cinco años. ¿Sería admisible un pacto dentro del convenio regulador según el cual, llegada la fecha en que la esposa tuviese que abandonar la vivienda familiar, tendría que abonar 100 euros diarios por cada día de retraso en la entrega?

Dicho pacto tendría plena validez dado que finalizada la atribución del uso de la vivienda, la cláusula penal tiende a garantizar que el esposo recupere la posesión de su inmueble, y por tanto no es contraria a ninguna norma sustantiva, ni contraria a la buena fe ni supone un abuso de derecho.

3 RÉGIMEN DE VISITAS

La madre ha presentado un escrito al juzgado solicitando la suspensión del régimen de visitas del menor de 12 años alegando que éste no quiere ir más con el padre ¿Qué motivos puede alegar el padre para oponerse a esta petición?

La suspensión de la relación paterno-filial debe estar basada en una causa objetiva que sea constatable por el tribunal. La mayoría de los juzgados y tribunales entienden que incluso aunque haya cierta animadversión del menor hacia la figura paterna, la voluntad de un niño de tan sólo 12 años de edad, no puede tenerse como causa justificadora de la suspensión de la comunicación paterno-filial, pues a tal edad se está en el desarrollo de la personalidad y de las facultades cognoscitivas y volitivas.

4 EJECUCIÓN DE SENTENCIA

La hija mayor de edad, que convivía con la madre en el domicilio familiar y a cuyo favor se fijó una pensión alimenticia de 300 euros, ha abandonado el domicilio familiar y convive con la abuela materna. Como el padre no abona la pensión alimenticia ha presentado una demanda de ejecución de la sentencia de separación reclamando las pensiones no abonadas y los incrementos del IPC. ¿Puede estimarse dicha pretensión?

Teniendo en cuenta que el título de ejecución es la sentencia de separación, la hija carece de legitimación para pedir su cumplimiento ya que no fue parte en aquel procedimiento y, obviamente, tampoco puede serlo en la ejecución y ello aunque la destinataria del importe de la pensión alimenticia sea la hija, dado que la administración corresponde a la madre.

5 CUESTIONES PROCESALES

Un Juzgado de Instrucción que tenía atribuidas competencias sobre Violencia contra la Mujer conoció del procedimiento de divorcio. Con posterioridad se creó en dicha ciudad un Juzgado específico de Violencia de Género. ¿Qué juzgado será competente para conocer de la demanda de ejecución presentada por la esposa?

El proceso de ejecución de la sentencia de divorcio debe ser conocido por el propio órgano judicial que dictó la resolución, en base a las prescripciones de los artículos 524 y 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según se trate de ejecución provisional o definitiva de la sentencia, y ello con independencia de la puesta en funcionamiento del Juzgado específico de Violencia contra la Mujer, que carece de competencia para la función de hacer cumplir lo juzgado en virtud de sentencia de otro órgano jurisdiccional.

6 EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Tras interponerse un procedimiento de modificación de medidas por el ex esposo solicitando la extinción de la pensión compensatoria y subsidiariamente su reducción, y habiendo solicitado expresamente la concesión de efectos de la sentencia desde la fecha de interposición de la demanda, la ex esposa instó la ejecución de la demanda de separación reclamando una serie de pensiones impagadas. ¿Puede oponerse el ex esposo a la ejecución alegando prejudicialidad civil?

No, la prejudicialidad civil no puede alegarse como causa de oposición a la ejecución de una sentencia, ya que ésta debe cumplirse en sus propios términos con independencia de lo que pueda acordarse en el procedimiento de modificación de medidas si la sentencia finalmente concede efectos retroactivos a la extinción o reducción de la cuantía de la pensión.

7 REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Los cónyuges son propietarios de dos inmuebles, si bien existe una gran diferencia de valor entre uno y otro. La esposa solicita la adjudicación del que tiene mayor valor al esposo con la obligación de compensarla económicamente con la diferencia. Como se trata de una importante cantidad, el esposo no muestra su conformidad con dicha adjudicación solicitando que se mantenga la indivisión en la copropiedad. ¿Puede la sentencia adjudicar los inmuebles tal y como solicita la esposa?

Con la finalidad de poner fin a la indivisión de los bienes, tanto el contador-partidor como los tribunales tienen facultades para acordar adjudicaciones que lleven aparejado un exceso de adjudicación, si bien, si éste es de una importante cantidad, parece razonable que, como requisito previo, exista consentimiento o aquiescencia del cónyuge que tiene que abonar el exceso. Faltando el mismo, y salvo que se aprecie un evidente abuso de derecho, las adjudicaciones tendrán que incluir la mitad de cada uno de los inmuebles a pesar de que esto conlleve la necesidad de instar en un futuro la acción de división de cosa común.

8 REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

En las adjudicaciones finales de la liquidación de la sociedad de gananciales correspondió a la esposa el inmueble que había constituido la vivienda familiar con la obligación de asumir en solitario el préstamo hipotecario que lo grava. Una vez que alcanzó firmeza la resolución que aprobó el cuaderno particional, el ex esposo presentó una demanda de ejecución solicitando que se requiriese a la ex esposa para que realizase las actuaciones necesarias a fin de que le hiciese desaparecer de la escritura de préstamo hipotecario. ¿Puede prosperar esta demanda de ejecución?

Entendemos que no, dado que en el cuaderno particional no se incluía ninguna obligación de hacer por parte de la ex esposa que fuese más allá que asumir en solitario los vencimientos del préstamo hipotecario. Además, la liberación formal del ex esposo de la responsabilidad personal que asumió en el momento de la suscripción del préstamo hipotecario no depende de la ex esposa sino de la entidad bancaria que, con toda seguridad, se negará a eliminar una garantía para el cobro del crédito. Otra cuestión totalmente distinta es que en el cuaderno particional o en la sentencia se hubiese incluido la obligación de la ex esposa de suscribir un nuevo préstamo hipotecario para cancelar el anterior.

9 EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Después de tramitarse una demanda de ejecución por incumplimiento del régimen de visitas, la madre ha interpuesto un recurso de apelación contra el auto que puso fin al incidente solicitando al mismo tiempo la nulidad de actuaciones por no haber intervenido el Ministerio Fiscal en la ejecución. ¿Existe causa para declarar la nulidad de actuaciones?

La verdad es que no hay un criterio unánime en los juzgados y tribunales, aunque la tesis mayoritaria (por todas el Auto de la AP Granada, Sec. 5.ª, de 10 de diciembre de 2008) apunta a que salvo que el Ministerio Fiscal sea quien, en interés de los hijos menores, inste la ejecución de sentencia (hecho sumamente difícil), en el resto de supuestos no intervendrá en la fase de ejecución de sentencia tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 538.1 en relación con el 749.2 de la LEC. Por consiguiente, siguiendo esta tesis, no entendemos que exista causa para declarar la nulidad de lo actuado. Además, si cuando se dictó el auto despachando ejecución ninguna de las partes alegó la necesidad del traslado al Ministerio Fiscal no creemos que posean legitimación para solicitar la nulidad de actuaciones por ese motivo.

10 PENSIÓN ALIMENTICIA

Los cónyuges se separaron de mutuo acuerdo acordándose que la madre tuviese la custodia de los hijos y que el padre pudiese relacionarse con ellos durante

los fines semana alternos y la mitad de las vacaciones escolares, estableciéndose también una visita intersemanal con pernocta durante las semanas en las que los hijos no estuviesen el fin de semana con el padre. Sin embargo, el padre se ha limitado a ver a los hijos algunos domingos y a llevárselos de vacaciones 10 días en el verano. ¿Este incumplimiento del régimen de visitas puede ser causa para solicitar un aumento de la pensión alimenticia?

La jurisprudencia no ha considerado que esta circunstancia suponga una causa automática para el aumento de la pensión alimenticia, si bien, ha entendido que si el incumplimiento del régimen de visitas genera mayores cargas para la madre y éstas estuviesen debidamente acreditadas sí podríamos estar ante una causa de modificación de la cuantía de la pensión alimenticia. En un caso analizado por la AP de Navarra de 26 de noviembre de 2008 se acordó el aumento de la pensión alimenticia al quedar acreditado que la esposa tuvo que contratar a una tercera persona para que se hiciese cargo de los hijos en la tarde de los miércoles y en algunos fines de semana.

II CUESTIONES PROCESALES

Como formaba parte del debate litigioso la custodia de los hijos, el juzgado acordó la práctica de un informe por el equipo técnico adscrito al Juzgado de Familia. Tras la emisión del informe, el Juzgado dictó providencia dando traslado del mismo a las partes para que formulasen alegaciones y posteriormente dictó sentencia. Al interponer el recurso de apelación una de las partes solicita la nulidad de actuaciones al no haberse convocado a vista a las partes para poder formular preguntas y aclaraciones a los integrantes del equipo técnico, ¿puede acogerse esta pretensión?

Entendemos que sí ya que se ha producido indefensión a las partes al habérseles denegado la intervención en la prueba pericial que le otorga el artículo 346 de la LEC, impidiendo con ello que pudiesen plantear al perito aquellas observaciones, aclaraciones o preguntas que el dictamen presentado por escrito pudiera suscitar.

I2 EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Iniciada una ejecución de sentencia por impago de la pensión alimenticia, el padre se opone alegando pluspetición por reclamarse más cantidad de la debida al no haberse contabilizado los ingresos que el abuelo paterno hizo en la cuenta donde estaba domiciliado el pago de la pensión. ¿Puede prosperar esta causa de oposición?

La respuesta a esta cuestión jurídica exige diferenciar las entregas de dinero o regalos que puedan efectuar los abuelos directamente a los nietos y aquellos ingresos que los abuelos realizan en la cuenta corriente donde está domiciliada la pensión. Respecto a los primeros la jurisprudencia considera que no tiene el efecto de extinguir parcialmente la obligación alimenticia que recae sobre el padre, si bien, en cuanto a los segundos existen resoluciones judiciales (AP de Granada, Sec. 5.ª, Auto de 14 de enero de 2009) que los admiten como pagos realizados por terceros a cuenta de la pensión alimenticia que debe abonar el padre.

I3 RÉGIMEN DE VISITAS

El padre, de nacionalidad colombiana, abandonó nuestro país y se desconoce actualmente su paradero. La esposa ha interpuesto una demanda de divorcio y solicita la no fijación de régimen de visi-

tas a favor del padre, ¿Puede acceder el Juzgado a esta petición?

Creemos que sí, dado que carece de sentido fijar un régimen de visitas si se desconoce cuándo va a regresar el padre a nuestro país. Si tal regreso se produce será el momento de que aquél inicie el correspondiente procedimiento de modificación de medidas para conseguir, en base a las circunstancias que concurran en ese instante, la fijación de un régimen de visitas.

14 PENSIÓN ALIMENTICIA

El padre ha estado pagando la pensión alimenticia durante los últimos siete años sin practicarse sobre ésta actualización alguna. Ahora la madre, en una demanda de ejecución, actualiza la pensión y reclama los atrasos de las pensiones que abonó y las que debió abonar. ¿Puede alegarse la doctrina de los actos propios para oponerse a la actualización y a la reclamación de atrasos?

Cuando se está ejercitando un derecho propio del acreedor derivado de la Sentencia, no cabe hablar de actos propios ni de actitud contraria a la buena fe o retraso desleal en solicitar la actualización salvo, lógicamente, la imposibilidad de reclamar aquellas cantidades que puedan ser declaradas prescritas conforme prevé el artículo 1966 del CC.

15 VIVIENDA FAMILIAR

Se ha otorgado el uso de la vivienda familiar a la esposa e hijas dándose la circunstancia de que aquélla es propiedad privativa del esposo. En la sentencia se ha acordado al mismo tiempo que la esposa haga frente al 50% del préstamo hipotecario que grava la vivienda. ¿Debe admitir este pronunciamiento?

La esposa deberá recurrir la sentencia y solicitar la revocación de esta medida ya que no hay base legal, una vez rota la economía familiar, para imponer a la ex cónyuge no titular una obligación relativa a un bien que no es común y cuyo sostenimiento, sufragando la carga hipotecaria que sobre él pesa, no puede constituir un levantamiento de cargas familiares, sin que los deberes para el sostenimiento de los hijos puedan amparar el deber que se impone.

16 REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

En la liquidación de la sociedad de gananciales el esposo ha solicitado el derecho de atribución preferente en relación con unas fincas rústicas y que él lleva personalmente administrando durante los últimos diez años. La esposa se opone alegando que su esposo no explota directamente las fincas sino que están arrendadas a terceras personas aunque aquél sea el que se encargue de buscar a los arrendadores y llevar la administración de los ingresos y gastos. ¿Estamos realmente ante un derecho de atribución preferente?

No estamos ante un supuesto de derecho de atribución preferente de los regulados en el artículo 1406 del CC habida cuenta que el marido no desarrolla ninguna actividad agrícola en las fincas, siendo intrascendente que sea quien desde hace años se encargue de buscar arrendadores y cobrar las rentas.

17 GUARDA Y CUSTODIA

La madre tiene previsto, por razones laborales, trasladar su residencia al extranjero para el próximo curso escolar, ante la oposición del padre, se cuestiona

cómo debe canalizar la petición ante el Juzgado de Familia si por vía de ejecución de sentencia, de acuerdo por los trámites del artículo 158 del CC, o bien presentando una demanda de modificación de medidas.

No nos hallamos propiamente ante un caso de ejecución forzosa de un pronunciamiento de una sentencia firme dictada en un procedimiento matrimonial, sino de una incidencia derivada de un hecho nuevo, cual es la comunicación de la madre de que se traslada, por razones laborales, al extranjero. Tal hecho plantea una incidencia relativa al ejercicio de la patria potestad, en cuanto afecta directamente a la menor, y a la extensión del régimen de custodia materna atribuida en la sentencia, cuyo cauce resolutorio no es el de una demanda ejecutiva, fundada en la realización forzosa de una decisión judicial incumplida. Otra cosa sería si en la sentencia, título ejecutivo (artículo 517.2.1 de la LEC), se hubiese acordado que la madre no podría trasladarse con su hija al extranjero sin acuerdo entre las partes, o, en su caso, decisión judicial, mas no es éste el supuesto que nos ocupa, en el que la resolución que se pretende ejecutar nada dice al respecto. Nos encontramos, pues, ante un caso distinto, ante una incidencia derivada de un traslado al extranjero, cuyas consecuencias jurídicas: cambio de custodia al padre para que la menor no se traslade fuera del país, nueva fijación del régimen de visitas, ponderando el principio *favor filii*, no son las propias de una ejecución de sentencia en cuyo trámite no se discute ni se dirimen discrepancias, sino que se procede a la realización forzosa mediante la coerción estatal de una decisión dictada en una fase previa declarativa del proceso en la que las partes han podido alegar y probar lo que estimaron oportuno. Por tanto, consideramos que lo procedente será la presentación de una demanda de modificación de medidas.

18 REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

En la sentencia de separación se fijó a favor de la hija una pensión alimenticia de 600 euros al mes. No habiendo el padre hecho efectiva la pensión, la madre interpuso demanda de ejecución reclamando todas las pensiones impagadas y solicitando el embargo de la vivienda familiar que pertenecía a ambos cónyuges en régimen de ganancialidad, régimen que está disuelto pero no liquidado. ¿Puede anotarse el embargo de la vivienda en el Registro de la Propiedad?

Es una cuestión que ha sido resuelta en innumerables ocasiones por la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de 30 de junio de 2003, 20 y 23 de abril de 2005, y 16 de enero de 2009) en el sentido de que no cabe practicar anotación de embargo sobre una parte indivisa de finca que consta inscrita como ganancial cuando la sociedad de gananciales se ha disuelto pero no consta su liquidación y posterior adjudicación de cuotas o bienes concretos, de forma que, para que el embargo sea anotable, deberá referirse a la cuota global que corresponda al cónyuge demandado sobre el patrimonio ganancial, y no a bienes concretos.

19 PENSIÓN COMPENSATORIA

La esposa se ha adjudicado en la liquidación de gananciales un importante patrimonio que, sin duda, le generará rentas suficientes para mantener la misma posición económica que cuando estaba constante el matrimonio. Ahora ha presentado demanda de divorcio y ha solicitado la fijación de una pensión compensatoria, pero el esposo se opone a su fijación alegando que aquella dis-

pone de un importante patrimonio que le permite cubrir todas sus necesidades. ¿Podrá estimarse esta causa de oposición a la fijación de una pensión compensatoria?

Entendemos que no, dado que es jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales que el resultado de la liquidación de gananciales no condiciona en absoluto la procedencia de una pensión compensatoria. En su Sentencia de 10 de marzo de 2009 el Alto Tribunal señaló que era 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.

Revista de Derecho de familia

DERECHO COMPARADO

UN «FANTASMA» RECORRE LATINOAMÉRICA EN LOS ALBORES DE ESTE SIGLO: EL DIVORCIO POR MUTUO ACUERDO EN SEDE NOTARIAL

LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO

PROFESOR TITULAR Y PRINCIPAL DE DERECHO NOTARIAL. FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSIDAD DE LA HABANA

Sumario

I. EL NOTARIO ANTE UN NUEVO RETO: LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO POR MUTUO ACUERDO

II. ¿LE ES DABLE AL NOTARIO EL CONOCIMIENTO DEL DIVORCIO POR MUTUO ACUERDO?

III. LA EXPANSIVA OLA DE LA DESJUDICIALIZACIÓN DEL DIVORCIO EN LATINOAMÉRICA. EL EFECTO REFLEJO

IV. EL DIVORCIO POR MUTUO ACUERDO ANTE NOTARIO EN LOS DERECHOS LATINOAMERICANOS: UN ESBOZO COMPARATIVO

IV.1. Razones que han motivado la desjudicialización

IV.2. Ámbito de aplicación objetiva de las normas

A) El divorcio por mutuo acuerdo sin hijos ¿y también con hijos menores de edad o incapacitados judicialmente?

IV.3. Atribución de competencia: ¿Exclusiva o compartida?

A) Reglas de atribución de competencia notarial.

IV.4. Comparecencia de los cónyuges: por sí o por representación

A) Intervención de abogados. ¿Necesaria o no?

IV.5. Requisitos formales o procedimentales. El escrito de solicitud o petición

A) Documentos que han de aportarse para acreditarse los particulares narrados en el escrito de solicitud o petición.

IV.6. Audiencia notarial ¿única o varias?

IV.7. Necesidad o no de intervención de la fiscalía, defensoría familiar, ministerio público u otras instituciones de análoga naturaleza

IV.8. El régimen de convenciones a adoptar: el control notarial de legalidad y el de equidad

A) Especial referencia a la extinción y disolución del régimen económico-matrimonial.

IV.9. Instrumento público notarial en el que se ha de hacer constar el divorcio. Efectos

IV.10. Inscripción registral del divorcio ante notario. La expedición de copias

V. A MODO DE EPÍLOGO: LOS VIENTOS SOPLAN A NUESTRO FAVOR

VI. BIBLIOGRAFÍA

I. EL NOTARIO ANTE UN NUEVO RETO: LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO POR MUTUO ACUERDO

La función del notario siempre ha estado cargada de retos, de desafíos constantes que le ha impuesto el devenir de la humanidad. Y ha sabido salir airoso de ellos. Cada día el notariado latino se expande no sólo geográfica y culturalmente, sino también en el espectro de su competencia material. Hoy día ha tocado a sus puertas el divorcio por mutuo acuerdo. Se la hemos abierto de par en par y hemos precautelado los intereses de la propia familia, por mal entendido que ello resulte a autoridades gubernativas o eclesiásticas, «notarializar» el divorcio por mutuo acuerdo no puede entenderse como una liviandad del legislador.

No tengo dudas de que la familia, célula esencial en cualquier sociedad, requiere una tuición especial. Las instituciones del Derecho de Familia no pueden tener el mismo tratamiento legal que las del Derecho Civil patrimonial, porque su naturaleza es diferente, es más sensible, más espiritual, más emotiva, pero aun así, el Derecho Notarial, como Derecho cautelar, preventivo por excelencia, puede garantizar el pleno y efectivo ejercicio de los derechos subjetivos en su estadio no patológico. Con ello, gana la sociedad, y especialmente la familia. Los recientes cambios normativos en sede familiar, la desjudicialización del divorcio sin hijos en Brasil, Ecuador y Perú, atribuyéndose su competencia a los notarios, e incluso con hijos en países como Colombia y Cuba, el conocimiento en sede notarial de la autorización del matrimonio, de la delación voluntaria y testamentaria de la tutela, incluso

de la adopción en algunos países de Centroamérica, amén de la instrumentación de las capitulaciones matrimoniales por escritura pública, dan prueba de la confianza que los legisladores nacionales tienen en el Notariado. Estas novedades legislativas son fiel expresión de los vientos que soplan en Latinoamérica a favor de la institución notarial. Afianzan la credibilidad en el notariado. Ello, sin sacrificar ni un ápice la seguridad jurídica, la protección del interés superior del menor, la tuición de los incapacitados judicialmente y de los intereses del cónyuge menos favorecido económicamente. La institución notarial no riñe con las instituciones familiares. Atribuir competencia notarial no significa privatizar el Derecho de Familia, el notario desempeña una función pública, vela por los intereses públicos, a la vez que logra combinar la seguridad jurídica con la celeridad que los tiempos en que vivimos, exigen. Desjudicializar instituciones familiares, no supone, en modo alguno, erosionar las normas imperativas del Derecho Familiar. Se puede lograr una plena protección de los sagrados intereses que cautela el Derecho Familiar desde el Derecho Notarial. En 1966, ante la Asociación de Juristas Europeos, en Lille, el notario de Avignon, André Lapéyre pronunció una interesante conferencia en la que expresó que el itinerario del Derecho Notarial «no debe ser eclipsado jamás por el brillo de una bella contienda. El derecho contencioso es el derecho de los accidentes; no es el derecho de las creaciones. El derecho notarial no es el derecho de gentes enfermas, sino el derecho de personas saludables»[1].

Cuando en 1937, por Ley de 17 de diciembre, se desjudicializa por vez primera en Cuba el divorcio, un estudioso de dicha Ley expresó: «(...) La Ley Notarial abre un anchuroso campo al profesional del notariado; sin restarle seriedad ni garantía, ganarán los procedimientos esa prontitud que informa las actividades todas de la vida moderna; contribuirá, en gran modo seguramente, a descongestionar los Juzgados, disminuyendo las labores que pesan sobre ellos, para beneficio de los Juzgados mismos y de los que allí acuden. Amén de las ventajas y comodidades que comporta para las partes el poder tramitar y resolver en derecho, en el ambiente íntimo, aunque no despojado de austeridad, de una Notaría, los asuntos que obligaban a recurrir a los templos de Themis, no por sagrados menos ingratos para los no habituados a su comercio con la diosa»[2].

II. ¿LE ES DABLE AL NOTARIO EL CONOCIMIENTO DEL DIVORCIO POR MUTUO ACUERDO?

La posibilidad de potenciar la tramitación de un divorcio amistoso ante notario público ha ido ganando adeptos en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos. En el orden técnico jurídico nada priva que el notario sea competente por razón de la materia para autorizar por escritura pública la disolución del vínculo matrimonial. Negarlo sería echar por tierra la propia esencia de la función notarial, su naturaleza y el alcance de la fe pública[3]. No hay

1. Laféyre, André, «La Europa de los contratos. Realizaciones y posibilidades del notariado (25 junio 1966)», cfr. traducido en *Revista de Derecho Notarial*, LXI-LXII, julio-diciembre 1968, pp. 133-152.

2. Carbonell Barberán, Ramiro, *Legislación notarial*, Cultural, La Habana, 1939, pp. 11-12.

3. Que es lo que ha sucedido con algunos autores cubanos, los cuales han pretendido obviar la propia esencia de la función notarial con criterios nada sostenibles en el orden técnico como los esgrimidos por de la Fuente López, Jorge, «Necesidad y posibilidad de un nuevo Código de Familia. Ideas en torno a esta polémica», en *Revista Cubana de Derecho*, año XVIII, núm. 38, julio-septiembre, 1989, p. 94, quien con absoluta ingenuidad llega a afirmar que «El Notario sólo está autorizado a dar fe pública de la voluntad de las partes, pero en modo alguno representa o vela por los intereses de la sociedad en el grado en que sí pueden hacerlo y hacen los jueces en los Tribunales, elegidos por el órgano de gobierno local, mientras que los Notarios

motivo para sustentar una prevalencia de la función judicial sobre la notarial, en razón de las garantías que para los hijos habidos de ese matrimonio que se va a disolver se ofrece, tanto en una vía como en la otra, de modo que han de quedar protegidos debidamente todos los intereses en juego, con especial atención los de los menores, sometiéndose los acuerdos o convenciones de los cónyuges a un doble control: uno de legalidad y otro de justicia o equidad.

El divorcio no puede tener el mismo tratamiento dado a la resolución o al mutuo disenso como causales de extinción de un contrato, porque el matrimonio, aun en los ordenamientos que lo regulan como contrato, tiene un sentido ético y social diferente. El cumplimiento de los deberes que les compete como padres respecto de los hijos habidos de ese matrimonio disuelto, no supone en modo alguno el cumplimiento de obligaciones de dar, de hacer, o de no hacer, con la regulación que cualquier Código Civil brinda a la exigibilidad de las obligaciones. Incluso el cumplimiento de la obligación de dar alimentos debe tener un enfoque y tratamiento distinto, si bien jurídicamente es una obligación patrimonial más, a la que resulte aplicable, en principio, la teoría general de las obligaciones y con ello las normas jurídicas que lo regulan. Al legislador en materia de Derecho de Familia le interesa, y de qué manera, la existencia de un control en la ruptura del vínculo matrimonial[4]. Los cónyuges no lo pueden hacer a su antojo, existen intereses públicos que no pueden ser manejados a su libre albedrío, a pesar de que en la actualidad resulta casi imposible detener el irreversible proceso de ruptura del matrimonio cuando los cónyuges así lo han decidido, por muchas vías de conciliación o mediación que puedan establecerse, las cuales podrían hacer más expedito el divorcio, o quizás menos traumático, pero, en la mayoría de los casos, no logran impedirlo. El efecto, a la larga se causa, lo que con resultados menos nocivos para los hijos procreados. Cuanto más difícil y tortuoso se haga el sendero para la obtención del divorcio, más heridas serán causadas, más reproches, culpas, traiciones, serán rememoradas, e incluso narradas con sed de venganza en escritos polémicos de un debate que se hace eterno, ante una relación que agoniza, todo ello en presencia de hijos, cuyo rol secundario asumen con tristeza.

Como expresa Carrión García de Parada, «al judicializar esta materia se le está dando un viso de litigiosidad y conflictividad que no siempre existe»[5], por qué entonces no abrir nuevos cauces que permitan potenciar la autonomía de la voluntad de los cónyuges, sin que se deje de fiscalizar la legalidad y la equidad de los acuerdos a los que éstos arriban, de modo

son designados por el Ministerio de Justicia y sus dependencias provinciales».Y digo ingenuo porque de otra forma no puede calificarse semejante argumentación para dar prevalencia a la función judicial, respecto de la notarial, amén de algunas correcciones técnicas sobre la naturaleza de la función notarial y el proceso de acceso al notariado en Cuba, que en este escenario no merece analizarse con detenimiento, pero al parecer son obviadas por el autor. Postulado, además, que ha resultado desmentido por la realidad jurídica notarial cubana en estos años de conocimiento del divorcio por mutuo acuerdo.

4. Y en ello coincido plenamente con la profesora Olga Mesa Castillo, Profesora Principal y Titular de Derecho de Familia en la Universidad de La Habana, quien en «El divorcio: otro ángulo de análisis», en *Revista Cubana de Derecho*, año XVIII, núm. 38, julio-septiembre, 1989, pp. 123-126, se muestra muy preocupada por la necesidad de un control social del divorcio, sobre todo cuando del matrimonio que se pretende disolver se han procreado hijos menores de edad o mayores de edad, judicialmente incapacitados, en el cual ha de intervenir el Estado, en tanto «se trata de decidir no un simple cambio de estado conyugal sino siempre un conflicto de intereses que no es exclusivamente privado», si bien discrepo en el sentido de querer ver en la institución del notariado un ente ajeno al control público, un profesional del Derecho con similar posición a la del abogado litigante, despojado de su función fideifaciente, del carácter público que la función notarial reviste, como si el notario no estuviere apto para ejercer ese control mesurado, atinado, equitativo, de las convenciones propuestas por los cónyuges en el divorcio, bien respecto de sí mismos, o de los menores hijos procreados en común.

5. Carrión García de Parada, Pedro, «Aspectos jurídicos y fiscales del divorcio amistoso», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 34, abril-junio, 2000, p. 70.

que no exista desmedro alguno de los derechos de cualquiera de ellos, y mucho menos de los hijos menores de edad procreados o, aun mayores, judicialmente incapacitados.

El propio autor resalta la importancia de darle mayor protagonismo a los cónyuges en sede de divorcio, lo cual supondría que la solución obtenida sea de su propio agrado, se simplifique el proceso; se obtenga el divorcio con celeridad; el coste económico, psicológico y social resulte reducido; se logre mayor predisposición al cumplimiento futuro de las convenciones obtenidas y a su vez ambos ex cónyuges se vean imbuidos, una vez obtenido el divorcio, en mantener una estable y armónica relación entre ellos y con sus hijos, verdaderamente provechoso para todos[6].

Son muchas las razones por las cuales hoy gana adeptos la idea de desjudicializar el divorcio, en la cual Cuba fue pionera[7]. El conocimiento por los jueces de los actos de jurisdicción voluntaria obedece a razones de naturaleza histórica, por excelencia. El divorcio por mutuo acuerdo no supone la existencia de litis, no se promueve cuestión alguna entre *nolentes*, no hay proceso, tan sólo con él se garantizan derechos, se cautelan derechos, justicia preventiva atribuible al notario público por antonomasia.

III. LA EXPANSIVA OLA DE LA DESJUDICIALIZACIÓN DEL DIVORCIO EN LATINOAMÉRICA. EL EFECTO REFLEJO

Llama la atención el proceso de desjudicialización del que ha sido objeto el divorcio por mutuo acuerdo en esta última década en el continente americano, con especial énfasis en Suramérica. Tras la aprobación del Decreto-Ley 154/1994, de 6 de septiembre, sobre el divorcio por mutuo acuerdo ante notario, en Cuba hubo cierto *impasse*, hasta que en México el Código Civil federal del año 2000 reguló un divorcio, catalogado de administrativo, en tanto el funcionario autorizante lo es el juez encargado del registro civil[8]. Empero, del año 2005 hasta la fecha, cuatro países del cono suramericano, no sólo han desjudicializado el divorcio por mutuo acuerdo, sino que le han atribuido alternativamente la competencia al notario, de ahí la Ley 962/2005, de 8 de julio[9], y el Decreto 4436 de 28 de noviembre de 2005, del Ministerio de Justicia e Interior de Colombia, sobre el divorcio ante notario y la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos, complementario del artículo 34 de la Ley anterior[10], la Ley 2006-62, reformatoria a la ley notarial ecuatoriana, publicada en el Regis-

6. *Ibidem*, p. 71.

7. La propia doctrina cubana de inicios de los años treinta del siglo pasado ya se preguntaba por qué no se desjudicializaba el divorcio cuando se alegaba la causal de mutuo disenso en el régimen de causales que a la fecha se establecía. Manifestaba López Castillo, Raúl, *El divorcio*, 1.ª edición, Jesús Montero editor, La Habana, 1932, pp. 31-32, que no veía motivo alguno para, de la misma forma que el notario autorizaba el matrimonio, lo pudiera dejar sin efecto por la voluntad de ambas partes.

8. Ha de aclararse que el juez encargado del registro civil no es un juez en sentido técnico, sino un oficial administrativo, de ahí el nombre atribuido a esta modalidad de divorcio atendiendo a la autoridad que lo declara.

9. Publicada en el *Diario Oficial*, núm. 46.023, de 6 de septiembre de 2005.

10. Es dable apuntar que en Colombia el Decreto 1900/1989 autorizó el divorcio por mutuo acuerdo ante notario, pero la entrada en vigencia de la Ley 25/1992, al reglamentar el divorcio, derogó el nombrado decreto, razón por la cual los notarios perdieron la competencia que luego recobran en virtud de la citada Ley 962/2005 y del Decreto 4436/2005. Es de significar que el mencionado decreto de 1989 permitía la posibilidad de acudir al divorcio en sede notarial «con fundamento en la separación de cuerpos decretada judicialmente o formalizada ante notario, que perdure por más de dos años, sin perjuicio de la competencia asignada a los jueces por la ley».

tro Oficial, núm. 406, del 28 de noviembre de 2006, cuyo artículo 6 reformó el artículo 18 de la citada ley notarial, adicionándole el numeral 22, por virtud del cual se le atribuye tal competencia a los notarios públicos, la Ley 11411/2007, de 4 de enero, que modifica las disposiciones de la Ley 5869/1973, de 11 de enero (Código de Procedimiento Civil), posibilitando la realización de inventario, partición, separación consensual y divorcio consensual por vía administrativa en el Brasil y la Resolución 35 de 24 de abril de 2007 del Consejo Nacional de Justicia que disciplina la aplicación de dicha ley para los servicios notariales y de Registro y, por último, la muy reciente Ley 29227/2008, de 15 de mayo, que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y el divorcio ulterior en las municipalidades y notarías en el Perú, complementada por el Decreto Supremo 009-2008-JUS, Reglamento de la Ley que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y el divorcio ulterior en las Municipalidades y Notarías, de 12 de junio de 2008.

Se trata de una ola expansiva, a mi juicio, ya indetenible, consecuencia del influjo marcado que unos ordenamientos jurídicos tienen sobre otros, en un continente en el que lo próximo prima sobre lo extraño, en tierras que abrazan una misma historia, idéntico contorno geopolítico, una misma religión y con una comunidad lingüística. Es cierto que cada país ha legislado bajo su impronta, teniendo en cuenta sus propias particularidades, pero con un denominador común: el descongestionar la función judicial y atribuirle competencia al notario, genuina expresión de la seguridad jurídica, garante ineludible del principio de legalidad, autor de un documento blindado en el orden del continente y en el del contenido.

IV. EL DIVORCIO POR MUTUO ACUERDO ANTE NOTARIO EN LOS DERECHOS LATINOAMERICANOS: UN ESBOZO COMPARATIVO

Para tener una dimensión de los cánones en los que se ha sustentado este proceso que, en sentido genérico, podremos llamar de desjudicialización del divorcio por mutuo acuerdo y con un sentido más estricto, de notarialización de esta modalidad del divorcio, bien merece la pena ofrecer un esbozo comparativo en el que se estudien los principales parámetros a tener en cuenta, a los fines de determinar sus hilos conductores, esto es, dilucidar los puntos esenciales que en el orden sustancial y formal los legisladores han delineado para este deshiele de uno de los más trascendentes «iceberg» del Derecho de Familia, a saber: la disolución del vínculo matrimonial.

IV.1. Razones que han motivado la desjudicialización

Un estudio de las nombradas legislaciones nos permitiría expresar que existe plena coincidencia en las razones que han motivado la desjudicialización del divorcio por mutuo acuerdo y su consecuente notarialización, por excelencia.

En Cuba, durante la fase de gestación del Decreto-Ley 154/1994, algunas voces de nuestra doctrina científica al menos admitían la posibilidad de una tramitación notarial o registral del divorcio, sin que conformaran un frente común para rechazar su desjudicialización en los supuestos de mutuo acuerdo. Ya en 1986 algunos autores no descartaban la posibilidad de un divorcio ante el registrador del estado civil cuando se tratare de un matrimonio

sin hijos menores de edad, de modo que el sistema judicial se ahorrara la sustanciación de procesos de esta naturaleza[11]. En 1988 en un ya clásico artículo que le fuera publicado al Dr. Raúl Gómez Treto, el entonces Presidente de la Sociedad Cubana de Derecho Civil y de Familia, deja sentir su criterio sobre la posibilidad de simplificar los trámites de divorcio, sólo en el caso de que no se hubiere procreado, si bien parte de la tesis de atribuirle tal competencia a los registradores del estado civil, y, supletoriamente, a los notarios, «por la simple declaración conjunta de la voluntad de desvinculación e incluso en una primera y única comparecencia»[12]. Posición no descartada por el profesor Mendoza Díaz, quien, si bien no se adentra en la esencia del fenómeno, deja expresado, en 1991, que «el tratamiento procesal del divorcio está a la orden del día de nuestra realidad doctrinal, con amplias posibilidades de una plasmación legislativa cercana»[13], de modo que en la fecha no descarta «que el divorcio salga del imperio de los tribunales»[14], como efectivamente aconteció unos años después con el divorcio por mutuo acuerdo al atribuírsele su conocimiento a los notarios.

El Decreto-Ley 154/1994, en efecto, transfirió el conocimiento del divorcio por mutuo acuerdo a sede notarial, si bien deja expedita esta propia vía en sede judicial, amén del divorcio por justa causa, el que en su integridad se mantiene del conocimiento de los tribu-

11. En efecto, sostienen Hernández León, Rigoberto y Miguel Fernández Díaz, Arnaldo, «Crítica a la regulación jurídica estatal del divorcio en Cuba», en *Revista Jurídica*, núm. 12, año IV, julio-septiembre, 1986, p. 181, que «La disolución de un matrimonio sin hijos menores debe sustraerse de la esfera judicial, porque si al Estado y la sociedad le interesan conservar la estabilidad de las familias y fomentar las uniones matrimoniales, no es menos cierto que le son indiferentes los aspectos íntimos del amor y no pueden regularlos jurídicamente. Si el establecimiento del vínculo conyugal entre personas con aptitud legal únicamente exige el consentimiento, ¿a qué viene preocuparse por una justa causa o el mutuo acuerdo al disolverse un matrimonio sin descendencia en minoría de edad? Debe corresponderle un trámite sencillo como la propia formalización del matrimonio, ante los encargados del Registro del Estado Civil y sin otro requisito que la manifestación libre y consciente de la voluntad, por cualquiera de los cónyuges, en romper el ligamen: se ahorra el sistema judicial la sustanciación de una demanda baladí».

12. Gómez Treto, Raúl, «¿Hacia un nuevo Código de Familia?», en *Revista Cubana de Derecho*, núm. 34, año XVII, julio-septiembre, 1988, p. 63. Similar posición también mantuvieron Hurtado Pérez, Antonio Luis; Cobas Cobiella, María Elena y Ojeda Rodríguez, Nancy, «La jurisdicción voluntaria», en *Revista Jurídica*, editada por el Ministerio de Justicia, núm. 19, año IV, abril-junio, 1988, p. 246, quienes también en la fecha eran partidarios como un acto más de jurisdicción voluntaria, que el divorcio por mutuo acuerdo donde no existieran hijos pudiera estar dentro del trabajo notarial (...) lo que permitiría una agilización en (su) solución...».

13. Llanes Machado, Silvia y Mendoza Díaz, Juan, «Utilización de la computación en el proceso especial de divorcio. Experiencias», en *Revista Cubana de Derecho*, núm. 3, julio-septiembre, 1992, pp. 96-97. No puede perderse de vista que se trata de un estudio sobre la utilización de la computación en la tramitación del proceso de divorcio, por ello, los pronunciamientos sobre la posibilidad de sustracción del conocimiento del divorcio (en todo caso del divorcio por mutuo acuerdo) de la esfera judicial, se hace por los autores a manera de *obiter dicta*.

14. *Idem*.

Otros estudios investigativos realizados en la Universidad de La Habana reflejaron también la necesidad de ofrecer un cauce procesal distinto al previsto legalmente para el divorcio por mutuo acuerdo. En uno de ellos, concluido en 1990, los autores reflejan su criterio sobre la posibilidad de que el notario pueda conocer en una fase previa del proceso el consenso de ambos cónyuges para el divorcio, a través de «acta notarial» en la cual se expresara su deseo de disolver el vínculo matrimonial y las convenciones a las que hubieren arribado sobre los hijos menores si existieran. Se trataría de un acta equiparable al escrito promocional, con la ventaja, según su parecer, de que la comparecencia se tendría por efectuada, no requiriendo representación letrada, para lo cual resultaría suficiente el que ambos interesados o uno solo de ellos la presentara al tribunal. Dicha acta, por supuesto, no suponía la obtención del divorcio, sino un elemento de prueba más que tendría el juez a los fines de dictar sentencia. Se intentaba ofrecer celeridad a los trámites del divorcio, con una mínima intervención notarial, rescatando en lo posible la figura del divorcio por mutuo acuerdo, hasta la fecha una figura jurídica, que desde hacía años era ya una reliquia histórica, en tanto la realidad reflejaba que buena parte de los divorcios por justa causa tramitados en los tribunales, con allanamiento simultáneo, no eran sino divorcios por mutuo acuerdo, desnaturalizados, dada la dilatada sustanciación prevista en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, para esta modalidad de divorcio, evadida a toda costa por los operadores del Derecho. Si bien los autores rechazan la posibilidad notarial de disolver el vínculo matrimonial, por razones, a mi juicio, nada convencibles, no descartan la posibilidad de que así sea en los supuestos de matrimonio sin hijos. *Vid.* «Algunas consideraciones y reflexiones sobre la vía actual de tramitación del divorcio por mutuo acuerdo», de Pilar Cuéllar Fonseca e Ismael Rodríguez Blanco, contenido en «Relatorio de la Sociedad Cubana de Derecho Civil y de Familia», en *Revista Cubana de Derecho*, núm. 2, abril-junio, 1991, pp. 44-48.

nales. Entre las razones que, según el autor de la norma, fueron de suficiente entidad para tal transferencia de atribuciones, se incluyen:

1.º La naturaleza alitigiosa del divorcio por mutuo acuerdo, lo que le sustrae del conocimiento judicial.

2.º El alto número de radicación de asuntos en sede judicial, entre ellos, algunos de naturaleza no contradictoria, sin necesidad de requerir la composición de la litis, dada la ausencia de ésta, lo cual entorpece la necesaria celeridad exigida en la tramitación de expedientes judiciales en los que dada su entidad y naturaleza, su resolución por vía judicial se impone.

3.º La experiencia acumulada por los notarios en el conocimiento de actos de jurisdicción voluntaria, desde hacía casi ya diez años, cuando en 1985, con la promulgación de la Ley de las Notarías Estatales, le había sido atribuida la tramitación de las actas de declaración de herederos y de actos de jurisdicción voluntaria como la consignación, la administración de bienes del ausente y la información *ad perpetuam* memoria, lo cual había, además, agilizado el trabajo judicial, sobre todo en lo concerniente a la tramitación de las actas de declaración de herederos que hasta 1985 tenía un valor significativo en las estadísticas judiciales.

4.º La necesidad de ofrecer celeridad a los trámites de divorcio, de por sí indebidamente dilatados, cuando ambos cónyuges están plenamente contestes con la disolución del vínculo matrimonial y el régimen de convenciones a adoptar sobre los menores hijos procreados, sin que, a juicio del notario, derive perjuicio ni para los cónyuges, ni para los hijos, de modo que se logre en sede notarial, lo que a la postre se obtendría en sede judicial, después de un prolongado y agotador proceso judicial.

5.º La garantía que la fe pública notarial ofrece, dado el viso de legalidad y de seguridad jurídica que el notario da a los actos en que interviene, máxime cuando el divorcio por mutuo acuerdo, dada su naturaleza, clasifica entre los actos de jurisdicción voluntaria, atribuibles al notario, sin que en modo alguno el conocimiento notarial del divorcio por mutuo acuerdo signifique restarle importancia a las instituciones del matrimonio y de la familia. Todo lo contrario, supone dar el realce social que el divorcio tiene, sin agravar, ni agrietar aún más los cimientos de la familia nuclear que se resiente con la disolución del vínculo matrimonial. No puede olvidarse que el notario disuelve el matrimonio en una situación de crisis, en la que al menos los cónyuges logran entenderse y prever las coordenadas futuras de la familia creada, enfrentándola en una situación más armónica que distante[15].

Similares razones han motivado la desjudicialiación del divorcio por mutuo acuerdo en el resto de los países latinoamericanos. Para el autor de la Resolución 35 de 24 de abril de 2007 que disciplina la aplicación de la Ley 11411/2007, de 4 de enero, ya citada, para los servicios notariales y de Registro en el Brasil «a finalidade da referida ley foi tornar mais ágeis e menos onerosos os atos que se refere e, ao mesmo tempo, descongestionar o Poder Judiciário».

Igualmente la doctrina que ha estudiado el tema se ha pronunciado en tal sentido. Para la profesora y abogada brasileña Tânia VAINSENCHER, la mencionada Ley de 4 de enero de

15. A este fin *vid*. los POR CUANTOS del decreto-ley.

2007 constituye «un gran avance en el derecho brasileño, atendiendo a los anhelos de la comunidad jurídica y de la propia sociedad, para la desjudicialización de la extinción de la sociedad conyugal y del matrimonio cuando no hubiese litigio.

> «La tramitación del divorcio en la vía extrajudicial supera la problemática de la dificultad de acceso a la Justicia y la demora en la efectiva prestación jurisdiccional»[16].

Según el notario peruano Cam Carranza, aun después de promulgada la Ley 27495, Ley que incorpora la separación de hecho como causal de la separación de cuerpos y subsecuente divorcio, norma que al decir de dicho autor tuvo la «finalidad de hacer más viable la disolución del matrimonio y permitir que los cónyuges ya separados y posteriormente divorciados, puedan continuar haciendo una vida normal (...)»[17], la lentitud en la justicia siguió por sus anchas, de modo que, «ahora que el derecho estaba reconocido faltaba hacer viable, en términos de economía, tiempo y seguridad su realización, porque el procedimiento que se desarrolla ante el órgano judicial, por la carga procesal que soporta hace que los procesos sean engorrosos, lo que también es responsabilidad de los abogados que patrocinan los mismos, pues muchas veces éstos son los que dificultan el trámite, con pedidos inoficiosos, carentes de sustento legal o real, tendenciosos y hasta con mala fe (...)»[18], particular que sí logra la reciente Ley 29227/2008, de 15 de mayo, y su Reglamento. Igualmente para Bazán Naveda, Notario de Lima, y ex Decano del Colegio de Notarios de la capital peruana, una razón de peso a esta reatribución de competencias se debe «a que el Poder Judicial está lamentablemente recargado de funciones que no le corresponden como son los asuntos no contenciosos y por lo tanto resulta conveniente trasladarlos de un lugar que no le corresponde a otro que pueda cumplir con eficiencia la labor encomendada»[19]. En tanto el profesor Quispe Salazar sostiene que la ley, hoy aprobada, ha estado sustentada «en el hecho de que los procesos judiciales sobre divorcio por mutuo acuerdo demoran un año y medio más hasta llegar a la sentencia –entendiendo que en estos procesos no hay conflicto o controversia–, este hecho recarga las labores judiciales y ello es de verse cuando el 70% de los procesos por divorcio son de mutuo acuerdo, además uno de sus beneficios sería que reduciría la carga procesal del Poder Judicial»[20]. Posición esta última que, al parecer, fue también tenida en cuenta por el legis-

16. Vainsencher, Tânia, «El divorcio en el Derecho brasileño», en Acedo Penco, Ángel y Pérez Gallardo, Leonardo B. (coordinadores), *El divorcio en el Derecho Iberoamericano*, Temis, Ubijus, Reus, Zavalia, Bogotá, México D.F., Madrid, Buenos Aires, 2009, pp. 123-145.

17. *Vid*. Cam Carranza, Guillermo, «Separación convencional y divorcio ulterior en vía notarial y municipal», en Cam Carranza, Guillermo; Bélfor Zárate del Pino, Juan y Pérez Gallardo, Leonardo B., *El divorcio notarial y la evolución de las instituciones*, Arco Legal editores, Gaceta Notarial, Lima, 2008, p. 15.

18. *Ibidem*, p. 16. Posición confirmada por el «DICTAMEN DE LA COMISIÓN DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, recaído en los Proyectos de Ley 392/2006-CR, 922/2006-CR y 1000/2006-PE, mediante los cuales se propone regular el procedimiento no contencioso de Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarias» de 11 de marzo de 2008, p. 9, que expresamente señaló, refiriéndose a la situación confrontada con el poder judicial y la lentitud en la solución de la controversias judiciales, que ello «obliga al Estado a buscar formas o mecanismos que permitan encontrar alternativas concretas para aliviar este grave problema que viene afrontando el Poder Judicial, así como facilitar a la ciudadanía un sistema alternativo eficiente y eficaz que les permita satisfacer oportunamente sus pretensiones».

19. Bazán Naveda, César Humberto, «El divorcio notarial» (inédito), p. 3.

20. *Vid*. Quispe Salazar, Richard, «El divorcio por mutuo acuerdo en municipalidades y notarías en el Perú», en *http://www.capeca.org/divorcio/ley%20de%20divorcio.pdf*, consultado el 9 de junio de 2008. Igualmente *vid*. sobre el tema, Núñez Palomino, Germán, «Las propuestas legislativas para los opciones no judiciales de la separación convencional y divorcio ulterior en el Perú (2006-2008)», en *Revista Latinoamericana de Derecho Notarial*, Colegio de Notarios de Huánuco-Pasco, año II, núm. 2, mayo 2008, concretamente, pp. 137-138.

lador colombiano[21], por cuya Ley 962/2005 se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos, de ahí la inclusión de los trámites de divorcio ante notario. No es de extrañar entonces que en su artículo 1 se disponga: «La presente ley tiene por objeto facilitar las relaciones de los particulares con la Administración Pública, de tal forma que las actuaciones que deban surtirse ante ella para el ejercicio de actividades, derechos o cumplimiento de obligaciones se desarrollen de conformidad con los principios establecidos en los artículos 83, 84, 209 y 333 de la Carta Política».

IV.2. Ámbito de aplicación objetiva de las normas

No todas las normas que le han atribuido competencia al notario se han centrado con exclusividad a regular el divorcio por mutuo acuerdo, en el caso de la ley peruana, el ámbito de aplicación se extiende a la separación convencional y al divorcio, en tanto en el Perú la separación precede en todo caso a la tramitación del divorcio (*vid.* artículo 1 de la Ley 29227/2008 y artículo 3 de su Reglamento), mientras que la normativa colombiana (en concreto el Decreto 4436/2005, de 28 de noviembre, por el cual se reglamenta el artículo 34 de la Ley 962/2005) no sólo atañe al divorcio, sino también a la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos. Empero, en el caso de Cuba, tanto el Decreto-Ley 154/1994, de 6 de septiembre, y su Reglamento, contenido en la Resolución 182/1994, de 10 de noviembre, del Ministro de Justicia, se limitan con exclusividad a regular el divorcio ante notario, si bien introduciendo importantes modificaciones en el vigente Código de Familia. En Brasil, la Ley 11441/2007, de 4 de enero, dedica su artículo 3 a modificar el artículo 1124-A de la Ley 5869/1973, Código de Procedimiento Civil, al atribuirle al tabelión (notario) el conocimiento no sólo del divorcio, sino además de la separación consensual, adpero sus dos primeros artículos también le atribuyen competencia al notario para conocer del inventario y la partición extrajudicial de la herencia, lo cual se complementa, para todas las materias enunciadas, por la Resolución 35/2007, de 24 de abril, del Consejo Nacional de Justicia.

A) El divorcio por mutuo acuerdo sin hijos ¿y también con hijos menores de edad o incapacitados judicialmente?

Uno de los temas más polémicos es, sin duda, el conocimiento en sede notarial del divorcio con hijos menores de edad, o hijos mayores, judicialmente incapacitados o discapacitados. En la mayoría de las normas jurídicas estudiadas se le atribuye al notario competencia para conocer de un divorcio consensuado, pero siempre que no haya hijos con tales requerimientos, o de existir, previo pronunciamiento judicial a tal fin. Hecho negativo que deberá ser acreditado por declaración jurada de los propios divorciantes según prescribe el artículo 5, inciso c), de la ley peruana, que exige que dicha declaración contenga además de la firma de éstos, sus huellas dactilares, o como regula el ordinal 22 del artículo 18 de la Ley del Notariado ecuatoriano, tras las reformas introducidas por la Ley 2006-62 de 28 de noviembre de 2006, bajo juramento de los cónyuges, contenido en el propio petitorio de divorcio, con sus firmas, reconocidas ante notario. Mientras que en Brasil la Resolución 35/2007 del Consejo

21. Según expresa Montoya Pérez, Guillermo, «El divorcio en el Derecho colombiano», en Acedo Penco, Á. y Pérez Gallardo, L.B. (coordinadores), *El divorcio...*, *cit.*

Nacional de Justicia en su artículo 34, sólo exige que las partes declaren al momento de solicitar la separación o el divorcio consensual, la inexistencia de hijos menores de edad o mayores judicialmente declarados incapacitados.

En efecto, sólo Cuba y Colombia atribuyen competencia notarial cuando existen hijos menores de edad, o mayores incapacitados judicialmente o discapacitados. En este sentido la discusión doctrinaria es más fuerte.

Téngase en cuenta que en otros países como México y Portugal en los que se ha desjudicializado el divorcio por mutuo acuerdo, si bien sin atribuirle competencia al notario, ello se ha limitado a los casos en que o no existen hijos, como es el caso de México, o de existir éstos, previo pronunciamiento judicial regulatorio del ejercicio de la patria potestad, como es el caso de Portugal.

En el contexto latinoamericano, Brasil al modificar el artículo 1124-A del Código de Procedimiento Civil incluye en su párrafo primero la inexistencia de hijos menores de edad o mayores, judicialmente incapacitados. Ecuador, por su parte, en el ordinal 22 del artículo 18 de la Ley del Notariado, impone como requerimiento para acudir a sede notarial la inexistencia de hijos menores de edad o dependientes de los padres, extremo que ha motivado a algunos juristas de esa nación a afirmar que «al habérselos soslayado a los menores en nuestra legislación, quedó incompleto el encargo de llevar adelante una solución que pudo cubrir el problema en un contexto más amplio, familiar»[22]. En tanto en Perú, su reciente legislación exige en el artículo 4, inciso a), de la ley, como requisito a cumplimentar por los cónyuges el de «No tener hijos menores de edad o mayores con incapacidad, o de tenerlos, contar con sentencia judicial o firme o acta de conciliación emitida conforme a ley, respecto de los regímenes del ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y de visitas de los hijos menores de edad y/o hijos mayores con incapacidad» (complementado ello por el artículo 5.1 y 2 del Reglamento).

Requerimiento que también exige el artículo 272, inciso c), del Código Civil mexicano en lo que concierne al divorcio administrativo ante el juez encargado del registro civil.

Tal particular en todos los casos deberá ser debidamente probado en el escrito de solicitud o petitorio del divorcio. Conforme con la legislación brasileña [artículo 33, inciso d), de la Resolución 35/2007, de 24 de abril, del Consejo Nacional de Justicia], deberá probarse con la certificación de nacimiento u otro documento oficial de identidad la existencia de hijos si los hubiere, particular que deberá ser ratificado por las partes en el acto de autorización del divorcio (artículo 34), al manifestar los nombres y apellidos de los hijos y la fecha de nacimiento de éstos, declarando que son mayores de edad y absolutamente capaces, particular que también ha de cumplir el notario ecuatoriano cuando autorice el divorcio, tal y como lo ha previsto el Instructivo de procedimientos, expedido por la Federación Ecuatoriana de Notarios a través de la Comisión Académica Notarial, reunida en la ciudad de Guayaquil el 26 de diciembre de 2006, a los efectos de aplicar las nuevas facultades a ellos conferidas por el artículo 6 de la Ley 2006-62, reformatoria a la Ley del Notariado, de 28 de noviembre de 2006. Extremo que no se exige en Cuba, según se colige de lo regulado

22. *Vid.* Baquerizo González, Jorge, «El divorcio por mutuo consentimiento ante notario público: ¿acierto o desacierto legislativo? (inédito), p. 14.

en el artículo 4.1, inciso 3), del Reglamento del decreto-ley sobre el divorcio notarial, en el que se regula que el notario cuidará de que el escrito de solicitud contenga los nombres y apellidos de los hijos menores de edad, de ahí que, por exclusión, se entienda que no resulta necesario dato alguno sobre los hijos mayores de edad, en relación con los cuales será suficiente consignar en la escritura de divorcio la existencia de hijos, pero sin necesidad de mencionar sus nombres y apellidos, ni, en consecuencia, requerir sus certificaciones de nacimiento. Con similar criterio se orienta el legislador colombiano en el artículo 2, inciso d), del Decreto 4436/2005, de 28 de noviembre.

En todo caso, partiendo de la experiencia cubana, no creo que exista valladar alguno para atribuirle al notario el conocimiento del divorcio, aun cuando existan hijos menores de edad o mayores judicialmente incapacitados. En el tiempo que se viene conociendo del divorcio en nuestro país, a pesar de los gazapos normativos que tiene nuestra ley, a los cuales ya he hecho referencia[23], ni en un solo caso se ha impugnado una escritura pública de divorcio por mutuo acuerdo por resultar inequitativas las convenciones aprobadas por el notario, adecuándose en todo caso las convenciones propuestas a las disposiciones legales, siempre a favor del interés superior del menor. La vida demuestra, por demás, que el régimen de comunicación y de guarda y cuidado más favorable y justo es el que se establece en escrituras públicas, y que además, es muy reducido el número de procesos que se sustancia en los tribunales para variar las convenciones adoptadas, por existir *a posteriori* desacuerdo entre los progenitores en relación con aquéllas. Ni qué decir de las pensiones alimenticias fijadas, favorables tanto en su cuantía, como en su ejecución, para los hijos menores y el cónyuge que la necesitare.

No me cabe duda que estamos transitando por un proceso gradual y progresivo. Hoy, poco a poco, en nuestras naciones latinoamericanas, se está descongestionando una justicia tardía y lenta, que no significa en modo alguno, verdadera justicia y paulatinamente se les está atribuyendo competencia al notario y a otras autoridades públicas. Téngase en cuenta que la función notarial es, por excelencia, de naturaleza pública, y en nada riñe con las normas imperativas del Derecho de Familia. Todo lo contrario contribuye a la eficacia de éstas. Notarializar el divorcio con hijos, no es sinónimo de privatizarlo. Pensar lo contrario sería negar el carácter público de la función del Notario, obviar su condición de profesional del Derecho, altamente cualificado, legionario de la verdad y artífice de la seguridad jurídica dinámica o del tráfico jurídico. Verlo despojado de tales cualidades sería padecer de una miopía intelectual, lamentablemente incurable.

IV.3. Atribución de competencia: ¿Exclusiva o compartida?

En este orden la tendencia ha sido la de compatibilizar las vías judicial y extrajudicial. Ningún ordenamiento jurídico que ha reatribuido competencias, ha despojado al poder judicial de la competencia para conocer del divorcio por mutuo acuerdo, como sucede en nuestra Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (en adelante, LPCALE)[24]. Similar orientación siguen la legislación colombiana y la brasileña (esta última

23. *Vid.* Pérez Gallardo, Leonardo B., «El divorcio por mutuo acuerdo ante notario: Mitos y tabúes», en Cam Carranza, G.; Zárate del Pino, J.B. y Pérez Gallardo, L.B., *El divorcio notarial..., cit.*, pp. 49 y ss.

24. Con carácter muy excepcional se puede tramitar en Cuba el proceso de divorcio por mutuo acuerdo según lo dispuesto en los artículos 380 y 381 de la LPCALE. Ello sólo procede ante la negativa del notario de autorizar la escritura de divorcio

lo establece expresamente en el artículo 2 de la Resolución 35 de 24 de abril de 2007 del Consejo Nacional de Justicia que «É facultada aos interesados a opção pela via judicial ou extrajudicial; podendo ser solicita, a qualquer momento, a suspensão, pelo prazo de 30 dias, ou a desistência da via judicial, para promoção da via extrajudicial»), no así la peruana, en la que la competencia, además de los jueces, la tendrá el notario y las municipalidades. En efecto, en el Perú cabe la disolución del vínculo matrimonial ante el alcalde, particular que ha sido criticado por algunos autores de esa nación andina, quienes han manifestado sus «reservas acerca de que la competencia alternativa municipal llegue a tener alguna vigencia social, ya que el Alcalde no es necesariamente un profesional del derecho versado en esta materia, su preocupación natural está centrada en el funcionamiento de los servicios públicos vecinales (...), no tendrán pues tiempo ni humor para atender relaciones privadas de parejas desavenidas»[25], por lo cual sería previsible incluso «que no harán mayor esfuerzo para obtener el Certificado de Acreditación a serles otorgado por el Ministerio de Justicia»[26], Mas, lo cierto es que la norma ha sido aprobada y ahí está atribuida la competencia a las municipalidades, resultando en la víspera, cualquier comentario impropio de mi parte, totalmente improcedente. Téngase en cuenta que para que el alcalde pueda ejercer esta atribución requiere –como apuntaba el autor peruano citado–, un certificado de acreditación expedido por el Ministerio de Justicia (*vid*. artículo 8) que justifique el cumplimiento de las exigencia requeridas en el Reglamento de la Ley 29227/2008[27]. En todo caso, resulta aconsejable la asistencia de un abogado o asesor legal que oriente al alcalde en este reto que la legislación de su país le ha atribuido, principalmente en lo que concierne a la calificación de documentos a que se contrae el artículo 5 de la mencionada ley.

Cabe también significar, aunque no es propiamente objeto de esta investigación, que en otros ordenamientos como el mexicano y el portugués, la competencia para conocer del divorcio por mutuo acuerdo le ha sido atribuida, en vez de a los notarios, a los jueces encargados del registro civil o conservadores del estado civil, como los nombran las legislaciones de México y Portugal, respectivamente. En México, el Código Civil federal en su artículo 272

por mutuo acuerdo, lo que en la realidad hace prácticamente imposible la tramitación del proceso por mutuo acuerdo ante tribunal competente, el cual, antes de la entrada en vigor del Decreto-Ley 154/1994 sobre el divorcio notarial, era más que excepcional, ni qué decir en la actualidad, ante la negativa del notario. Empero, más por testarudez que por sensatez, el legislador del citado Decreto-Ley modificó el artículo 380, supeditando la sustanciación judicial de un mutuo acuerdo, cuando no proceda ante Notario, «En este caso el proceso se iniciará mediante escrito firmado por los cónyuges en el que solicitarán la disolución del vínculo matrimonial y harán constar las convenciones a que hayan llegado respecto a las relaciones paterno-filiales y referidas a la patria potestad, guarda y cuidado de los hijos comunes menores, régimen de comunicación con éstos, pensiones que correspondan y separación de bienes comunes». De este modo la presentación del escrito de demanda podrá iniciarse por uno de los cónyuges, por ambos o por el abogado director, que no representante, de ambos cónyuges, asimismo se acompañará el documento expedido por el Notario en el que hace constar su negativa. Habría pues que ahondar en el estudio casuístico para buscar un ejemplo en que absteniéndose el Notario de autorizar la escritura de divorcio por mutuo acuerdo, cabría la posibilidad de su sustanciación en sede judicial. Extremo no imposible, pero sí improbable.

25. *Vid*. Zárate del Pino, Juan Bélfor, «La separación convencional y divorcio en municipalidades y notarías: una alternativa», en Cam Carranza, G.; Zárate del Pino, J.B. y Pérez Gallardo, L.B., *El divorcio notarial...*, *cit.*, pp. 33-34.

26. *Ibidem*.

Según el Decreto Supremo núm. 009-2008-JUS, Reglamento de la Ley 29227/2008, en su artículo 2, inciso e), el certificado de acreditación es la «Autorización otorgada por el Ministerio de Justicia a las municipalidades distritales y provinciales para llevar a cabo el procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio ulterior dentro del marco de la Ley y de su Reglamento».

27. Dicho certificado de acreditación, tal y como apunté en nota anterior, requiere de un ambiente privado y adecuado para el desarrollo del procedimiento no contencioso sobre separación convencional y divorcio ulterior, así como contar con una Oficina de Asesoría Jurídica con titular debidamente autorizado o, en su defecto, con un abogado autorizado para ejecutar lo dispuesto en el artículo 6 de la ley. Corresponde a la Dirección Nacional de Justicia expedir el certificado de acreditación y dictar las medidas complementarias a los fines de acreditar las municipalidades (*vid*. artículo 16 del Reglamento).

regula el llamado divorcio administrativo. Se trata de un divorcio fácilmente obtenible, en el que resulta suficiente cumplimentar los requerimientos legales exigidos, que no son muchos, por demás. No se olvide que sólo procede en ausencia de hijos procreados en común por los consortes. En la Exposición de Motivos del Código, se explica que aun cuando es un fin social la permanencia de los matrimonios constituidos, también es un fin de alcance general el no poner en juego los intereses de los menores de edad, con hogares quebrantados y deshechos a causa de una ruptura marital, mal llevada en su desenlace, razón por la cual resulta conveniente la disolución del vínculo matrimonial con celeridad, de modo que la sociedad no sufra más perjuicio aun[28]. Más interesante es la propuesta portuguesa en la que se le atribuye el conocimiento del divorcio al conservador del estado civil, se trata de un divorcio también calificado de administrativo por la autoridad competente, regulado en el artículo 14 del Decreto-Ley 272/2001, de 13 de octubre. Este proceso se inicia en la conservaduría del Registro Civil del lugar de residencia de cualquiera de los cónyuges o en aquel designado por ellos de común acuerdo, mediante requerimiento de los propios cónyuges o de sus procuradores (cfr. artículo 271 del Código del Registro Civil y artículos 12.2 y 14.1 del Decreto-Ley 272/2001), no resultando obligatoria la presencia de abogado. De esta manera, previa presentación de los documentos exigidos a este fin[29], el requerimiento es instruido. Y las traigo a colación pues resultan dos fórmulas interesantes encaminadas a un mismo fin: extraer de la sede judicial el divorcio amigable o por mutuo acuerdo, si bien en ambos casos no se ha tenido en cuenta la figura del notario.

A) Reglas de atribución de competencia notarial

Ahora bien, atribuida la competencia *ratione materiae* al notario, cabría preguntarnos si cualquier notario, en los países que han regulado sobre el tema, será competente para conocer del divorcio. Si partimos de la legislación cubana, la respuesta sería positiva. Téngase en cuenta que, salvo contadas excepciones que no merecen la pena mencionarlas, el notario cubano es competente, cualquiera sea la provincia en la que ejerce la función notarial, para conocer de los asuntos que *ex lege* le vienen atribuidos, dentro de ellos el divorcio. No trasciende el lugar en el que residen o están domiciliados los cónyuges, ni tampoco aquel en que formalizaron matrimonio. Suficiente con que se le aporte, durante la tramitación del divorcio, la respectiva certificación del matrimonio que se pretende disolver (*vid*. artículo 5 del Reglamento del Decreto-Ley 154/1994). Posición compartida también por el artículo 1 del Decreto 4436/2005, de 28 de noviembre, de Colombia que expresamente establece que el divorcio «podrá tramitarse ante el Notario del círculo que escojan los interesados», y con la que particularmente no comulgo[30]. A mi juicio, resulta atinado establecer reglas de com-

28. Por ello, como atinadamente arguye Pérez Duarte, Alicia, *Derecho de Familia*, 1.ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 134, «contrariamente a lo que muchos piensan (el legislador mexicano) se colocó en la vanguardia dentro de la búsqueda de soluciones a los conflictos familiares facilitando el proceso de reacomodo individual, una vez que el proyecto de vida en común falló».

29. Según el artículo 272.1 del mencionado código se exige una relación detallada de los bienes comunes, previamente avaluados, certificación de sentencia judicial relativa a la regulación y ejercicio de la patria potestad sobre los hijos menores si los hubiere, el acuerdo sobre la prestación de alimentos al cónyuge que los necesite, una certificación de las convenciones previas al matrimonio, si las hubiere, y el acuerdo sobre el destino de la vivienda familiar.

30. No obstante, la doctrina que ha estudiado el tema en Colombia encuentra la *ratio* de la norma en el propósito de ofrecer agilidad a los trámites, aunque hace la observación de que esta libertad para escoger el notario competente pudiera quedar limitada cuando se hubieren procreado hijos menores de edad, dado que si fuere así, se requeriría la intervención del defensor de familia que debe ser el de la residencia de éstos. *Vid*. Parra Benítez, Jorge, *Manual de Derecho Civil-Personas, familia y derecho de sucesiones*, Temis, Bogotá, 2007, p. 263.

petencia por razón del lugar en actos como el divorcio o el acta de declaración de herederos *ab intestato*. Razones de seguridad jurídica así lo aconsejan.

En este sentido, a mi juicio, resulta más atinada la posición asumida por otros ordenamientos. Destaca la reciente ley peruana que en su artículo 3 dispone la competencia de los notarios de la jurisdicción del último domicilio conyugal o del lugar donde se celebró el matrimonio, quedando ello a elección de los cónyuges, sin que exista un orden preestablecido legalmente, precepto complementado por el artículo 4 del Reglamento. La doctrina que ha estudiado el tema ha expresado que es más probable que se presente el divorcio ante el notario con sede en el último domicilio conyugal por razones de cercanía y economía[31], teniendo en cuenta que pueden elegir el notario entre aquéllos con competencia dentro de la provincia en la que han sido nombrados, pues en el Perú la competencia de los notarios es de carácter provincial, aun cuando se localicen distritalmente[32], *a contrario sensu* de aquellos que elijan como vía para la tramitación del divorcio la municipalidad, pues ésta siempre será única. Al atribuir la norma la competencia al notario de la jurisdicción del último domicilio conyugal, ha de entenderse la expresión «último domicilio», no como el que tienen los cónyuges al momento de interesar el divorcio, sino el que tenían en el último momento en que vivían como pareja [*vid*. artículo 2, inciso m), del Reglamento], siendo competente en tal caso cualquiera de los notarios de la provincia[33] por las razones ya expuestas. Lo que sí llama la atención, y a ello se ha referido la doctrina que me ha precedido, es que ni la ley ni su Reglamento establecen la necesidad de acreditar ante notario el último domicilio conyugal o aquel en que se celebró el matrimonio (si bien éste es más fácil de probar), razón por la cual le asiste atención a la doctrina cuando apunta que «ante la imposibilidad de comprobarlo (obligación que además, no nos establece la ley) vamos a tener que confiar en el dicho de los cónyuges sobre el cual fue su "último domicilio conyugal", quedando entonces librada la elección del competente al dicho de ellos»[34], o sea, es demasiado benevolente la ley, y después su Reglamento, cuando dejan al dicho de los comparecientes, al momento de solicitar la separación convencional o el divorcio, la probanza del último domicilio conyugal, determinante para establecer el notario competente, quedando en manos del notario sólo requerir como documento acreditativo de la prueba de tal particular, la declaración jurada a que hace referencia el artículo 4, segundo párrafo y reitera el inciso j) del artículo 6, ambos del Reglamento, documento que no ofrece más fiabilidad que el propio dicho de los cónyuges, bajo la responsabilidad en que pudieran incurrir de resultar falso[35].

Tanto la legislación ecuatoriana como la brasileña tampoco se pronuncian sobre la competencia por razón del territorio del notario para conocer del divorcio. *Ergo*, cualquier notario puede autorizar el divorcio a él interesado. Suficiente con que tenga la investidura de la fe pública notarial.

31. *Vid*. Cam Carranza, G., «Separación convencional...», *cit*., p. 19.

32. *Vid*. en este sentido Corcuera García, Marco A., *Comentarios a la Ley del Notariado peruano*, Marsol, Perú editores, SA, Lima, 1994, en concreto los comentarios al artículo 4, pp. 20-21.

33. *Apud* Bazán Naveda, C.H., «El divorcio...», *cit*., p. 3.

34. *Idem*, p. 2.

35. De todas maneras, hay que apuntar que el Reglamento resuelve en alguna medida el silencio que sobre tal extremo tenía el artículo 5 de la Ley peruana, el cual ni tan siquiera hacía referencia a dicha declaración jurada. No obstante, repito, esa declaración no es la vía más segura, instrumentalmente hablando, para brindar la seguridad que se busca.

IV.4. Comparecencia de los cónyuges: por sí o por representación

De la misma manera que el matrimonio no es un acto personalísimo, el divorcio tampoco lo es. Ello no es cuestión opinable en doctrina. Es unánime la actuación representativa en sede de divorcio. Empero, tratándose de un divorcio ante notario, y buscando la arista axiológica que toda ruptura marital implica para los cónyuges, más las decisiones futuras que se van a tomar y el trasfondo de cada convención a la cual se arriba, de cara a enfrentar la educación y formación de valores en los hijos procreados (en aquellos ordenamientos jurídicos que como Colombia y Cuba lo admiten), cuyos progenitores sólo se divorcian entre sí, pero no respecto de ellos, vale la pena reflexionar entonces sobre la necesidad de que los cónyuges comparezcan *per se* ante notario, encaren el divorcio, sin la presencia de terceros, sin la frialdad que envuelve una copia de una escritura de poder, cuando se aporta por el representante a fin de concluir válidamente el negocio representativo. No son impedimentos técnicos los que se convierten en un valladar inexpugnable de la prohibición del otorgamiento de la escritura de divorcio por mutuo acuerdo a través de un representante, sino razones éticas, morales, de sustrato axiológico, más allá del límite normativo, del hermetismo técnico en el cual los juristas solemos refugiarnos para dar una solución legal, pero no justa. No se trata de prohibir, al estilo del artículo 63 del Código Civil cubano, toda actuación representativa en sede de divorcio notarial, sino de limitarla, restringirla, dejándola subsistente para esos casos excepcionales, en los cuales una causa justa amerite la autorización del divorcio sin la presencia física de uno de los cónyuges.

Empero, no es ella la posición prevaleciente en el Derecho Comparado. No sólo el ordenamiento cubano admite, sin más cortapisas, la representación voluntaria en el divorcio por mutuo acuerdo ante notario, también lo hace la legislación colombiana, para colmo imponiendo la presencia de abogado, y de uno solo incluso que podría representar a ambos cónyuges en el otorgamiento de la escritura de divorcio (*vid.* artículo 2 del Decreto 4436/2005, de 28 de noviembre), la legislación brasilera que igualmente permite que los separantes o divorciantes «se fazer representar por mandatário constituído, desde que por instrumento público com poderes especiais, descriçao das cláusulas esenciáis e prazo de validade de trinta dias» (*vid.* artículo 36 de la Resolución 35 de 24 de abril de 2007 del Consejo Nacional de Justicia). Por su parte, si bien la Ley 22927/2008 del Perú hace mutis al respecto, su Reglamento no deja dudas a su admisión en su artículo 15, lo cual, incluso antes de la aprobación de esta última norma, algún autor lo había previsto, sobre todo cuando las partes no quieran coincidir en la audiencia[36], probable, pero no común, precisamente por tratarse de un divorcio amistoso o por mutuo acuerdo. Mientras, en el Derecho ecuatoriano las partes (cónyuges) deben concurrir bajo el patrocinio de un abogado y «podrán comparecer directamente o a través de procuradores especiales».

A) Intervención de abogados. ¿Necesaria o no?

Uno de los temas más polémicos es, sin duda, la intervención del abogado en la tramitación del divorcio en sede notarial. Para nadie es un secreto la fuerza pujante y el pulso político que en cualquiera de los países latinoamericanos tienen los colegios de abogados, mucho más que los de notarios, entre otras razones por el sistema *numerus apertus* en el ingreso de

36. Así, Cam Carranza, G., «Separación convencional...», *cit.*, p. 21.

los abogados, frente al de *numerus clausus* en el de los notarios, incluso en algunos países de Centroamérica ni siquiera existen. De ahí que, la notarialización del divorcio por mutuo acuerdo llegue a provocar pavor entre los abogados quienes lo han combatido desde el gremio, muchas veces enfilando la pluma, no sin frustraciones, contra la función notarial. Por ese motivo algunos países han preferido dar participación al abogado en asuntos de esta naturaleza, sin que ello refuerce, en modo alguno, el viso de legalidad que ofrece el notario *per se* en su actuación. Particularmente soy del criterio que, en todo caso, para los que sugieren la posibilidad de intervención del abogado, ésta debiera ser optativa para los divorciantes, como lo puede ser en cualquier asunto notarial, aun cuando defiendo la tesis de la comparecencia *per se* de los cónyuges, y sólo por excepción, de apoderados, incluidos aquí los abogados. Esta posición es la que sigue en Cuba el Decreto-Ley 154/1994 en su artículo 2, primer párrafo[37].

Y es la que a simple vista, se infiere, asume la Ley peruana 29227/2008, de 15 de mayo, cuando en su artículo 5, al regular los requisitos de la solicitud, no exige en modo alguno la aportación de la copia de la escritura pública de poder, ni como presupuesto de legitimación, la condición de abogado. Los cónyuges sin más, siempre que cumplan los requisitos de ley pueden concurrir directamente ante notario. Empero, el Decreto Supremo 009-2008-JUS, Reglamento de la mencionada ley, establece en su artículo 8, primer párrafo, que en el caso de que el procedimiento se siga en sede notarial será necesario la firma de abogado según lo establecido por la Ley 26662, Ley de competencia notarial en asuntos no contenciosos, lo cual supone en todo caso, intervención letrada o patrocinio legal (*vid*. artículo 9, segundo párrafo, del Reglamento), que no representación letrada.

Algo similar sucede en Ecuador, en tanto el ordinal 22 del artículo 18 de la Ley del Notariado ecuatoriano, tras la reforma introducida por la Ley 2006-62, de 28 de noviembre de 2006, establece que «Los cónyuges podrán comparecer directamente o a través de procuradores especiales», pero el petitorio deberá estar firmado por los cónyuges y patrocinado por abogado, lo cual no quiere decir que necesariamente éstos concurran representados por abogados porque son conceptos distintos.

Nota discordante en este orden la ofrecen las legislaciones colombiana y brasileña. La primera de ellas, cuya Ley 962/2005 prescribe con naturaleza imperativa que «Podrá convenirse ante notario, por mutuo acuerdo de los cónyuges, por intermedio de abogado (...)», de tal modo que la legislación complementaria, a saber: el Decreto 4436/2005 exige que sea aportado como documento anexo al petitorio de divorcio o de cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso: «El poder de los cónyuges al abogado para que adelante y lleve a término el divorcio o la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso ante Notario, incluyendo expresamente, si así lo deciden, la facultad para firmar la Escritura Pública correspondiente» [*vid*. artículo 2, inciso d)], documento que será, al igual que el resto de los que se anexan con el petitorio, protocolizado ulteriormente (*vid*. artículo 5, primer párrafo). Mientras, la legislación brasileña [Ley 11441/2007, cuyo artículo 3 modifica el artículo 1124.A) del Código de Procedimiento Civil] exige que los cónyuges estén asistidos

37. En este sentido, tómese en cuenta lo expresado por mí, en «El divorcio por mutuo acuerdo...», *cit*., pp. 49-51, sobre la polémica intervención de un solo abogado en la escritura pública de divorcio, según lo prevé el artículo 2 del decreto-ley, en franca antinomia con la prohibición contenida en el artículo 63 del Código Civil cubano respecto a cualquier situación jurídica que pudiera derivar en un autocontrato o posible conflicto de intereses.

por un abogado común o por los abogados de cada uno de ellos, cuya calificación y firma constarán en el acto notarial [*vid.* § 2.º del ya citado artículo 1124 y artículo 47, inciso e), respecto de la separación convencional, este último de la Resolución 35/2007 del Consejo Nacional de Justicia]. Adpero, no parece pacífica la posición de la doctrina brasilera sobre si los cónyuges pueden en el acto notariado hacerse representar por procuradores, dado el mutismo legal[38].

IV.5. Requisitos formales o procedimentales. El escrito de solicitud o petición

A pesar de la sencillez del procedimiento o tramitación en sede notarial del divorcio, cada ordenamiento legal que lo ha regulado le ha impuesto pautas de naturaleza formal. Pieza clave en ello lo tiene el escrito de solicitud o petitorio, en el que viene contenida la *rogatio* notarial, especie de instructivo en el cual los cónyuges solicitan la separación convencional o el divorcio, según corresponda, y conforme con la legislación de cada país. De ahí que se exija en la mayoría de las legislaciones, la identificación de los cónyuges, plenamente, es decir, acotando los factores identificativos de la persona y los documentos acreditativos de la existencia del matrimonio y de los hijos, si los hubiere, con especial énfasis en los hijos menores de edad habidos del matrimonio, como es el caso de Cuba y Colombia, países en los que tal particular no es motivo de abstención notarial.

Donde no hay uniformidad es sobre la posibilidad de acudir directamente ante notario a solicitar el divorcio, o si es necesario, previamente, la separación convencional, así como el período de tiempo que hay que expresar en el petitorio o escrito de solicitud y la necesidad de que al notario le prueben tal particular. En el caso de Cuba, Colombia y Ecuador, es posible interesar el divorcio sin necesidad de acreditar tiempo de vigencia del matrimonio, ni de promover separación convencional (*vid.* Decreto-Ley 154/1994 y su Reglamento de Cuba, artículo 18, ordinal 22, de la Ley del Notariado ecuatoriano y artículo 34 de la Ley 962/2005 y el Decreto 4436/2005 de Colombia)[39]. En el resto de los países, tales particulares cobran relevancia.

Brasil exige en el artículo 1580 del Código Civil el plazo de un año desde que se haya decretado por vía judicial o aprobado por vía notarial la separación de cuerpos, para entonces interesar su conversión en divorcio, a lo que se llama divorcio indirecto, pero también admite el de naturaleza directa que no depende de una previa separación judicial para ser decretado. Dicha modalidad de divorcio tiene su reconocimiento legal en el artículo 226, § 5, de la Constitución Federal y en el artículo 1580, § 2.°, del Código Civil, el cual dispone: «El divorcio podrá ser requerido, por uno o por ambos cónyuges, en el caso de comprobada la separación de hecho por más de 2 (dos) años». La única exigencia legal es el lapso temporal de dos años de separación de hecho para su concesión. Dicho plazo es de dos años

38. En efecto, según sostiene VAINSENCHER, T., «El divorcio en el Derecho...», *cit.*, los cónyuges pudieran acudir a los procuradores, de la misma forma en que lo hacen para el matrimonio. Posición que abraza CASSETARI, Christiano, *Separação, Divórcio e Inventário por Escritura Pública*, Ed. Método, 2007 y de la cual discrepa, CÁSSIO S., «É Possível Praticar o Ato Mediante Procuração?», in *Separação, Divórcio, Partilhas e Inventários Extrajudiciais. Questionamentos sobre a lei 11.441/2007*, Ed. Método, Coordinadores Antonio Carlos Mathias Coltro y Mario Luiz Delgado, p. 128, amparado en el silencio del legislador. Autores ambos citados por VAINSENCHER.

39. Tampoco el llamado divorcio administrativo regulado en el artículo 272 del Código Civil federal exige plazo alguno para interesar el divorcio.

de separación de hecho y debe ser continuo e interrumpido. Eso sí, habrá que probarlo, utilizando para ello cualquiera de los medios de prueba que franquea la ley. Plazos que conforme con el artículo 1124.A), párrafo inicial, tras la modificación de la Ley 11441/2007 han de ser de estricto cumplimiento.

Merece la atención en este sentido lo previsto en el artículo 52 de la Resolución 35/2007 del Consejo Nacional de Justicia del Brasil que permite, por supuesto, tramitar ante notario el divorcio directo, pero para ello hay que acreditar a través de la partida de matrimonio la existencia de éste por más de dos años y el cumplimiento de los dos años de separación conyugal. No basta con que se pruebe la existencia del matrimonio durante el plazo previsto, sino también la separación de hecho propiamente dicha, para acudir al divorcio recta vía. Para ello el legislador faculta al notario, en ausencia de prueba documental, a la práctica de prueba testifical, particular que hará constar en la escritura de divorcio (*vid*. artículo 53 de la citada resolución), debiendo, en ausencia de pruebas acreditativas de tal extremo, abstenerse de actuar.

Posición similar asume la legislación peruana, cuya Ley 29227/2008 se ubica entre las que exige el cumplimiento de determinados plazos para acudir a la separación convencional, eso sí, sin la posibilidad de un divorcio directo como franquea la legislación brasilera. Así, el artículo 2, al regular el alcance de la ley, establece un plazo de dos años, después de formalizado el matrimonio, para interesar la separación convencional (*vid*. asimismo artículo 3 del Reglamento), que luego de dos meses de obtenida, puede convertirse en divorcio. En todo caso, se requiere esa conversión. Sin ella, no cabe el divorcio. De ahí la expresión del legislador en el propio nombre de la Ley «divorcio ulterior» (*vid*. artículo 7).

El petitorio o escrito de solicitud se ha acompañado de más o menos formalidades, lo cual no resulta homogéneo en todos los ordenamientos estudiados. Destaca la estricta reglamentación ecuatoriana, cuya Federación Ecuatoriana de Notarios expidió un Instructivo de procedimientos de las nuevas facultades conferidas por la Ley 2006-62, de 28 de noviembre de 2006, reformatoria de la Ley del Notariado, a través de la Comisión Académica Notarial reunida en la ciudad de Guayaquil el 26 de diciembre de 2006, encaminada a homogeneizar los requisitos, el procedimiento y el trámite correspondiente al divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial. En este sentido, el petitorio para ser admitido a trámite deberá contener el sello, fecha y firma del Presidente o Secretario del Colegio de Notarios respectivo. Para ello el notario deberá obtener tal constancia, bien presentándolo personalmente al Presidente del Colegio, o enviándolo con un asistente notarial para su presentación o mediante fax al Colegio Notarial, para que éste por el mismo medio lo devuelva[40].

A) Documentos que han de aportarse para acreditarse los particulares narrados en el escrito de solicitud o petición

En todos los ordenamientos, tal y como apunté, junto al petitorio o escrito de solicitud, que sustituye a la demanda, y que debe estar despojado de todo término procesal, precisamente por su disímil naturaleza, han de acompañarse los documentos acreditativos del matrimonio

40. *Vid*. Baquerizo González, J., «El divorcio por mutuo consentimiento...», *cit*., p. 6.

o de la existencia de hijos (sobre todo cuando el notario es competente para conocer del divorcio por mutuo acuerdo, aun con hijos menores de edad, como es el caso de Colombia y Cuba). La legislación peruana es muy pulcra en este particular al exigir que las actas o copias certificadas de las partidas de nacimiento de los hijos y de matrimonio hayan sido expedidas dentro de los tres meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud de divorcio [*vid*. artículo 5, incisos b) y d), de la Ley 29227/2008 y artículo 6, incisos b) y d), de su Reglamento], extremos que no exigen otros ordenamientos.

En Colombia se requiere la copia de la escritura de poder otorgada por los cónyuges al abogado, por ser preceptiva la intervención letrada, tal y como ya expresé, además del concepto del defensor de familia, en el caso de que haya hijos menores de edad, si por cualquier circunstancia legal ya se cuenta con éste (*v.gr*., cuando ya se hubiere terminado un trámite de conciliación), sin perjuicio de la notificación del acuerdo de los cónyuges establecida en el parágrafo del artículo 34 de la Ley 962 de 2005 [*vid*. artículo, 2 inciso d), del Decreto 4436/2005], documentos que se protocolizarán (*vid*. artículo 5, primer párrafo, del mencionado decreto). En el caso de Cuba presta especial atención a la necesidad de que los cónyuges aporten el título acreditativo de la titularidad de la vivienda, adquirida a título oneroso, constante matrimonio, en relación con la cual se han de pronunciar inexorablemente los cónyuges a los fines de extinguir la comunidad matrimonial de bienes existente respecto de ella y constituir una copropiedad por cuotas, a menos que si lo prefieren, decida ceder la participación sobre el inmueble uno de los cónyuges al otro, o ambos donarlo a favor de los hijos menores de edad habidos del matrimonio[41].

IV.6. Audiencia notarial ¿única o varias?

Cobra especial sustantividad la llamada audiencia notarial donde se cumple a cabalidad con el principio de unidad de acto formal. Han de estar presentes los divorciantes o sus apoderados y el notario público. Compete a este último dirigir la audiencia y lograr que haya pleno conocimiento de las consecuencias jurídicas del acto que protagonizan, que las manifestaciones de voluntad vertidas ante él sean transparentes con el negocio y adecuadas conforme con el ordenamiento legal. En países como Cuba y Colombia en los que el notario autoriza divorcio con hijos, esa sustantividad a la que me refiero se potencia, en tanto los cónyuges han de estar muy conscientes de los deberes que han de asumir para con los hijos, tras la ruptura del vínculo conyugal. El notario no puede actuar con insensibilidad, pues no acude a la disolución de cualquier vínculo o ligamen jurídico, sino a uno que puede fracturar para siempre la vida espiritual y emocional de terceros, cuyo interés superior debe en todo caso prevalecer. Por ello merece la pena transcribir el contenido del artículo 35 de la Resolución 35/2007 del Consejo Nacional de Justicia del Brasil a cuyo tenor: «Da escritura,

41. Dentro de las convenciones incluidas en la escritura pública de divorcio se incluye la decisión tomada por los cónyuges sobre su destino, si la vivienda de residencia permanente es común del matrimonio [*vid*. artículo 9, inciso e), del decreto-ley y artículos 1; 4.1, apartado 4, y 4.2 del Reglamento]. Sólo para este supuesto cabría pronunciamiento sobre el tema. De este modo, se lleva a sede notarial lo establecido para la judicial por el artículo 66 de la Ley General de la Vivienda, en el sentido de que «Cuando la vivienda que ocupan los cónyuges pertenezca a ambos y se promueve el divorcio, el tribunal determinará a quién se adjudicará su propiedad definitiva, conforme a las reglas siguientes:

a) Se adjudicará a uno de los cónyuges o a los hijos, según acuerden las partes en los escritos o en la comparecencia del proceso de divorcio;

b) a falta de acuerdo, la vivienda continuará como propiedad de ambos cónyuges».

deve constar declaraçao das partes de que estão cientes das conseqüências da separaçao e do divórcio, firmes no propósito pôr fim à sociedade conjugal ou ao vínculo matrimonial, respectivamente, sem hesitação, com recusa de reconciliação», pero en ello juega un papel primordial la labor de asesoramiento técnico que debe ofrecer el notario, además de con total imparcialidad, a quienes concurren ante él.

Algunos de los ordenamientos legales que han recepcionado el divorcio por mutuo acuerdo han previsto la audiencia, en tanto otros no la regulan expresamente, lo cual no quiere decir que no exista.

En Ecuador, tras la autorización de la «escritura de reconocimiento de firmas y rúbricas» de los cónyuges interesados en la disolución del vínculo matrimonial «El notario (...) fijará fecha y hora para que tenga lugar la audiencia, dentro de un plazo no menor de sesenta días, en la cual los cónyuges deberán ratificar de consuno y de viva voz su voluntad de divorciarse». De no poder concurrir los cónyuges a esa primera audiencia señalada, entonces el notario, a instancia de éstos, convocará a una segunda audiencia, sustitutoria de la primera, debiéndose realizar dentro del plazo de diez días siguientes al de la fecha en que había sido convocada la primera audiencia. Una nueva suspensión[42] conllevaría al archivo por parte del notario de la petición de divorcio (*vid*. artículo 18, ordinal 22 *in fine*, de la Ley del Notariado, tras las reformas de la Ley 2006-62 de 28 de noviembre de 2006).

En el Perú, el notario, una vez calificados los documentos contenidos con la solicitud de separación convencional o divorcio ulterior, convoca a una audiencia única en un plazo de quince días (*vid*. artículo 6, primer párrafo, de la Ley 29227/2008 y artículo 12 de su Reglamento), plazo que comienza a contarse transcurridos los cinco días de los cuales dispone, a partir del momento en que recibe la solicitud de divorcio, para verificar el cumplimiento de los requisitos que exige el artículo 5 de la Ley (*vid*. además, artículo 10, primer párrafo, del Reglamento). En ella los cónyuges deberán manifestar su decisión de ratificar lo contenido en dicha solicitud. Eso sí, al igual que en Ecuador, el notario no puede anticipar el plazo previsto por la ley, circunstancia que no opera en el ordenamiento jurídico cubano en el cual es dable autorizar la escritura de divorcio el mismo día en que se presenta el escrito de solicitud, dado que las regulaciones legales nada exigen sobre plazos para convocar audiencia. Si por causas debidamente justificadas (y en esto supera el legislador peruano al ecuatoriano, que no es diáfano) los cónyuges no pueden asistir, el notario convoca a la audiencia sustitutoria en un plazo no inferior a quince días. De inasistir, entonces, al igual que en Ecuador, se entenderá decaído el procedimiento (*vid*. artículo 6, quinto y sexto párrafos, de la Ley 29227/2008 y artículo 12, tercer párrafo, del Reglamento). En Cuba, la «audiencia», que no es denominada de esa manera, se caracteriza por una inmediatez sin parangón en el Derecho comparado. Algo similar, pero no idéntico, sucede en Colombia, en la que tampoco se establece la necesidad de una audiencia en el sentido con el que se regula en otros ordenamientos legales. Allí se requiere, siempre que existan hijos menores de edad, del concepto del defensor de familia, para lo cual se le concede un plazo de quince días, transcurrido éste, sin que se hubiere pronunciado, el notario autorizará la escritura y le expedirá copia al defensor, a costa de los propios interesados (*vid*. artículo 3, primer párrafo, del Decreto 4436/2005).

42. A mi juicio, imputable a los cónyuges, aun cuando la Ley del Notariado ecuatoriano nada diga sobre este particular.

IV.7. Necesidad o no de intervención de la fiscalía, defensoría familiar, ministerio público u otras instituciones de análoga naturaleza

¿Resulta necesaria en la tramitación del divorcio por mutuo acuerdo ante notario la intervención de un representante del interés público, familiar, o de menores? Si en el divorcio no hay menores de edad o mayores de edad judicialmente incapacitados, la respuesta mayoritaria sería no. En tal circunstancia, deben los cónyuges *per se* decidir de la manera más armónica y racional posible la disolución de su matrimonio. Y ello ha sido la posición asumida por las legislaciones que le han atribuido competencia al notario en sede de divorcio por mutuo acuerdo, pero bajo el requerimiento de inexistencia de menores de edad o de mayores judicialmente incapacitados o dependientes de los progenitores.

Respecto de la intervención fiscal, no tengo duda de que en el caso cubano su intervención resulta oportuna sobre todo cuando se pretende deferir el ejercicio de la patria potestad a favor del padre o de la madre. El fiscal es uno de los baluartes de la legalidad, su cometido es el control de ésta y su restablecimiento en los supuestos en los cuales resulte quebrantada, pero también a él le corresponde velar por los intereses de los menores de edad, principalmente cuando están desprovistos de sus representantes legales; aun en presencia de progenitores o tutores, el fiscal puede evaluar el cumplimiento satisfactorio de los deberes que el ejercicio de la potestad paterna o materna o de la autoridad tutelar supone, de ahí su legitimación para promover proceso ordinario sobre privación o suspensión del ejercicio de la patria potestad o de remoción del tutor.

En este orden, el decreto-ley sobre el divorcio notarial cubano concede intervención fiscal en la tramitación del divorcio, cuando, a juicio del notario, las convenciones propuestas en el escrito de solicitud sean lesivas de los intereses de los menores o cuando se pretende deferir el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos menores por uno de los progenitores a favor del otro (*vid*. artículo 5 del decreto-ley). Por supuesto, la norma prevé ese traslado del notario, al fiscal, de manera discrecional. No está compelido a ello, siempre que a su juicio considere las convenciones propuestas ajustadas a los principios consagrados en el Código de Familia, y también diría de la Convención de los Derechos del Niño, de la cual Cuba es signataria y de otras de naturaleza afín, pero para ello hay una justa ponderación, un juicio racional, equilibrado, analítico, razonado. El notario tendrá que acudir a su experiencia profesional, a la pericia, a la lógica, al sentido común; otear las circunstancias objetivas y personales, dadas en los progenitores y los hijos menores de edad procreados en el matrimonio, amén de los valores informantes de la familia, en la cual el divorcio no puede contribuir a enfrentar tiránicamente las relaciones entre sus miembros. La ruptura familiar a la que el divorcio conduce, no debe traducirse en un hervidero de situaciones problémicas y sí, por el contrario, en el inicio de una nueva etapa en la que cada ex cónyuge reconducirá su vida, e intentará formar una nueva familia, a la cual han de pertenecer los hijos habidos de matrimonios o uniones consensuales anteriores. El divorcio, cueste lo que nos cueste reconocerlo, se ha convertido en un mal necesario. Punto y aparte en nuestra vida. No, punto y final de ella.

Por esa razón, siguiendo los dictados de la lógica, todo notario con sentido común remitirá al fiscal el escrito de solicitud cuyas convenciones se aparten de los propios postulados enunciados en el artículo 4 del decreto-ley, a saber: el normal desarrollo y educación de los hijos comunes menores, la adecuada interrelación y comunicación entre padres e hijos, la

satisfacción de las necesidades económicas de los hijos comunes menores de edad, la salvaguarda de sus intereses y el cumplimiento de los deberes que corresponden a los padres. Pero sólo lo remitirá cuando haya fracasado toda su gestión, encauzada a procurar una rectificación a tiempo de las convenciones propuestas. Por ello, el artículo 8 del Reglamento del decreto-ley franquea la posibilidad de que el notario, en razón de la función de asesoramiento técnico-jurídico de la que está investido *ex* artículo 10, inciso ll), de la Ley de las Notarías Estatales, y como parte también del principio de calificación, persuada a los cónyuges sobre la manera más certera y armónica de dirigir los hilos conductores de las relaciones paterno-filiales, tras la ruptura del vínculo marital, sin lesionar en lo absoluto los intereses de los hijos menores, los cuales, *v. gr.*, pudieran verse afectados con una pensión alimenticia a su favor, inicua. Sólo en el supuesto de que resulte infructuosa la función asesora, y diría también de consejo, brindada por el notario, pues los cónyuges pueden buscar en él no sólo el hombre o la mujer de amplios conocimientos jurídicos, sino el ser humano, de vasta experiencia en la vida, capaz de brindar el más oportuno consejo, en ocasiones más propicio que la más docta consulta legal; entonces le compete exponer razonadamente, a tenor del artículo 9, los motivos por los cuales remite al fiscal el escrito de solicitud del divorcio.

En el llamado escrito de remisión, documento de mero trámite, sin carácter de documento público, el notario expondrá las razones por las que no aprueba las convenciones propuestas por los cónyuges, qué motivos le impiden proseguir los trámites del divorcio, en qué sentido existe lesividad para los hijos menores, dónde radica la inequidad de las convenciones propuestas o cuáles son las razones aducidas por los progenitores para deferir el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos menores a favor de uno solo de ellos. No necesariamente tienen que darse varias circunstancias a modo de yuxtaposición. Es suficiente, *v. gr.*, que las convenciones sean lesivas para los hijos menores de edad, o lo sean para uno de ellos, cuando es evidente, por las circunstancias padecidas por ese menor de edad, como pudiera ser una situación de discapacidad física, sensorial o psíquica, que la pensión alimenticia o el régimen de comunicación del progenitor que no tiene a su favor la guarda y cuidado, sea muy particular, o con matices diferentes al mantenido para el resto, al pretender los progenitores, de consuno, un tratamiento igualitario para todos.

Si, tras seguir un juicio racional del notario, llega la solicitud del divorcio al fiscal, con el consiguiente escrito de remisión del notario, le corresponderá entonces emitir un dictamen[43]. Parto del supuesto de que, sólo a través del notario, puede llegar al conocimiento del fiscal una situación irregular en las convenciones propuestas por los cónyuges en la solicitud de divorcio.

El dictamen del fiscal puede resultar *favorable* o *en contrario*. En el primer caso, el notario continuará la tramitación del divorcio, según lo previsto en el tercer párrafo del artículo 12 del Reglamento del decreto-ley cubano, si bien nada se regula sobre si tal dictamen se adjunta o no a la matriz de la escritura de divorcio. Con la salvedad, a mi juicio, si bien la norma no lo prevé tampoco, que el notario no está compelido, aun con dictamen favorable del fiscal, a autorizar escritura de divorcio, pues le es dable, si a su juicio hay lesividad de

43. Criticado por DE LA FUENTE LÓPEZ, Jorge, «Necesidad y posibilidad de...», *cit.*, p. 95, cuando aún el divorcio notarial era una mera utopía en Cuba, para lo cual aduce razones nada técnicas, y sí basadas en un empirismo inusitado, desde el cual se mira con desdén cualquier garantía que la sola intervención fiscal ofrece en un proceso judicial o actuación notarial, con un sentido gremial despojado de toda racionalidad.

los intereses de los menores, a abstenerse de actuar, y dejar expedita la vía judicial, bien a través de un divorcio por mutuo acuerdo, o por justa causa, para lo cual ha de expedir certificación contentiva de su abstención para seguir conociendo del divorcio. Nada puede compeler al notario, que sólo debe obediencia a la ley.

Si el dictamen es *en contrario*, entonces sí está compelido a abstenerse de actuar, pues el dictamen fiscal no ha hecho más que corroborar las razones por las cuales se abstuvo en un primer momento y remitió la solicitud al propio fiscal dictaminante. En tal supuesto, cabe aun dar otra oportunidad a los cónyuges para adecuar sus convenciones a las consideraciones del fiscal. De mantenerse éstos en sus formulaciones primigenias, entonces según las prescripciones del artículo 10, primer párrafo, del Reglamento del decreto-ley «el Notario se abstendrá de continuar la tramitación del divorcio, interrumpiendo el trámite, todo lo cual hará constar en certificación que entregará a los cónyuges o sus representantes a quienes devolverá los documentos aportados, y los instruirá sobre las vías para presentar el divorcio ante el tribunal competente». Corresponderá al notario anotar, en el Libro Único de Asuntos Notariales, la constancia del dictamen en contrario, justificante de la no autorización del instrumento.

Es evidente entonces el papel del fiscal, quien ha de valorar casuísticamente cada una de las remisiones notariales e indagar, con los propios cónyuges o a través de terceros, los particulares que resulten necesarios para sustentar su dictamen, ya a favor, ya en contra, del divorcio notarial pretendido. No se trata de facultades omnímodas, ni meramente caprichosas, sino apoyadas en la experiencia profesional y en el profundo conocimiento del Derecho de Familia y de otras materias afines, jurídicas o no, que se tenga.

Si de garantías a favor de los menores hijos se trata, es significativo destacar las ofrecidas por el artículo 3 del Decreto 4436/2005 de Colombia, regulador del divorcio ante notario que, a diferencia de la norma cubana[44], exige que siempre que existan menores de edad habidos del matrimonio a disolver, se notificará al defensor de familia de los acuerdos a los que arriben los cónyuges, sean o no favorables al menor, resultando este trámite preceptivo para el notario, sin excepción alguna, disponiéndose además, lo cual omite nuestro legislador, un plazo para formular lo que se ha dado en llamar *concepto*, que, como ya expliqué, habrá de adjuntarse a la matriz [*vid.* artículo 2, inciso d) *in fine*], para lo cual se dispone de 15 días, contados a partir de la notificación. Período que, de discurrir, no impedirá al notario autorizar la escritura de divorcio y enviar copia de ésta al defensor, a costa de los propios interesados.

Si bien, al igual que en Cuba, los cónyuges no están compelidos en sede notarial a incorporar las observaciones del fiscal, o del defensor de familia, en el caso colombiano, aquellas referidas a la protección de los hijos menores de edad, de ser aceptadas por los cónyuges, posibilitan la culminación de los trámites del divorcio en esta sede. Lo contrario conllevaría a un desistimiento tácito, del otorgamiento de la escritura, en tanto el notario, no autorizaría la escritura cuando los cónyuges se nieguen a incorporar las observaciones aducidas a

44. Es dable apuntar que en la última versión del anteproyecto de Código de Familia cubano que data de 26 de mayo de 2008, en una de las alternativas a la regulación del divorcio por mutuo acuerdo ante notario cuando existen hijos menores de edad, o mayores judicialmente incapacitados, se propone que la intervención fiscal sea preceptiva, de modo que el dictamen fiscal favorable se convertiría en un presupuesto esencial para que el notario pueda autorizar la escritura de divorcio.

sus acuerdos. Desistido el divorcio, no le quedaría más remedio que devolver los documentos aportados a los interesados (*vid*. artículo 3, segundo párrafo).

IV.8. El régimen de convenciones a adoptar: el control notarial de legalidad y el de equidad

El verdadero régimen de convenciones se hace evidente en los ordenamientos que admiten el divorcio con hijos menores de edad, pues a ellos les es dable una especial protección.

Las convenciones en el divorcio ante notario son los acuerdos a los cuales arriban los cónyuges, que han de ser aprobados por éste, en estricto control de la legalidad, antes de autorizar la escritura en la cual quedaría contenido el divorcio autorizado. Acuerdos que han de versar sobre el régimen de comunicación y guarda y cuidado del progenitor que no tenga la tenencia del hijo menor, titularidad y ejercicio de la patria potestad, pensión alimenticia para los cónyuges y los hijos menores de edad habidos del matrimonio [*vid*. artículo 2, inciso c), del decreto colombiano y artículo 9, incisos b), c), ch) y d), del decreto-ley cubano y artículo 4 de su Reglamento], así como lo relativo a la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes constituida y el destino de la vivienda de titularidad común o de la sociedad de gananciales, según cada ordenamiento jurídico [*vid*. artículo 9, incisos a) y e), del decreto-ley cubano, así como el artículo 4 de su Reglamento y el artículo 2, inciso b), del decreto colombiano, respectivamente]. Aquí radica uno de los aspectos medulares del divorcio, a tener en cuenta por el notario autorizante. El notario ha de ser ponderado y racional en la valoración de las convenciones propuestas en el escrito de solicitud o petitorio por los cónyuges o sus representantes.

En la legislación cubana el artículo 4 del Decreto-Ley 154/1994 establece cánones o parámetros que deben considerarse para que el notario ofrezca un juicio certero, razonado, bien pensado, equilibrado, neutral, capaz de valorar en su justa medida cada convención, sin lesionar intereses de terceros, esencialmente de los hijos habidos en el matrimonio. El divorcio tiende a ser, aun en condiciones de mutuo acuerdo, un tema peliagudo, por los efectos ulteriores que provoca. En todo caso, debe garantizarse un adecuado balance entre los derechos y deberes de ambos cónyuges, sin menoscabo, ni sacrificio, para todos los hijos, sin distinción, sin que se vean favorecidos unos, en detrimento de otros, ni tampoco un progenitor más que otro. Es necesario sembrar el sentido de la solidaridad paterna y materna para con la prole, y de ésta para con aquéllos. El notario ha de estar claro que el divorcio no es la resolución de un contrato, no se trata de reajustar el equilibrio económico entre partes contratantes, sino el equilibrio emocional, muchas veces desajustado, tras la ruptura de una familia nuclear constituida, cuyo valor es inestimable, pues la familia es el sostén de cualquier sociedad, «un camino común, aunque particular, único e irrepetible, como irrepetible es todo hombre; un camino del cual no puede alejarse el ser humano. En efecto, él viene al mundo en el seno de una familia, por lo cual puede decirse que debe a ella el hecho mismo de existir como hombre. Cuando falta la familia, se crea en la persona que viene al mundo una carencia preocupante y dolorosa que pesará posteriormente durante toda la vida»[45]. Por ello la ruptura del vínculo marital no puede suspender el diálogo abierto

45. Juan Pablo II, *Carta del Papa a las Familias*, con motivo del año internacional de la familia (1994), en *http://www.conferenciaepiscopal.es/documentos/magisteriojpii/cartas/familias.htm*, consultada el 3 de mayo de 2005.

y fraternal entre padres e hijos que se inicia con el nacimiento de estos últimos y finaliza, por ley natural, con el fallecimiento de los primeros, aunque ya los hijos hayan formado nuevas familias nucleares.

El notario está apto para sopesar las convenciones propuestas, siempre poniendo a salvo los intereses de los menores, por esta razón, ha de indagar con cada cónyuge el sentido de las convenciones, sobre todo lo concerniente a las relaciones paterno-filiales (*vid.* artículo 7 del Reglamento del decreto-ley cubano), la calificación del escrito de solicitud es la espina dorsal de la escritura pública que autorizará, ante la más mínima inquietud ha de abstenerse temporalmente de la autorización y solicitará dictamen fiscal (*vid.* artículo 8, segundo párrafo, del Reglamento), previo a ello ha de agotar todos sus intentos por convencer a los cónyuges en la rectificación o modificación de las convenciones en el sentido expresado en el escrito de solicitud.

En los demás ordenamientos los acuerdos o convenciones se limitan a la separación consensual o disolución del vínculo matrimonial, y al régimen de alimentos entre los divorciantes [*vid.* en concreto el artículo 1124.A) del Código de Procedimiento Civil del Brasil, tal y como quedó modificado por el artículo 3 de la Ley 11441/2007 y el artículo 44 de la Resolución 35/2007].

A) Especial referencia a la extinción y disolución del régimen económico-matrimonial

Como pusiera Shakespeare en boca de Hamlet, «No siempre es perdurable nuestro mundo, y así, no es extraño que hasta nuestro amor cambie con nuestra fortuna, que es cuestión aún por resolver si el amor gobierna a la fortuna o la fortuna al amor»[46]. Importa y mucho a los cónyuges, aun constante matrimonio, la determinación del régimen económico-patrimonial del matrimonio, interés que se acrecienta con motivo de la disolución del matrimonio. Si se pasa revista a los ordenamientos pioneros en la regulación del divorcio por mutuo acuerdo ante notario puede constatarse que en Perú la Ley 29227/2008 en su artículo 4, inciso b), lleva al plano de requisito, para que el notario conozca del divorcio por mutuo acuerdo, que los cónyuges carezcan de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales, o si ése hubiera sido el régimen que rigió los destinos del patrimonio marital, se hubiere otorgado previamente ante notario escritura pública de sustitución o liquidación de dicho régimen, inscrita en los correspondientes registros públicos, o sea, el legislador ha puesto un valladar inexpugnable que impide la posibilidad de que el notario haga pronunciamiento alguno en la separación convencional o en el divorcio ulterior sobre tal particular. Extremo que es reforzado en el artículo 5, inciso f), de la propia norma cuando exige como documento a adjuntar al escrito de solicitud, la escritura pública ya citada[47].

Por el contrario, en Ecuador, similar a lo que sucede en Cuba, Colombia y Brasil, la disolución del régimen ganancial o comunitario que regía el aspecto patrimonial del matrimonio, puede hacerse simultáneamente o con posterioridad al divorcio. La diferencia entre estos ordenamientos está en que, mientras en Ecuador no es posible en el mismo instrumen-

46. Shakespeare, William, *Hamlet, Príncipe de Dinamarca*, acto III, escena II.

47. A pesar de que la ley diga que se adjunta la escritura pública, hay que entender que se refiere a la copia de dicha escritura porque la matriz quedará para siempre en el protocolo del notario autorizante. Ello, no obstante, ha sido superado por el Reglamento de la ley que en su artículo, 5 incisos h) e i), alude al «Testimonio de la Escritura Pública (...)».

to público incluir el divorcio con la disolución y liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, en el resto de los mencionados sí, y es lo más común en lo que concierne a los bienes inmuebles (sobre todo en la experiencia cubana de la que puedo «dar fe»).

Si ambos cónyuges están de acuerdo en liquidar la comunidad matrimonial de bienes constituida constante matrimonio, en la propia escritura de divorcio puede ponerse fin a la comunidad extinta, a través de operaciones divisorias y liquidatorias, a menos que declinen a ese derecho, según lo establece el artículo 9, inciso f), del decreto-ley cubano.

En Cuba, en el escrito de solicitud de divorcio, ambos cónyuges deben proponer al notario el destino de los bienes comunitarios, amén del pronunciamiento que necesariamente deben hacer sobre la vivienda adquirida en común (*vid*. artículo 4.1, apartado 4, del Reglamento). De ahí, una diferencia importante. Si no hay acuerdo sobre dicha vivienda, no procede el divorcio por la vía notarial (se colige de lo regulado en el artículo 1 *in fine* del Reglamento). Si éste no existe sobre el resto de los bienes, cabe la disolución ante notario público y la liquidación de los bienes comunes habidos en el matrimonio, ante el tribunal competente (se colige del artículo 4.3 del Reglamento).

Tan sólo tendrán que acreditarse las titularidades de los bienes comunitarios y de tratarse de bienes sujetos a registro, las certificaciones acreditativas de su inscripción y su debida descripción física (*vid*. artículo 71 del Reglamento notarial).

Ante la posibilidad –como ya se expresó–, de los cónyuges, de declinar al derecho a liquidar la comunidad matrimonial de bienes extinta, tras la disolución del matrimonio, compete al notario dejar consignado explícitamente como advertencia legal el plazo de caducidad de un año, contado éste a partir del día siguiente de la autorización de la escritura de divorcio, para liquidar la comunidad matrimonial de bienes, ya por vía judicial[48] o extrajudicial[49], con las consecuencias previstas en el artículo 40 del Código de Familia, o sea, de que «cada cónyuge quedará como propietario único de los bienes muebles de propiedad común cuya posesión haya mantenido a partir de dicha extinción».

Por su parte, la Ley del Notariado ecuatoriano establece en su artículo 18, ordinal 23, tras la modificación operada por la Ley 2006-62, de 28 de noviembre de 2006, que la liquidación de la sociedad conyugal procede mediante escritura pública, una vez disuelta aquélla. «Este convenio se inscribirá en el Registro de la Propiedad correspondiente cuando la liquidación

48. En este sentido el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo ha dispuesto por Dictamen núm. 375, de 29 de agosto de 1996, «... declinado por los cónyuges su derecho a realizar ante el Notario en la propia acta (sic) en que acuerdan la disolución del vínculo que los une, es inequívoco que para su logro necesariamente tendrán que acudir al correspondiente Tribunal Municipal, cuyo órgano al carecer de actuaciones precedentes, vendrá obligado a registrar la promoción en el libro general de radicación de asuntos contenciosos, y ventilarla conforme a las reglas de partición y adjudicación de la herencia intestada contenidas en los artículos 559 y siguientes de la citada Ley de Trámites».

49. A tenor del Apartado Tercero del Dictamen 5/1995, de 6 de junio, la Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia ha dejado claro «Que el artículo 9 del referido Decreto-Ley 154 establece los aspectos que debe contener la escritura notarial que declare el divorcio, y en su inciso g) establece como uno de estos aspectos, las advertencias legales correspondientes en cuanto a la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, en caso de que expresamente declinaran su derecho a realizarla en el propio acto. Este artículo aclara que proceden las advertencias si los cónyuges no han determinado en el propio acto liquidar la comunidad de bienes; lo que le permite al notario, conforme siempre a la voluntad de las partes, autorizar sólo la escritura de divorcio y luego otra escritura de liquidación de la comunidad de bienes o ambas en un mismo documento, si así lo acuerdan», en Pérez Gallardo, Leonardo B., Almaguer Montero, Julliett y C. Ojeda Rodríguez, Nancy, *Compilación de Derecho Notarial*, Félix Varela, La Habana, 2007, p. 46.

comprenda bienes inmuebles, y en el Registro Mercantil cuando existieren bienes sujetos a este Registro. Previamente a la inscripción, el notario mediante aviso que se publicará por una sola vez en uno de los periódicos de circulación nacional en la forma prevista en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, hará conocer la liquidación de la sociedad conyugal (...) para los efectos legales consiguientes. Transcurrido el término de veinte días desde la publicación y de no existir oposición, el notario sentará la respectiva razón notarial y dispondrá su inscripción en el registro o registros correspondientes de los lugares en los que se hallaren los inmuebles y bienes objeto de esta liquidación. De presentarse oposición, el notario procederá a protocolizar todo lo actuado y entregará copias a los interesados, para que éstos, de considerarlo procedente, comparezcan a demandar sus pretensiones de derecho ante los jueces competentes».

En tanto, el Instructivo de procedimientos elaborado por la Comisión Académica Notarial ecuatoriana hace referencia a la posibilidad coetánea de la firma de la escritura de liquidación de la sociedad conyugal, esencialmente, cuando ello se ha puesto como condición por uno de los cónyuges para acceder al divorcio por la vía notarial, pero aclaro, en instrumentos públicos diferentes, lo cual viene dado en buena medida porque el divorcio, según la legislación ecuatoriana, se hace constar por acta y la liquidación de la sociedad conyugal, por escritura pública.

En Colombia, el artículo 2, inciso b), del Decreto 4436/2005 establece que en el petitorio de divorcio se ha de contener el acuerdo de los divorciantes respecto del estado en que se encuentra la sociedad conyugal, particular que quedará incluido en la escritura que declare la disolución del vínculo matrimonial o la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos. No obstante, la liquidación de la sociedad conyugal no es un requisito esencial para acordar el divorcio o la cesación de efectos civiles de los matrimonios religiosos. Ello podrá hacerse, como sucede en Cuba, en otra escritura o por vía judicial, según lo dispongan los divorciantes[50].

En Brasil, la Ley 11411/2007 al modificar el artículo 1124.A) del Código de Procedimiento Civil permite que la división de los bienes comunes se haga constar en la propia escritura de separación o de divorcio consensual. De ahí que el artículo 33, inciso f), de la Resolución 35/2007 del Consejo Nacional de Justicia exija para la autorización de la escritura de separación o de divorcio consensual, los documentos necesarios, acreditativos de la titularidad de los bienes muebles o derechos, si hubieren. De existir tales bienes, en el cuerpo de la escritura se hará constar los bienes propios de cada cónyuge y los comunes que se liquidan, conforme con el régimen económico-patrimonial escogido (*vid.* artículo 37 de la mencionada resolución).

IV.9. Instrumento público notarial en el que se ha de hacer constar el divorcio. Efectos

No pretendo dar recetas de corte normativo, ni tampoco de índole notarial. Cada Estado es libre de regular cada institución jurídica. Eso sí, no podemos olvidar que vivimos en una aldea globalizada y que cada día los seres humanos nos trasladamos con mucha más facili-

50. *Vid.* Parra Benítez, J., *Manual de...*, *cit.*, p. 266.

dad de una nación a otra y asimismo circulan en el tráfico jurídico los documentos públicos notariales.

He podido constatar que no existe un criterio armónico, ni mucho menos homogéneo respecto del tratamiento normativo que las leyes notariales ofrecen en relación de los tipos de instrumentos públicos y sobre todo en lo que concierne a la clasificación atendiendo a su contenido, en escrituras públicas y actas notariales. No es dable repasar sobre conceptos aprendidos en el pregrado. A lo sumo acudir a algunos clásicos en estos predios[51]. En efecto, la doctrina dominante sostiene el criterio de que las escrituras públicas son el reservorio de cualquier manifestación de voluntad de carácter negocial y qué es el divorcio consensuado o por mutuo acuerdo, si no la convergencia de declaraciones negociales de voluntad de los cónyuges destinadas a poner fin al vínculo matrimonial con los efectos jurídicos que ello conlleva[52], como la disolución del matrimonio, la adquisición de un nuevo estado conyugal, a saber: el de divorciado, la extinción del derecho sucesorio *ab intestato* entre los cónyuges, la extinción del régimen económico-patrimonial existente durante el matrimonio (si fue uno de naturaleza comunitaria o societaria, como la sociedad legal de gananciales, e igualmente si fue el de participación), la posible exigibilidad del derecho a alimentos a favor del ex cónyuge que lo necesitare y de los hijos menores de edad respecto del progenitor que no tenga a su cargo la guarda y cuidado, así como lo relativo a la determinación del ejercicio de la patria potestad), declaraciones que convergen en un acuerdo recíproco o mutuo, de ahí las expresiones mutuo acuerdo o mutuo consentimiento. En todo caso, de lo que no cabe duda es de la existencia de declaraciones negociales de voluntad. Y si ello es así, no existe otra vía instrumental notarial que la escritura pública para servirle de soporte formal. Como agudamente expresaba Núñez Lagos en las escrituras «No hay hecho puro, sino que el hecho que presencia el notario está, en lo necesario, interferido por la voluntad de las partes y la del legislador (...)»[53]. Y en tal sentido advertía el gran maestro del Derecho Notarial español que «... si pasamos algunos negocios jurídicos al acta por razones de circunstancias de tiempo o lugar, autorizaremos una verdadera escritura con el nombre de acta. El vestido o el nombre no cambia la naturaleza de la cosa»[54].

Y es que no procede la autorización de un acta en este sentido, pues en las actas el notario se limita a hacer constar lo que ve o escucha, pero sin alterarlo, sin moldearlo, lo narra tal cual es, cuestión que no opera en sede de divorcio por mutuo acuerdo en el que los cónyuges necesitan la validación u homologación de su *declaración de voluntad negocial* de poner fin al matrimonio. Si lo hicieran de manera privada, tal acuerdo no surtiría efecto alguno, sería inoperante como divorcio, porque la facultad de dar por válido el acuerdo de los cónyuges de dar por extinguido el matrimonio le corresponde al notario o a la autoridad que cada ordenamiento jurídico nacional entienda a bien atribuírsela, como *v.gr.*, el conservador del estado civil en Portugal, el juez a cargo del Registro Civil en México o la municipalidad en Perú. Se trata, en definitiva, de declaraciones de voluntad contenidas en

51. *Vid.*, a tal fin, Sancho-Tello y Burguete, Vicente, *Derecho Notarial de España*, 2.ª edición, Librería de Ramón Ortega, Valencia, 1900, pp. 129-134 y 179-188; Giménez-Arnau, Enrique, *Introducción al Derecho Notarial*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, pp. 249-277; Pelosi, Carlos A., *El documento notarial*, 3.ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1997, pp. 275-280.

52. En la doctrina colombiana Parra Benítez, J., *Manual de...*, *cit.*, p. 266, lo califica de acto jurídico solemne.

53. Núñez Lagos, Rafael, *Estudios de Derecho Notarial*, tomo I, Instituto de España, Madrid, 1986, p. 325.

54. *Idem*, p. 326.

un acuerdo conyugal que tiene por fin instrumentar el divorcio. El notario no se mantiene como un ente pasivo que «levanta acta» del hecho que ha presenciado, precisamente actúa esculpiendo ese acuerdo. De ahí que la escritura pública de divorcio no se limite al efecto probatorio, ella *per se*, podría constituir, conforme con el Derecho vigente, título de legitimación, o tener fuerza ejecutiva, efecto este último del cual carecen las actas notariales. No se olvide, además, que este tratamiento dispar que ofrecen los ordenamientos jurídicos que han regulado el divorcio por mutuo acuerdo ante notario, en nada favorece la circulación en el tráfico jurídico internacional de los documentos públicos notariales en que se contiene el divorcio, sobre todo para aquellos países en que aún se ve con cierta ojeriza la intervención del notario en el divorcio por mutuo acuerdo y en los cuales muchas veces hay que hacerlos valer, tratándose de un acto que afecta el estado civil familiar de las personas.

Aun así, a mi lamentar, ordenamientos como el ecuatoriano han reconocido que el divorcio se ha de hacer constar por acta notarial. Es cierto que la Ley del Notariado ecuatoriano en su artículo 18, ordinal 22, diáfanamente establece: «El notario levantará un acta de la diligencia en la que declarará disuelto el vínculo matrimonial, de la que debidamente protocolizada (...)».

Mientras, la reciente Ley 29227/2008 del Perú en su artículo 6, cuarto párrafo, establece que la separación convencional se hará constar por resolución si se tramita ante la municipalidad, y por acta, si es ante notario. En tanto, el artículo 7 de la propia ley, atinente al divorcio ulterior, hace mutis respecto del tipo de instrumento público que dará forma al divorcio. Empero, a pesar de algunas lucubraciones doctrinarias apriorísticas en este sentido[55], el autor del Reglamento de la Ley 29227/2208 dio un vuelco interesante al regular que el divorcio se ha de hacer constar por escritura pública, no sin antes regularlo de una manera, a mi criterio, algo retorcida, pues en el artículo 13, segundo párrafo, de dicha norma establece que el notario extenderá en un plazo de cinco días el acta notarial en la que se hará constar la disolución del vínculo matrimonial solicitada y se elevará a escritura pública la solicitud a que se contrae el artículo 7 de la ley, que no es sino la conversión en divorcio de la separación convencional, transcurridos los dos meses establecidos *ex lege*, escritura en la cual se insertarán las actas de separación convencional y de disolución del vínculo matrimonial (*vid*. artículo 7 de la ley y 13, segundo y tercer párrafos, del Reglamento). Se cumplen así los vaticinios de algunos autores[56].

En tanto, las normas reguladoras del divorcio por mutuo acuerdo ante notario en Cuba, Colombia y Brasil, también reconocen, ahora bien con rectitud meridiana, que el instrumento notarial es la escritura pública. El Decreto-Ley 154/1994 en su artículo 1 lo deja claramente

55. Ello a pesar de que el artículo 25 de la Ley del Notariado peruano distingue perfectamente en los instrumentos públicos protocolares a las escrituras públicas y las actas. Empero, ya antes de la promulgación de la Ley 29227/2008, los comentaristas del último proyecto de ley afirmaban que se trataba de un acta. *Vid*. Cam Carranza, G., «Separación convencional...», *cit*., p. 22. Asimismo Bazán Naveda, C.H., «El divorcio...», *cit*., p. 2.

56. *Vid*. Salazar Puente de la Vega, Mercedes, «Perú y el divorcio notarial» (inédito), p. 10, quien, en la décima y última de sus conclusiones, atinadamente afirma: «En la Ley 29227, se ha omitido aclarar que el último acto notarial, que expida el notario, declarando disuelto el vínculo matrimonial, será la escritura pública, por ser el pertinente, por la naturaleza del acto, que contiene». Omisión que también tuvo en su momento el «DICTAMEN DE LA COMISIÓN DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS...», *cit*., p. 15 y que, sin embargo, si bien no lo advierte explícitamente el Dr. Fernando Vidal Ramírez en su opinión, contenida en dicho informe, p. 22, sí deja dicho a modo de *obiter dicta*, al inclinarse por la tramitación ante notario, que la voluntad de los cónyuges no sólo de divorciarse, incluso de separarse se exprese por escritura pública. Particular este último que no llegó a cumplir ni en el autor de la Ley, ni del Reglamento.

expresado, además de los artículos 43.4 y 50, ambos del Código de Familia, según la redacción dada por la Disposición Final Segunda del decreto-ley, lo cual se reitera en el articulado del decreto-ley y de su reglamento. Con igual amplitud se regula en Colombia que desde el artículo 34 de la Ley 962/2005 reserva la escritura pública como expresión documental del divorcio consensual, luego desarrollado en el articulado del Decreto 4436/2005. E igual acontece con la Ley 11441/2007 del Brasil, modificatoria en su artículo 3 del artículo 1124.A) del Código de Procedimiento Civil, que desde su inicio deja claro que «A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por *escritura pública* (...)», también complementada por la Resolución 35/2007 del Consejo Nacional de Justicia que pormenoriza la regulación de la separación y el divorcio consensual ante notario, a instrumentarse por escritura pública.

IV.10. Inscripción registral del divorcio ante notario. La expedición de copias

Otro de los tópicos donde hay convergencia en las legislaciones estudiadas es en lo atinente a la inscripción del documento público notarial en que se instrumenta el divorcio por mutuo acuerdo, en los registros civiles correspondientes. De todas maneras cada legislación ofrece sus peculiariadades. En Perú la autoridad, sea el notario o el alcalde que conoce del divorcio, dispone, de oficio, la inscripción en el registro correspondiente (*vid*. artículo 7, último párrafo, de la ley y artículo 13, último párrafo, del Reglamento), principalmente «se solicitará la anotación marginal, en la partida de matrimonio, donde conste la disolución del vínculo matrimonial»[57].

En Colombia la legislación es más explícita en este sentido. El artículo 6 del Decreto 4436/2005 establece que «Una vez inscrita la Escritura de divorcio o de la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso en el Libro Registro de Varios, el Notario comunicará la inscripción al funcionario competente del Registro del Estado Civil, quien hará las anotaciones del caso, a costa de los interesados». A pesar de que la norma no lo dice, cabría suponer que se trata del Registro del Estado Civil en que obra el matrimonio disuelto.

Por su parte, el artículo 40 de la Resolución 35/2007 del Consejo Nacional de Justicia de Brasil establece que la copia o traslado de la escritura pública de separación o divorcio consensual será presentada ante el Oficial del Registro Civil en el que está inscrito el matrimonio para la necesaria anotación a tal fin, sin requerirse autorización judicial, ni la audiencia del Ministerio Público. Eso sí, a diferencia de Colombia y también de Cuba como constataremos, en Brasil, le corresponde a los ya ex cónyuges la presentación de la copia de la escritura pública ante el Oficial del Registro Civil pues el tabelión o notario no lo hace de oficio, incumbiéndole tan sólo insertar en la escritura la advertencia legal a que se refiere el artículo 43 de la resolución, esto es, que las partes fueron orientadas sobre la necesidad de que la copia de la escritura pública sea presentada en el registro civil en que obra el asiento de inscripción del matrimonio, a los fines de consignar la anotación debida.

En Cuba, compete al notario remitir notificación, de oficio, no sólo a los registros del estado civil en que obra el asiento de inscripción del matrimonio extinto, sino también a

57. Tal y como arguye Salazar Puente de la Vega, M., «Perú y el divorcio...», *cit*., pp. 9-10.

aquellos en los que está asentado el nacimiento de los ex cónyuges, para lo cual dispone de un término de 72 horas, contado éste a partir del día siguiente de la autorización de la escritura (*vid*. artículo 13 del Reglamento notarial)[58].

En Ecuador esta garantía de contribuir a la inscripción del divorcio en el Registro Civil, por parte del notario, también se prevé en el ordinal 22 del artículo 18 de la Ley del Notariado. El notario, tras autorizar el acta en la que declarará disuelto el vínculo matrimonial, matrizada o llevada a protocolo, hará entrega de copias certificadas a las partes y oficiará al Registro Civil para su marginación respectiva. Algo *sui generis* que brinda la legislación ecuatoriana y que refuerza la seguridad del tráfico jurídico es que «el Registro Civil a su vez, deberá sentar la razón correspondiente de la marginación en una copia certificada de la diligencia, que deberá ser devuelta al notario e incorporada en el protocolo respectivo»[59]. Con ello el notario no abrigará dudas de la inscripción del divorcio en el Registro, particular este del que los notarios cubanos carecemos, pues no recepcionamos acuse de recibo de la notificación enviada. También prevé la norma ecuatoriana que «El sistema de correo electrónico podrá utilizarse para el trámite de marginación señalada en esta disposición». Confiemos en la seguridad que pueda brindar el correo electrónico, cuando en la mayoría de los países latinoamericanos no se cuenta con entidades de certificación que puedan garantizar la fiabilidad de una firma digital avanzada.

V. A MODO DE EPÍLOGO: LOS VIENTOS SOPLAN A NUESTRO FAVOR

Con mucha razón llegó a decir la Madre Teresa de Calcuta: «Para hacer que una lámpara esté siempre encendida, no debemos dejar de ponerle aceite». Y si verdaderamente queremos mantener la lumbre que hoy representa para el notariado latino la atribución de nuevas competencias en temas trascendentales no sólo en el orden jurídico, sino también social, como lo es, sin duda, el divorcio por mutuo acuerdo, el notariado ha de estar muy consciente de lo que tal reto implica. Es, por tanto, el nivel de profesionalidad que el desempeño notarial lleva implícito, su sentido común, el conocimiento del Derecho Civil y de Familia, su vocación humanista, su intuición jurídica, su recto saber del sentido de la racionalidad, el control de equidad y de legalidad de las convenciones propuestas, su propensión por la defensa de los altos valores que informan las instituciones sociales y jurídicas, dentro de ella la familia y, con especial desvelo, la protección del interés superior del menor, los que constituirán el aceite que hará permanecer en el tiempo la lumbre irradiada por la institución notarial a toda la sociedad.

58. Ello con el propósito de cumplir lo previsto en el artículo 3, segundo párrafo, de la Ley del Registro del Estado Civil, lo cual se hará por nota marginal, en el asiento correspondiente al nacimiento de los ex cónyuges [*vid*. artículo 42, inciso ch), de la Ley del Registro del Estado Civil], al de su matrimonio [*vid*. artículo 60, inciso a), de la misma Ley], ahora extinto y cuya publicidad se pretende y al de adquisición, pérdida o recuperación de la ciudadanía cubana [*vid*. artículo 81, inciso ch), de la propia Ley].

No puede perderse de vista que, conforme con lo dispuesto en la Disposición Especial Cuarta de la Ley del Registro del Estado Civil, los registros del estado civil pueden expedir certificaciones de divorcio, conforme con las anotaciones marginales que obran en los asientos de nacimiento y de matrimonio de las personas que se trate, con ello cumplen lo previsto en el ya citado segundo párrafo del artículo 3 de la propia ley, que supedita el valor probatorio de los documentos en que se contienen los hechos y los actos que constituyan o afecten el estado civil de las personas a su previa anotación o inscripción en el nombrado Registro.

59. A ello también se refiere el Instructivo de procedimientos elaborado por la Comisión Académica Notarial de la Federación Ecuatoriana de Notarios, con un especial énfasis en el logro de la seguridad jurídica notarial.

Nada, los vientos soplan hoy a nuestro favor, debemos alentarlos, pero cuidando siempre la medida de su empuje y de su fuerza, para ello tiene experiencia el notariado. Este reto hay que encararlo pero con mesura y sagacidad. Como apuntara hace años Vallet de Goytisolo «la educación del notario en el arte de lo justo requiere que nos percatemos de que la visión de lo concreto no ha de nublarnos ni impedirnos ver la perspectiva general (...) es preciso comprender que no podemos limitarnos a esta visión genérica (...) olvidando lo que de concreto tiene nuestra personalidad plena de hombres, que vivimos en un lugar geográfico y en un momento histórico, político y cultural determinado, soslayando así indebidamente los datos especiales y concretos que maticen cada cuestión planteada. La consecución de esta visión, equilibradamente general y específica a la vez, constituye un logro fundamental para educar en el sentido de lo justo, imprescindible para el notario»[60], esencial apuntaría yo, al instrumentar los actos del Derecho Familiar, en el que lo justo desplaza muchas veces a las más elaboradas construcciones técnicas *more geometrico*. No perdamos de vista esta dimensión, si queremos que los vientos sigan soplando a nuestro favor.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Fuentes doctrinales:

Baquerizo González, Jorge, «El divorcio por mutuo consentimiento ante notario público: ¿acierto o desacierto legislativo?» (inédito); Bazán Naveda, César Humberto, «El divorcio notarial» (inédito); Cam Carranza, Guillermo, «Separación convencional y divorcio ulterior en vía notarial y municipal», en Cam Carranza, Guillermo; Bélfor Zárate del Pino, Juan y B. Pérez Gallardo, Leonardo, *El divorcio notarial y la evolución de las instituciones*, Arco Legal editores, Gaceta Notarial, Lima, 2008; Campo Güeri, Miguel Ángel, «Notariado y jurisdicción voluntaria», conferencia impartida en el Ilustre Colegio Notarial de Madrid, el 16 de marzo de 2006 (inédita); Carbonell Barberán, Ramiro, *Legislación notarial*, Cultural, La Habana, 1939; Carrión García de Parada, Pedro, «Aspectos jurídicos y fiscales del divorcio amistoso», en *Notarius Internacional*, vol. 5, núm. 4, 2000 y en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 34, abril-junio 2000; Corcuera García, Marco A., *Comentarios a la Ley del Notariado peruano*, Marsol, Perú editores, SA, Lima, 1994; Cuéllar Fonseca, Pilar y Rodríguez Blanco, Ismael, «Algunas consideraciones y reflexiones sobre la vía actual de tramitación del divorcio por mutuo acuerdo», contenido en «Relatorio de la Sociedad Cubana de Derecho Civil y de Familia», en *Revista Cubana de Derecho*, núm. 2, abril-junio, 1991; Chávez Asencio, Manuel F., *La familia en el Derecho. Relaciones jurídicas conyugales*, 4.ª edición actualizada, Porrúa, México, 1997; Díaz Pairó, Antonio, *El divorcio en Cuba*, Biblioteca de la Revista Cubana de Derecho, La Habana, 1935; Fuente López, Jorge de la, «Necesidad y posibilidad de un nuevo Código de Familia. Ideas en torno a esta polémica», en *Revista Cubana de Derecho*, año XVIII, núm. 38, julio-septiembre, 1989; Fernández de Buján, Antonio, *La jurisdicción voluntaria*, Civitas, Madrid, 2001; Garcés Cisneros, José, «La jurisdicción voluntaria en la actuación notarial», *Revista Cubana de Derecho*, año XVIII, núm. 37, abril-junio, 1989; Giménez-Arnau, Enrique, *Introducción al Derecho Notarial*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944; Gómez Treto, Raúl, «¿Hacia un nuevo Código de Familia?», en *Revista*

60. Vallet de Goytisolo, Juan B., «La función del notario y la seguridad jurídica», II, en *Revista de Derecho Notarial*, XVII, 1976, pp. 207 y siguientes.

Cubana de Derecho, núm. 34, año XVII, julio-septiembre 1988; Hernández León, Rigoberto y Fernández Díaz, Arnaldo Miguel, «Crítica a la regulación jurídica estatal del divorcio en Cuba», en *Revista Jurídica*, núm. 12, año IV, julio-septiembre, 1986; Juan Pablo II, *Carta del Papa a las familias con motivo del año internacional de las familias (1994)*, en *http://www.conferenciaepiscopal.es/documentos/magisteriojpii/cartas/familias.htm*, consultado el 3 de mayo de 2005; Laféyre, André, «La Europa de los contratos. Realizaciones y posibilidades del notariado (25 junio 1966)», cfr. traducido en *Revista de Derecho Notarial*, LXI-LXII, julio-diciembre 1968; Llanes Machado, Silvia y Mendoza Díaz, Juan, «Utilización de la computación en el proceso especial de divorcio. Experiencias» en *Revista Cubana de Derecho*, núm. 3, 1991; López Castillo, Raúl, *El divorcio*, 1.ª edición, Jesús Montero editor, La Habana, 1932; Mesa Castillo, Olga, «El divorcio: otro ángulo de análisis», en *Revista Cubana de Derecho*, año XVIII, núm. 38, julio-septiembre, 1989; Montoya Pérez, Guillermo, «El divorcio en el Derecho colombiano», en Acedo Penco, Ángel y Pérez Gallardo, Leonardo B. (coordinadores), *El divorcio en el Derecho Iberoamericano* (en imprenta); Núñez Lagos, Rafael, *Estudios de Derecho Notarial*, tomo I, Instituto de España, Madrid, 1986; Pallares Portillo, Eduardo, *El divorcio en México*, 6.ª edición, Porrúa, México, 1988; Parra Benítez, Jorge, *Manual de Derecho Civil-Personas, familia y derecho de sucesiones*, Temis, Bogotá, 2007; Pelosi, Carlos A., *El documento notarial*, 3.ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1997; Pereira Coelho, Francisco y de Oliveira, Guilherme, *Curso de Direito da Familia*, volume I, 3.º edição, Coimbra Editora, 2003; Pérez Duarte, Alicia, *Derecho de Familia*, 1.ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1994; Pérez Gallardo, Leonardo B., «El divorcio por mutuo acuerdo ante notario: Mitos y tabúes», en Cam Carranza, Guillermo; Bélfor Zárate del Pino, Juan y Pérez Gallardo, Leonardo B., *El divorcio notarial y la evolución de las instituciones*, Arco Legal editores, Gaceta Notarial, Lima, 2008; Quispe Salazar, Richard, «El divorcio por mutuo acuerdo en municipalidades y notarías en el Perú», en *http://www.capeca.org/divorcio/ley%20de%20divorcio.pdf*, consultado el 9 de junio de 2008; Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, I-*Introducción, personas y familia*, 17.ª edición, Porrúa, México, 1980; Salazar Puente de la Vega, Mercedes, «Perú y el divorcio notarial» (inédito); Sánchez Medal, Ramón, *El divorcio opcional*, 2.ª edición reelaborada, Porrúa, México, 1999; Sánchez Roca, Mariano, *Leyes civiles de Cuba y su jurisprudencia*, volumen III-*Legislación hipotecaria, notarial y sobre derechos reales*, Lex, La Habana, 1954; Sancho-Tello y Burguete, Vicente, *Derecho Notarial de España*, 2.ª edición, Librería de Ramón Ortega, Valencia, 1900; Santana Calderín, María Amparo, «El Divorcio Notarial. Análisis crítico del Decreto-Ley 154», Ed. ONBC, La Habana, 1995; Vainsencher, Tânia, «El divorcio en el Derecho brasileño», en Acedo Penco, Ángel y Pérez Gallardo, Leonardo B. (coordinadores), *El divorcio en el Derecho Iberoamericano* (en imprenta); Vallet de Goytisolo, Juan B., «La función del notario y la seguridad jurídica», II, en *Revista de Derecho Notarial*, XVII, 1976; Zárate del Pino, Juan Bélfor, «La separación convencional y divorcio en municipalidades y notarías: una alternativa», en Cam Carranza, Guillermo; Bélfor Zárate del Pino, Juan y Pérez Gallardo, Leonardo B., *El divorcio notarial y la evolución de las instituciones*, Arco Legal editores, Gaceta Notarial, Lima, 2008.

Fuentes legales:

Constitución de la República de Cuba, promulgada el 5 de julio de 1940, por Gustavo Gutiérrez Sánchez, Lex, La Habana, 1941; Ley 11411/2007, de 4 de enero, que modifica las disposiciones de la Ley 5869/1973, de 11 de enero (Código de Procedimiento Civil), posibilitando la realización de inventario, partición, separación consensual y divorcio consensual por vía administrativa en el Brasil y la Resolución 35 de 24 de abril de 2007 del Consejo

Nacional de Justicia que disciplina la aplicación de dicha ley para los servicios notariales y de Registro; Ley 962/2005, de 8 de julio, publicada en el *Diario Oficial*, núm. 46023, de 6 de septiembre de 2005 y el Decreto 4436 de 28 de noviembre de 2005 del Ministerio de Justicia e Interior de Colombia, sobre el divorcio ante notario y la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos, complementario del artículo 34 de la Ley anterior; Decreto Supremo núm. 1404, Ley Notarial del Ecuador, de 26 de octubre de 1966 (modificada y actualizada a 1 de enero de 2007), contenida en *Leyes: Registro y Notarial, Legislación conexa y concordancias*, 2.ª edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2007; *Código Civil Português*, aprobado por el Decreto-lei 47 344 de 25/11/1966, con entrada en vigor a 1/07/1967 (modificado por el Decreto-lei 496/1977 de 25/11/1977), Edições Almedina, 2005; *Código de Processo Civil Português*, aprobado por el Decreto-lei 44 129 de 28/12/1961 (modificado por el Decreto-lei 329-A/95 de 12/12/1995 y Decreto-lei 180/96 de 25/09/1996), Edições Almedina, 2005; *Código do Registo Civil Português*, aprobado por el Decreto-lei 131/95 de 6/06/1995, Edições Almedina, 2005; Decreto-lei 272/2001 de 13/10/2001, que establece «Novas competência do Registo Civil», Rectificado de acuerdo con la Declaración de Rectificación núm. 20-AR/2001, publicada en el Diário da República de 30/11/2001; Ley 29227/2008, de 15 de mayo, que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y el divorcio ulterior de las municipalidades y notarías en el Perú, publicada en el *Boletín Oficial de normas legales de El Peruano*, año XXV, núm. 10233, de 16 de mayo de 2008, complementada por el Decreto Supremo 009-2008-JUS, Reglamento de la Ley que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y el divorcio ulterior en las Municipalidades y Notarías, de 12 de junio de 2008, publicado en el *Boletín Oficial de normas legales de El Peruano*, año XXV, núm. 10261, de 13 de junio de 2008; *Código de Familia de la República de Cuba*, Ley 1289 de 1975, vigente desde el 8 de marzo de 1975, Divulgación del MINJUS, La Habana, 1999; *Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico*, Ley 7/1977, de 19 de agosto, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Ordinaria, núm. 34, de 20 de agosto de 1977, modificada por el Decreto-Ley 241/2006, de 26 de septiembre, contenido en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, núm. 33, Extraordinaria, de 27 de septiembre de 2006; *Legislación notarial*, por Ramiro Carbonell Barberán, Cultural, La Habana, 1939; Ley *De las Notarías Estatales*, Ley 50/1984, de 28 de diciembre, editada por el Ministerio de Justicia, mayo de 1986 y su *Reglamento*, contenido en la Resolución 70/1992, de 9 de junio, del Ministro de Justicia; Ley *Del Registro del Estado Civil*, Ley 51/1985, de 15 de julio, publicación del MINJUS, La Habana, 1998, y su *Reglamento*, contenido en la Resolución 157/1985, de 25 de diciembre, del Ministro de Justicia, publicación del MINJUS, La Habana, 1998; Decreto-Ley 154/1994, de 6 de septiembre, *Del divorcio notarial*, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Ordinaria, núm. 13, de 19 de septiembre de 1994, y su Reglamento, contenido en la Resolución 182/1994, de 10 de noviembre, del Ministro de Justicia; Pérez Gallardo, Leonardo B. (coordinador), Juliett Almaguer Montero, Nancy C. Ojeda Rodríguez, *Compilación de Derecho Notarial*, Félix Varela, La Habana, 2007; *Anteproyecto de Código de Familia* de la República de Cuba, versión de 26 de mayo de 2008.

Revista de Derecho de

familia

TRIBUNA ABIERTA

LA LEY COLABORATIVA: UNA NUEVA FÓRMULA PARA LA SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LOS CONFLICTOS DE FAMILIA

JORGE A. MARFIL

ABOGADO ESPECIALISTA EN DERECHO DE FAMILIA. MARFIL ABOGADOS

I. ANTECEDENTES

Organizado por la International Academy of Matrimonial Lawyers, como cada año, hemos vuelto a reunirnos varias docenas de abogados europeos, esta vez en Estocolmo, el pasado mes de mayo, con el fin de intercambiar experiencias y conocer novedades y aportaciones recíprocas. Quizás no sobre decir que esta asociación está formada básicamente por la abogacía inglesa.

Además de comentar entre nosotros la creciente interposición de modificaciones de medidas a las que nos vemos obligados –la crisis no ha conocido fronteras y está siendo profundísima, extremo este que exigiría un artículo completo– en esta ocasión, y propiciado por el apabullante crecimiento de las rupturas matrimoniales en el mundo anglosajón, lo que más me ha sorprendido, y que aquí traigo a colación, es una incipiente fórmula para solucionar los conflictos, que ya está regulada en Gran Bretaña, Irlanda y Gales, con ligero asentamiento en Francia y Alemania, y que a no dudar se nos incorporará en nuestro trabajo a muy corto plazo: la Ley Colaborativa o Colaboradora (*Collaborative Law*). Señalo de inmediato que su nacimiento tiene lugar en Estados Unidos, con fuerte impronta, luego rápidamente se instala en Canadá, Australia, Nueva Zelanda y sin solución de continuidad en Europa.

II. LA LEY. FUNDAMENTO, DURACIÓN, DIFERENCIAS CON LA MEDIACIÓN

La Ley Colaborativa es un método alternativo utilizado para solucionar los problemas familiares cuyo objetivo es encontrar un acuerdo justo y equitativo para la pareja basado en aspiraciones realistas. El éxito y la efectividad del proceso dependen de la honestidad, la cooperación y la integridad de las partes y está destinado a salvaguardar el bienestar del conjunto familiar. En definitiva, el fin de este sistema es evitar llegar al Juzgado en procesos de familia contenciosos.

¿Cómo funciona?

Cada parte tiene su propio «abogado colaborador», el cual le aconsejará y asistirá a lo largo de toda la negociación. Toda negociación se lleva a cabo mediante reuniones en las que estarán presentes tanto las partes como el «abogado colaborador» de cada uno. El papel del colaborador es guiar a las partes para conseguir una solución razonable; no obstante, todas las decisiones son tomadas por las partes. Si una de ellas decide romper las negociaciones, el proceso del colaborador termina; las minutas de los «abogados colaboradores» son abonadas, quedando incapacitados en el proceso ulterior, por lo que no podrán actuar más por ninguna de las partes.

Las diferencias más notables entre la Ley Colaborativa y la Mediación son las siguientes:

– En la Mediación existe un único asesor que ayuda a las partes. Este hecho puede ser un problema si los participantes no tienen la misma habilidad negociadora.

– Por otro lado, el mediador no suele tener suficientes nociones legales, ni tienen por qué tenerla las partes, por lo que la ausencia de asesoramiento jurídico a lo largo del proceso es palpable.

– En la Colaboración cada parte tiene su propio asesor legal que le aconsejará a lo largo de todo el proceso, por lo que si una parte no tiene, por ejemplo, los mismos conocimientos financieros que la otra parte, siempre estará asistida por el «abogado colaborador».

– El papel del «colaborador» es asistir a su cliente para que sea razonable, con lo que se pretende asegurar que el procedimiento sea en todo momento positivo y productivo.

Beneficios de la Ley Colaborativa

– En este sistema cada parte interviene en el proceso de manera activa, el cual debe caracterizarse por el honesto cambio de información entre los cónyuges por lo que ninguno debe aprovecharse de los errores del otro.

– Hay ocasiones en las que se requiere la opinión o asistencia de determinados expertos. Pues bien, éstos serán elegidos conjuntamente por las partes, lo que reduce considerablemente los costes.

– La Ley Colaborativa está destinada a encontrar las verdaderas necesidades de cada cónyuge, por lo que las tácticas torticeras de negociación están descartadas a lo largo del proceso.

– Asimismo, ambas partes tienen que firmar un «Acuerdo de Participación» en el que se comprometen a presentar toda la documentación e información que esté relacionada con el proceso matrimonial, por lo que la efectividad del sistema depende de la cooperación y la franqueza con las que actúen las partes.

Duración del procedimiento

El proceso de colaboración es flexible, por lo que su duración depende de las necesidades de cada grupo familiar. Por regla general son necesarias entre tres y siete reuniones para resolver el asunto. Cada parte se reunirá con su «abogado colaborador» antes de cada reunión con la otra parte.

III. NUESTRO PAPEL COMO ABOGADOS

En España no tenemos esa distinción tan genuinamente inglesa entre los *solicitors* y los *barristers*. No es momento ahora de desarrollar sus ventajas, pero sí hay que decir que ésta es más una función de *solicitor*, por tanto prejudicial o precontenciosa, y de su importancia da fe el hecho incontestable de que en Irlanda ya hay 600 abogados *solicitors* agrupados en la Association of Collaborative Practitioners (*Collaborative Law... an Irish Perspective*, por Hilary Coveney). La exigencia básica, innegociable, es la claridad entre las partes, la prudencia, la honestidad; uno y otro pondrán sobre la mesa sus documentos, declaraciones, recibos, etc., en definitiva, no caben ocultamientos, no hay parcelas económicas que no estén perfectamente visibles a uno y otro cónyuges o convivientes, para desde aquí tomar las decisiones más acertadas y justas. ¿Cabe todo ello entre nosotros?

Si además añadimos que las partes firmarán un Contrato de Colaboración, en el que se destaca el necesario y absoluto respeto por las partes en conflicto, prohibiendo expresamente el más mínimo comentario descalificador ante los hijos, estaremos en presencia de un sistema civilizado, en definitiva, ante una fórmula que persigue no destrozar más el tejido social, que es lo que está ocurriendo en nuestras sociedades occidentales.

Para ello, el abogado, en lógica coherencia con lo dicho:

– Pondrá todo su conocimiento y experiencia en evitar un procedimiento contencioso a las partes;

– podrá recurrir a terceros profesionales (peritos) para resolver algún extremo específico, cuyos honorarios serán abonados por mitad entre los cónyuges o convivientes, para salvaguardar la asepsia del asunto.

– Las negociaciones son confidenciales, están amparadas por el secreto profesional, a tal punto que si se diera la ruptura y se accediera al contencioso, los abogados tienen que dejar de entender y, más aún, ningún letrado de sus respectivas firmas podrá continuar dirigiendo a ninguna de las partes;

– cada uno abonará los honorarios del abogado que libremente haya elegido;

– si una de las partes decide romper e incoar un procedimiento habrá de avisar a través de carta certificada, y no interpondrá la acción que corresponda antes de los 14 días de la recepción de aquélla, salvo caso urgente debido a maltrato familiar. En Francia, por ejemplo, el plazo es de 20 días (*Collaborative Law Slant: French Perspective* por Charlotte Butruille-Cardew), y

– obtenido el acuerdo y homologado judicialmente el convenio, uno y otro letrados cesan de conocer y no pueden participar en ejecuciones futuras por incumplimientos, si los hubiere.

CAPACIDAD DE TESTAR DE LA PERSONA ANCIANA: PROBLEMÁTICA JURÍDICA Y ASPECTOS PRÁCTICOS

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

ABOGADA ESPECIALIZADA EN DERECHO DE FAMILIA. DOCTORA EN DERECHO

En el controvertido, y delicado tema, sobre la capacidad de testar de las personas ancianas, hay que partir, sin duda, del examen de los preceptos del Código Civil que regulan, aunque parcamente, esta apasionante problemática.

A través del estudio de una Sentencia dictada por nuestro Tribunal Supremo en fecha reciente, 4 de octubre de 2007, voy a analizar, desde un punto de vista práctico y al hilo de mi experiencia profesional en esta materia tan compleja, el tema de la capacidad de testar –o incapacidad– de las personas ancianas.

El artículo 662 de nuestro Código Civil establece que «pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente».

Se contiene, por tanto, en este artículo una regla general de capacidad para hacer testamento válido. Ello no quiere decir, en absoluto, que los testamentos realizados en esas condiciones, es decir, por personas que, en principio, no tienen limitada su capacidad para testar por medio de una Sentencia, por ejemplo, no sean susceptibles de ser impugnados. De hecho, lo son y, tal como he tenido ocasión de comprobar a lo largo de mi carrera profesional, muchos testamentos son impugnados a pesar de que las personas otorgantes de ellos se encontraban en su plena capacidad de testamentifacción activa.

El contrapunto al precepto civil mencionado anteriormente se encuentra en el artículo siguiente, el 663 en su apartado 2: está incapacitado para testar el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.

Hay una presunción *iuris tantum* de capacidad de testar, pero hay una excepción a esa regla general de presunción: cuando la persona no se encuentra en su cabal juicio. De aquí arranca una interrogante: ¿se encuentran las personas ancianas en su cabal juicio? O, en otros términos, ¿puede una persona anciana hacer testamento válido?

La respuesta, naturalmente, ha de venir de la mano del análisis de los supuestos uno a uno, caso por caso, ya que no todas las personas ancianas gozan de su cabal juicio, pero tam-

poco cabe excluirlas de la capacidad de testar a todas, ni mucho menos, sino sólo a aquellas que, de alguna forma, tienen disminuida su capacidad mental, los elementos intelectivo y volitivo, es decir, la inteligencia y la voluntad para hacer testamento válido.

Por tanto, capacidad e incapacidad para testar son las dos caras de una misma moneda y a esta tema voy a referirme a continuación a propósito de una interesantísima Sentencia dictada por nuestro Tribunal Supremo.

El supuesto se recondujo a lo siguiente: una anciana padecía graves enfermedades físicas y cierto deterioro psíquico, manifestado por confusión mental, que afectaba a su capacidad intelectiva y volitiva, con falta de discernimiento de la realidad, incapaz de tomar decisiones importantes en la organización de su vida y de su patrimonio e incapaz de reflexionar y decidir sobre el destino del mismo, ni de ordenar su sucesión hereditaria. Tampoco estaba en condiciones de nombrar administradores o albaceas, ante la absoluta falta de inteligencia y voluntad sobre estas cuestiones.

En años anteriores, esta persona había otorgado testamento (en el año 1957), y no había manifestado intención de disponer de su patrimonio por acto *mortis causa* ni a favor de sus sobrinos carnales (actores en el proceso civil y con los que había mantenido discrepancias por otras cuestiones sucesorias), ni respecto de parientes lejanos o servidores (que integran los designados en el testamento discutido, y como demandados en el proceso). Es evidente que, antes de perder sus facultades mentales, hubiera podido otorgar testamento, si lo consideraba oportuno, sin moverse de la localidad de su residencia en Las Cabezas de San Juan (Sevilla).

El día 28 de febrero de 1987, sufriendo las graves enfermedades física y psíquica mencionadas, sin voluntad propia y la sola decisión de ciertas personas de su entorno, parientes lejanos o sirvientes, instituidos herederos en el testamento, fue trasladada en una camilla, y por una ambulancia, desde su localidad a la Clínica Santa Isabel de Sevilla.

El día 3 de marzo de 1987 se presentó en una Notaría de Sevilla una persona desconocida del Notario, al que impartió instrucciones al objeto de redactar el testamento de esta persona, a través de persona no autorizada, que no presentó ninguna nota manuscrita por la enferma.

El día 4 de marzo de 1987, el Letrado D.L.M., ejerciente en Sevilla, del que no consta adecuada ni especial relación de amistad, confianza o profesional con la testadora, se atribuyó la importante calidad de «albacea de la señora», acompañando al Notario a la Clínica, en razón a estar interesado en el testamento y estarlo más tarde en el proceso. Personado en la habitación de la Clínica donde yacía la enferma, dio lectura a un documento sobre acto *mortis causa*.

Aun suponiendo la lectura del documento, la testadora no comprendió nada, a pesar de extender el trazado vacilante u automático de una firma que «corresponde a una persona de avanzada edad, fatigada y de escasa energía vital».

Se entabló acción por parte de los sobrinos carnales de la testadora en el sentido de impugnar el testamento, exigiendo que se declarara nulo el mismo.

La Audiencia Provincial señaló que el testamento otorgado no reunía requisito alguno de veracidad, legalidad y eficacia jurídica, y que el día 4 de marzo, fecha del otorgamiento, D.M. carecía de facultades mentales para hacerlo, dada su falta de capacidad, por ausencia de facultades mentales para reflexionar y decidir sobre el destino de su patrimonio. En la vista, estimó el recurso de apelación interpuesto por los actores y acogió la demanda promovida, declarando la nulidad del testamento por incapacidad de la testadora, con aplicación de los artículos 663.2 y 666 del Código Civil.

La Sentencia fue recurrida tanto por los herederos de D.M. como por el Albacea.

A propósito de esta Sentencia, hay que reseñar que, así como el menor de edad, por muy maduro que sea desde el punto de vista psicológico, no ostenta plena capacidad de obrar por Ley, en parecido sentido, aunque desde la otra cara de la misma moneda, la persona en edad anciana puede verse afectada por incapacidad para otorgar testamento, debido, principalmente, a una disminución de sus facultades mentales o a trastornos de la senectud que cursan con isquemia, es decir, con alteraciones de origen vascular.

De la «locura» –término éste en franco desuso ya, y obsoleto, por tanto–, se ha evolucionado al concepto de «enfermedad mental» –quizás sería más consecuente aludir a «alteraciones mentales», ya que el propio concepto de «enfermedad», en algunas ocasiones, parece demasiado fuerte–, que acoge en su seno a los enfermos alcohólicos y a los drogodependientes, por cuanto unos y otros ven alterada su capacidad cognoscitiva y volitiva. En este escalón de la evolución experimentada en Psiquiatría, cabe afirmar que la «demencia senil» ha sido el último punto a considerar. Fue la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1998 la primera, en nuestro país, que estableció que una demencia senil era causa de incapacitación, al estimar que ese trastorno es persistente y, debido al mismo, la persona afectada no se encontraba en condiciones de regirse a sí misma y mucho menos de regir su patrimonio y administrar sus bienes.

En este Sentencia, se trataba de una persona que padecía la enfermedad de Alzheimer, de carácter evolutivo y progresivo.

En el motivo sexto del primer recurso –volviendo a la Sentencia objeto de comentario–, se denunció, bajo el ordinal 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción de los artículos 1281 y 1283 del Código Civil, sobre interpretación de los contratos, ya que se denuncia que la Sala valoró erróneamente los dos documentos fundamentales de los que el Tribunal deduce que D.M. se encontraba en situación de minusvalía psíquica desde su ingreso en la Clínica hasta su fallecimiento (carta-diagnóstico e historia clínica).

Esta misma denuncia se formuló en el motivo séptimo del segundo recurso, esta vez por infracción del artículo 1281.1 del Código Civil: «Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas».

Ninguna de estas formulaciones puede ser estimada, según el Tribunal Supremo, al confundir un tema de interpretación contractual con un problema de índole probatoria, que hay que separar adecuadamente, según la Sentencia de 24 de noviembre de 2006.

Lo que se somete a la valoración del Tribunal es un aspecto relativo a la capacidad de D.M. en el momento de otorgar testamento, a través de un análisis del verdadero contenido y alcance de los citados documentos privados, cuya resolución en la instancia se efectuó desde la perspectiva de la valoración probatoria conjunta de todos los medios de prueba que consideró de interés.

Quedó probado que D.M. había presentado, en varias ocasiones, estados de desorientación temporoespacial, con pérdida de memoria, posiblemente por episodios de tipo isquémico (vasculares cerebrales), aun habiendo respondido al tratamiento con citicolina y piracetam, lo cual no significa, ni mucho menos, que hubiera superado, total o parcialmente, esas deficiencias en la conducta, y sin que se pueda asegurar que esos episodios no van a volver a repetirse, teniendo en cuenta la forma en que se produjo el ingreso y se materializó su última voluntad.

En cuanto a la historia clínica de la testadora, no constan datos expresos referidos a un bajo nivel de conciencia, lo que no indica, ni presupone, que no lo tuviera.

En relación con la valoración de la prueba pericial, hay que resaltar que corresponde a las facultades del Tribunal de Instancia, por lo que sólo puede ser impugnada en casación cuando arroje un resultado erróneo, arbitrario o ilógico, contrario a las reglas de la sana crítica, pero no cuando lo que se trata es de sustituir el criterio de valoración seguido razonablemente por el Tribunal de Instancia por el que la parte recurrente estima más adecuado o acertado, según han establecido Sentencias como las de 21 de julio de 2006 o la de 9 de marzo de 2007, ambas del Tribunal Supremo.

Hay que tener en cuenta que la parte recurrente descalificó el Informe presentado por uno de los peritos, calificándolo de «falta de rigor científico», y en el que se venía a cuestionar que D.M. tenía capacidad plena en el momento de su ingreso en la Clínica, afirmando que éste se produjo por causa de una apendicitis crónica y que no hay ninguna referencia a que estuviera confusa, desorientada u obnubilada.

Con estos argumentos, la parte recurrente –sobrinos carnales de la testadora– lo que pretendieron era convencer al Supremo del error en la apreciación de la prueba por parte del Tribunal de apelación, sin tener en cuenta que la prueba que se impugna tiene evidente naturaleza complementaria de las demás que obraban en autos, con independencia de su valor para fundamentar el Fallo y, como tal, no ha sido tenida en cuenta de modo aislado, por lo que su resultado no puede ser desvirtuado por la eficacia contraria de alguno de los documentos que integraron el conjunto.

La Sala de Instancia, tal como declaró el Supremo, fundó su Fallo no sólo en la apreciación negativa de la única pericia que estima digna de considerarse, sino en otra suerte de datos, que se inician el día 28 de febrero de 1987, cuando, sufriendo las graves enfermedades físicas y psíquicas que la Sentencia menciona, «sin voluntad propia, y la sola decisión de ciertas personas de su entorno –sin autoridad, ni facultades para acordarlo–, parientes lejanos o sirvientes –instituidos herederos en el testamento– fue trasladada en una camilla, y por una ambulancia, desde su localidad, a una Clínica de Sevilla.

Las pruebas realizadas en dicha Clínica incluyen una carta-diagnóstico del Doctor D.S. al Doctor C.M. La testadora no manifiesta su intención de disponer de su patrimonio por

actos *mortis causa*, ni a favor de sus sobrinos carnales (actores en el proceso), ni respecto de lejanos parientes o servidores (demandados en el proceso).

Existe prueba testifical, concretada en el testimonio del conductor de la ambulancia, así como de la sirvienta. Existe también historia clínica de fecha 4 de marzo de 1987 y siguientes. Asimismo, tratamiento de urgencia que se le aplicó y concreta referencia a «enferma desorientada y obnubilada».

El Informe Pericial Psiquiátrico Judicial examinó y valoró, en el plano científico, los datos que estimó necesarios, así como todos los antecedentes clínicos de la enferma. Se comprobó que el testamento contenía errores inexcusables.

Por su parte, el Informe de la Policía Científica valoró que la firma extendida en el testamento «corresponde a una persona de avanzada edad, fatiga y de escasa energía vital».

En cuanto al Letrado ejerciente en Sevilla, ahora recurrente, S.L.M., que aparece como contador-partidor y albacea, se resalta en la Sentencia del Tribunal Supremo que no consta adecuada, ni especial relación con la testadora, ni personal ni profesional. En la prueba de confesión de esta parte, el Letrado manifestó ignorancia sobre cuestiones de la testadora y los sucesos de su patología. Por otra parte, si era albacea *in pectore*, niega que buscó al Notario y que le entregara la nota para redactar el testamento.

Como expresa la Sentencia, se viene a constatar toda una serie de datos que se desarrollan fuera de lo que es normal o habitual en esta suerte de negocios jurídicos, cuidando de precisar la Sentencia de Instancia las anormalidades concurrentes sobre su estado en el momento en que ordenó su testamento, de cuya apreciación global le permite concluir que «carecía de facultades mentales para tomar decisiones de cualquier clase, en el orden personal, o familiar, o social, y nunca, desde luego, para otorgar libremente negocios jurídicos, ni prestar su consentimiento en un acto tan importante cual es el testamento».

La Sentencia comentada se refiere a una cuestión importante y que quiero abordar ahora: el juicio de capacidad del Notario, en cuanto que el Código Civil le obliga a procurar asegurarse de la capacidad mental del testador, por lo que juicio favorable crea una presunción de capacidad que puede destruirse mediante prueba en contrario, tal como ha reiterado el Tribunal Supremo en nuestro país en diversas Sentencias (tales como las dictadas en 12 de mayo de 1998 y 31 de marzo de 2004).

La Sentencia analizada puso de relieve que había quedado suficientemente acreditado que la testadora no se hallaba –ni habitual ni accidentalmente, o sea, se excluían incluso los denominados «intervalos lúcidos», a los que haré referencia en seguida– en su cabal juicio cuando otorgó testamento.

La apreciación de la capacidad del testador es una mera cuestión de hecho, sometida de modo exclusivo a la Sala de Instancia, como también lo es la potestad de valorar libremente la prueba pericial, sin más sujeción que la pauta que ofrecen las reglas de la sana crítica, bien sola o armonizándola con la resultancia de los demás elementos de convicción.

Se refiere, asimismo, la Sentencia al principio de capacidad que establece el artículo 662 del Código Civil, y que tiene, como una de sus excepciones, la del número 2 del artículo 663, en que se incapacita para otorgarlo al que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio, disponiendo el artículo 666 que, para apreciar la capacidad del testador, se atenderá únicamente al estado en que se hallare al tiempo del otorgamiento del testamento, siendo evidente, en el supuesto de autos, que el Tribunal de Instancia interpretó tales disposiciones, así como la doctrina legal que las desarrolla, en el recto sentido derivado de sus propios términos, atendiendo al estado de la testadora no sólo en los días inmediatamente anteriores al otorgamiento, sino al estado que tenía en el mismo momento de otorgar su testamento, su declaración de última voluntad, que, al fin y a la postre, es el mismo que mantuvo hasta el día de su fallecimiento –cuyo óbito fue unos días más tarde de dicho otorgamiento–, y durante dicho período de tiempo la enferma carecía de entendimiento y comunicación y, en definitiva, de la conciencia que le hubiera permitido comprender la importancia y las consecuencias de las propias acciones.

La Sentencia, con respecto a la capacidad de testar, incidió en el sentido de que la capacidad para testar equivale a capacidad natural, o aptitud natural, presumiéndose que toda persona, en principio, goza de la misma. Pero la situación de no hallarse en su cabal juicio la testadora, conforme a la fórmula empleada por el artículo 663 del Código Civil, no reduce su ámbito de aplicación a la existencia de una enfermedad mental propiamente dicha y prolongada en el tiempo, sino que engloba cualquier causa de alteración psíquica que impida el normal funcionamiento de la facultad de desear o determinarse con discernimiento y espontaneidad, disminuyéndola de modo relevante y privando a quien pretende testar del indispensable conocimiento para comprender la razón de sus actos, por carecer de conciencia y libertad y de la capacidad intelectiva y volitiva sobre el significado y alcance del acto y de lo que, con el mismo, se persigue, tal como expresaron las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1962 y 7 de octubre de 1982. La Sentencia establece que «es indudable que esta voluntad no puede ser atrapada en un documento notarial, en un momento de la vida de una persona, que ni desea dejar patente su última voluntad, ni podía expresarla de forma consciente y libre. Los hechos probados son en este aspecto evidentes en cuanto revelan la absoluta falta de voluntad de la enferma anciana para tomar decisiones de cualquier clase, tanto en el orden personal, como familiar o social, y nunca, desde luego, para otorgar libremente negocios jurídicos en un momento de su vida indudablemente confuso y penoso».

A la vista de esta Sentencia de nuestro Tribunal Supremo, cabe, desde mi punto de vista, plantear unas cuestiones que son, sin duda, complejas: ¿permite la demencia senil momentos de lucidez o, en otras palabras, la existencia de intervalos lúcidos, con carácter episódico?

En segundo lugar, ¿qué importancia cabe dar a la apreciación realizada por el fedatario público acerca de la capacidad de testar de una persona anciana?

Analicemos el primer bloque de cuestiones.

En principio, cabe afirmar que la ancianidad no es, *per se*, obstáculo alguno para realizar un testamento plenamente válido y eficaz. Es decir, como planteamiento general, el hecho de llegar a la edad senil, no quiere decir que la persona que ha llegado a esa edad tenga, forzosamente y por imperativo legal, que ver coartada su capacidad de testamentifacción

activa. Es evidente que donde la Ley –en este caso, el Código Civil– no distingue, nosotros tampoco debemos distinguir.

En consecuencia, es factible afirmar que la persona anciana puede otorgar testamento válido. Ahora bien, si esa persona padece una enfermedad física o psíquica que la incapacita para la intelección y la volición, es decir, para comprender perfectamente sus actos, tomar conciencia y percepción clara de ellos, y desear llevar a cabo ese acto en concreto –el de hacer testamento–, entonces es cuando es factible afirmar que dicha persona no se encuentra en su cabal juicio. Aquí, llegamos a otra cuestión: ¿qué se entiende por «cabal juicio» del testador? ¿Qué significa encontrarse en «cabal juicio»?

Al hilo de esta compleja y apasionante problemática, es precisamente el artículo 663.2 del Código Civil el que hace alusión a esta expresión. Pero la ambigüedad de ese concepto es evidente a todas luces. Tengamos en cuenta que la expresión «cabal juicio» hace alusión a una situación de hecho, fáctica, y, desde luego, no jurídica. Por tanto, habrá que tener a mano los conceptos elaborados por la Psiquiatría moderna, si de verdad queremos llegar, como juristas y desde el ámbito del Derecho Civil, a unas conclusiones válidas. Qué duda cabe que la Psiquiatría actual juega un papel relevante en este ámbito y no es arriesgado afirmar que el Derecho y la Medicina, las dos Ciencias, han de caminar juntas en estas cuestiones.

¿Cuándo cabe afirmar que una persona no se encuentra en su «cabal juicio»?

La respuesta viene determinada por la siguiente premisa: si una persona no es capaz de entender y querer –tengamos en cuenta que el testamento es un acto personalísimo y de una gran trascendencia en la vida de la persona–, no va a ser capaz de otorgar testamento válido, porque no es capaz de discernir su última voluntad en relación con sus bienes, con su patrimonio y, por lo tanto, de ser así, no se encuentra en su «cabal juicio».

Hay que hacer notar algo interesante y es que el Código Civil, efectivamente, hace referencia al «cabal juicio», pero ese juicio es comprensivo de las dos facetas: la intelectiva y la volitiva, y no sólo, como, a simple vista, pudiera parecer, de la intelectiva. Es decir, el testador ha de comprender el contenido de las cláusulas del testamento y querer dicho contenido, es decir, querer ordenar su última voluntad en relación con dichas cláusulas. Estimo que, de esta forma, queda algo más aclarado el concepto, siempre oscuro y un tanto desorientador, de «cabal juicio».

Otros autores, sin embargo, han puesto de relieve que la expresión «cabal juicio» implica capacidad natural (1), o, en otras palabras, suficiente discernimiento del testado acerca de la finalidad, contenido y trascendencia del negocio jurídico testamentario. Y, al hilo de esta doctrina, hay que decir que carecen de esta capacidad los menores de catorce años y la persona declarada incapaz en virtud de Sentencia judicial.

Llegados a este punto, cabe plantearse si la persona anciana tiene capacidad de testar, tema este realmente polémico.

En una primera aproximación, hay que decir que la persona anciana está capacitada para hacer testamento válido. Ésta es la premisa general. Pero esta premisa, naturalmente, admite excepciones. Veamos cuáles.

La regla general de la capacidad de testar de la persona anciana se ve excepcionada cuando dicha persona padece alguna enfermedad degenerativa, como, por ejemplo, la senilidad unida a la demencia arterioesclerótica, o la enfermedad de Alzheimer. Estas patologías impiden hacer testamento válido o, dicho en otras palabras, incapacitan para hacer testamento válido. Por lo tanto, cabe concluir que la senilidad por sí sola no es causa incapacitante, pero sí lo es si va ligada a otras patologías que suelen ser propias de la edad avanzada, como las que he nombrado anteriormente.

Sin embargo, hay que resaltar que casi todas las personas ancianas –sobre todo, las de edad ya muy avanzada, más de ochenta años–, presentan lo que, en términos coloquiales, se llaman «achaques». Y, dentro del ámbito de los «achaques», hay que diferenciar los que son propiamente físicos –por ejemplo, pérdida de agudeza visual, pérdida o deterioro progresivo de la audición, dificultades para caminar, etc.–, de los mentales o psíquicos. Con respecto a los físicos, no son incapacitantes para hacer testamento. Pero, con respecto a los «achaques» mentales, hay que matizar. Veamos cuáles son estos «achaques» mentales más habituales: pérdida de memoria y falta de concentración, confusión de nombres, disartria, dificultad a la hora de interconexionar las ideas y los conceptos, desorientación temporal y espacial –no saber qué día de la semana es, por ejemplo–, y un largo etcétera que omito para evitar la farragosidad.

Estos «achaques» mentales, en principio, siempre que no atenten directamente contra la capacidad de entender y querer –y, en especial, entendiendo esta capacidad relativa a la disposición por acto de última voluntad de su patrimonio– no afectan a la capacidad de testar. Es decir, la persona anciana, con sus «achaques» físicos y mentales, va a poder hacer testamento válido, porque hay que resaltar que, en estos supuestos, estamos ante una mera alteración de las facultades de la persona, una manifestación, quizás de las más llamativas, como ha puesto de relieve la doctrina (2), de la fragilidad de la persona anciana, pero que no tiene por qué incidir negativamente en todas y cada una de las esferas psíquicas.

Es oportuno citar ahora una Sentencia, muy interesante y carismática, dictada por nuestro Tribunal Supremo, de 19 de mayo de 1998, que estableció que la demencia senil es causa de incapacitación. En el texto de esta Sentencia, se declaraba que el Médico Forense había emitido un Informe, en el que se hacía constar que la persona afectada padecía una enfermedad de carácter psíquico que la impedía gobernarse por sí misma. En concreto, se trataba de una demencia, siendo el trastorno mental persistente, por lo que se hallaba impedida para regir su persona y bienes ya en vida, por lo que, con mucha mayor razón, no era capaz de otorgar testamento, y ello aunque no estaba incapacitada judicialmente, porque, de haberlo estado, no cabría tan siquiera plantear el supuesto.

Nuestra Jurisprudencia va a admitir, como regla general, que, mientras no se demuestre que el testador, en el momento de otorgar testamento, tiene enervadas sus facultades mentales y, por tanto, la capacidad de entender y querer, el testamento es válido, porque toda persona, incluida la persona anciana, ha de estimarse capaz, es decir, reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser. Hay una presunción *iuris tantum* de capacidad, mientras ésta no sea desvirtuada por una prueba plena en contrario.

En el supuesto de personas ancianas, no se destruye esta presunción, lo que obliga al Notario a ser mucho más cuidadoso, tema este al que en seguida voy a referirme.

¿Qué se entiende, en nuestro Derecho, por la expresión «intervalo lúcido»?

La doctrina española, con Beltrán de Heredia y Onís (3), estima que «intervalo lúcido» es el estado –puede ser transitorio, porque, precisamente es un intervalo y no un estado permanente– en el cual la persona que no es capaz de testar recobra, transitoriamente y de forma completa, sus facultades mentales, bien sea por una remisión natural de la patología que padeciera, o bien por el tratamiento médico que se le haya impuesto y que haya sido efectivo.

Pero a esta tesis citada hay que oponerle una objeción: si la persona recobra sus facultades mentales, ya no se ha producido un intervalo lúcido, sino la curación de la persona. Se podría objetar que dicha curación puede ser transitoria, fugaz, no permanente. Sin embargo, si la curación es completa –como parece dejar entrever la teoría de Beltrán de Heredia y Onís–, entonces el problema quedaría resuelto, pero no cabría hablar de intervalo lúcido.

Otra tesis, interesante, aunque algo complicada, mantienen Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida (4), al estimar que estaríamos, en este supuesto, ante la excepción de la excepción, tratándose de una norma excepcionalísima e infrecuente, aunque amplía la capacidad que, con fundamento, reduce el artículo 663.2 del Código Civil. Según estos juristas, no cabe hacer caso omiso del sentido literal del precepto civil y liberar de toda vigilancia médica al testador no incapacitado que «habitualmente no se halla en su cabal juicio», aunque tenga intervalos lúcidos. Este testador, de no existir el artículo 665 del Código Civil, no podría otorgar testamento, con o sin médico, y sólo dentro del marco de las condiciones previstas en el mismo podrá declarar su última voluntad.

Desde mi punto de vista, un intervalo lúcido en la persona anciana –tema este de excepcional importancia por la trascendencia y frecuencia práctica con la que se presenta– suele ser, por regla general, un intervalo corto desde el punto de vista temporal. En ese momento lúcido, la persona anciana va a poder hacer testamento, siempre que no esté incapacitada por Sentencia judicial en ese sentido. Tengamos en cuenta que puede estar incapacitada judicialmente, pero que dicha Sentencia no contenga pronunciamiento alguno acerca de su capacidad para testar, por lo que será el Notario el que ha de designar a dos facultativos que, previamente, reconozcan al testador, y autorizará, según el artículo 665 del Código Civil, el testamento cuando dichos facultativos respondan de la capacidad del otorgante.

A la vista de estas consideraciones, es evidente la importancia que presenta la apreciación del juicio de capacidad del testador hecho por el Notario, una apreciación que, sin embargo, ha de ser matizada.

Es evidente que el fedatario no es una persona experta en Medicina, ni en Psiquiatría o en Psicología. Por lo tanto, el Notario no puede saber «a ciencia cierta» si el otorgante –que es una persona anciana, porque estamos partiendo siempre de esta misma premisa– está o no en su cabal juicio. Lo más que el fedatario puede hacer es intentar «sondear» al otorgante, haciéndole una serie de preguntas, algunas de ellas deberán ser «preguntas-trampa», al objeto de poder valorar el estado mental del testador. En este sentido, hay que recordar que la persona anciana, en muchas ocasiones, no se encuentra al cien por cien de su capacidad. Esto es algo evidente y, por otra parte, no tiene nada de extraño, ya que la senilidad, por desgracia, aboca a estos comportamientos en los que, aun sin perder de forma absoluta la

capacidad, el anciano, sin embargo, no goza de unas facultades mentales –ni físicas– absolutamente plenas. Por lo tanto, el Notario habrá de ser muy hábil, y muy concienzudo, para intentar «descifrar» en qué situación se encuentra la persona que está ante él y que desea hacer testamento.

Hay que tener en cuenta que determinadas enfermedades mentales o patologías propias de la persona anciana, como la demencia senil, la trombosis y/o embolia cerebral graves, no admiten la existencia de intervalos lúcidos. En consecuencia, la persona anciana, en estas condiciones, no es apta para testar. En cualquier caso, en el tema de los intervalos lúcidos hay que ser muy cautos y analizarlos caso por caso y no caer en la tentación, fácil, pero engañosa, de generalizar.

Por último, voy a hacer referencia al tema de la apreciación notarial de la capacidad de testar del otorgante anciano.

El artículo 696 del Código Civil establece que «el Notario dará fe de conocer al testador o de haberlo identificado debidamente y, en su defecto, efectuará la identificación prevista en el artículo 686. También hará constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento».

El Código Civil, en su artículo 685, sufrió una Reforma importante por lo que respecta al tema que está siendo objeto de análisis. Se le impuso, en el año 1991, al Notario la obligación de asegurarse, con carácter imperativo, del estado en que se encuentra el testador, lo que ha de hacer constar en el testamento, *ex* artículo 696 del Código Civil, así como los correspondientes del Reglamento Notarial (artículos 156.8.º y 167).

Al descartarse la concurrencia de facultativos, salvo, naturalmente, para el supuesto del artículo 665, ya citado anteriormente, parece lógico, tal como ha puesto de relieve Adela Serra Rodríguez (5), no exigir un exhaustivo control sobre las facultades del testador, que le lleve a asegurarse, de manera incontrovertida, acerca de la capacidad de éste. El Notario, por tanto, cumple con su deber cuando lleva a cabo una diligente, atenta, seria y fundada formación de su juicio sobre la capacidad del otorgante.

No debería, sin embargo, este juicio sobre la capacidad convertirse, desde mi punto de vista, en un elemento rutinario, un quehacer automatizado, y que se cumple, simplemente, con la mera declaración en las escrituras y en algunas actas. En cualquier caso, el juicio notarial nunca podrá equivaler a la certeza absoluta de que la persona otorgante se encuentra en su cabal juicio. Una certeza absoluta no es posible, sencillamente porque no es factible. De otro lado, la apreciación notarial de la capacidad de testamentifacción activa no es sólo un problema de carácter jurídico –es un problema de carácter médico, psiquiátrico–; lo que sucede es que, ciertamente, tiene una indudable trascendencia jurídica, porque se trata de determinar si la persona otorgante es capaz, o no lo es, y, lógicamente, para que ese testamento produzca todos sus efectos, sea válido, la persona debe gozar de facultades intelectivas y volitivas: saber qué está haciendo, por qué lo está haciendo, cómo está disponiendo de su patrimonio y querer disponer del mismo a través del testamento.

El Notario no está, desde luego, obligado a llevar a cabo una investigación exhaustiva acerca de la capacidad del testador anciano. Aunque la Ley le obligara a ello, habría que

preguntarse cómo podría desempeñar esa tarea, empresa nada fácil, si tenemos en cuenta que –por lo que al tema que nos ocupa– la persona anciana puede presentar una variada y complicada sintomatología que, a una persona inexperta en estas lides, como lo es el fedatario, puede confundirle bastante. Por tanto, el Notario lo que tiene que hacer es tomar conciencia, percibir, visual y auditivamente, a la persona que tiene ante sí, evaluando, de este modo, su personalidad y calibrando si, a pesar de la edad avanzada, es apta para testar. Como, en principio y por regla general, toda persona es apta para testar –incluso la anciana–, lo primero que deberá hacer, si tiene alguna sospecha u observa algo extraño en el comportamiento de la persona otorgante, es evaluarla y son las primeras percepciones las más seguras. Si observa en la persona otorgante dificultad para expresarse, escasa o nula declaración de intenciones, confusión en los nombres, poca o nula concentración mental en el acto testamentario, deberá sospechar, cuanto menos, de la capacidad. Según ha expuesto, con agudeza, Alma María Rodríguez Guitián (6), la obligatoriedad de adoptar medidas de cautela en los supuestos dudosos –como los que han quedado citados y otros más que pudieran citarse, pues es éste un tema que admite muchos supuestos– se correspondería más y mejor con el valor, tan extraordinario, que nuestra Jurisprudencia, en la actualidad, otorga al juicio notarial. Esta jurista se detiene en un caso muy frecuente: el supuesto de la persona anciana internada en un centro sanitario. En este caso, aunque no esté incapacitada, deberá el Notario tomar medidas de cautela, extensibles a aquellos supuestos en los que la persona está ingresada en un hospital general, no psiquiátrico, y, desde luego, siempre que observe que el estado mental y/o físico de la persona otorgante está muy deteriorado precisamente a causa de la edad avanzada.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

(1) Roca Sastre Muncunill, Luis: *Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1997.

(2) Romero Coloma, Aurelia María: *Problemática jurídica de la capacidad mental del testador*, Ediciones Dijusa, Madrid, 2005; *La capacidad de testar*, Editorial Bosch, Barcelona, 2007.

(3) Beltrán de Heredia y Onís, P.: «Incapacidad para testar del que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio», en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, marzo, 1966.

(4) Lacruz Berdejo, José Luis y Así Sancho Rebullida, Francisco de: *Elementos de Derecho Civi. Derecho de Sucesiones*, Tomo V, Bosch, Bacelona, 1982.

(5) Serra Rodríguez, Adela: «La capacidad para testar y la prueba de la incapacidad del testador en los testamentos abiertos (Comentario a las Sentencias de 12 de mayo y 19 de septiembre de 1998)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, número 2, Aranzadi, 1999.

(6) Rodríguez Guitián, Alma María: *La capacidad de testar. Especial referencia al testador anciano*, Cuadernos Civitas, Navarra, 2006.

Revista de Derecho de familia

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

INTERÉS LEGAL DEL DINERO

Año	%
1985	11
1986	10,50
1987	9,50
1988	9
1989	9
1990	10
1991	10
1992	10
1993	10
1994	9
1995	9
1996	9
1997	7,5
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

SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL (SMI) PARA 2009

20,80 euros/día o 624 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							

TABLA ESTADÍSTICA DE PENSIONES ALIMENTICIAS (CUANDO UN SOLO PROGENITOR OBTIENE INGRESOS)

Ingresos	1 hijo	2 hijos	3 hijos	4 hijos
800	181,6	263,3	299,6	350,5
875	198,6	288,0	327,7	383,3
950	215,7	312,7	355,8	416,2
1.025	232,7	337,4	383,9	449,1
1.100	249,7	362,1	412,0	481,9
1.175	266,7	386,8	440,1	514,8
1.250	283,8	411,4	468,2	547,6
1.325	300,8	436,1	496,3	580,5
1.400	317,8	460,8	524,4	613,4
1.475	334,8	485,5	552,5	646,2
1.550	351,9	510,2	580,6	679,1
1.625	368,9	534,9	608,6	711,9
1.700	385,9	559,6	636,7	744,8
1.775	402,9	584,2	664,8	777,6
1.850	420,0	608,9	692,9	810,5
1.925	437,0	633,6	721,0	843,4
2.000	454,0	658,3	749,1	876,2
2.075	471,0	683,0	777,2	909,1
2.150	488,1	707,7	805,3	941,9
2.225	505,1	732,4	833,4	974,8
2.300	522,1	757,0	861,5	1.007,7
2.375	539,1	781,7	889,6	1.040,5
2.450	556,2	806,4	917,6	1.073,4
2.525	573,2	831,1	945,7	1.106,2
2.600	590,2	855,8	973,8	1.139,1
2.675	607,2	880,5	1.001,9	1.171,9
2.750	624,3	905,2	1.030,0	1.204,8
2.825	641,3	929,8	1.058,1	1.237,7
2.900	658,3	954,5	1.086,2	1.270,5
2.975	675,3	979,2	1.114,3	1.303,4
3.050	692,4	1.003,9	1.142,4	1.336,2
3.125	709,4	1.028,6	1.107,5	1.369,1
3.200	726,4	1.053,3	1.198,6	1.402,0
3.275	743,4	1.078,0	1.226,7	1.434,8
3.350	760,5	1.102,7	1.254,7	1.467,7
3.425	777,5	1.127,3	1.282,8	1.500,5

TABLA ESTADÍSTICA DE PENSIONES ALIMENTICIAS
(CUANDO EXISTE UN SOLO HIJO Y AMBOS PROGENITORES PERCIBEN INGRESOS)

	900	1.050	1.200	1.350	1.500	1.650	1.800	1.950	2.100	2.250	2.400	2.550	2.700	2.850
600	190	225	259	293	327	361	395	429	463	497	531	565	599	633
650	190	224	258	292	326	360	394	428	462	496	530	564	598	632
700	188	222	257	291	325	359	393	427	461	495	529	563	597	631
750	187	221	255	289	323	358	392	426	460	494	528	562	596	630
800	186	220	254	288	322	356	390	424	459	493	527	561	595	629
850	185	219	253	287	321	355	389	423	457	491	526	560	594	628
900	184	218	252	286	320	354	388	422	456	490	524	558	592	627
950	183	217	251	285	319	353	387	421	455	489	523	557	591	625
1.000	182	216	250	284	318	352	386	420	454	488	522	556	590	624
1.050	180	215	249	283	317	351	385	419	453	487	521	555	589	623
1.100	179	213	247	281	316	350	384	418	452	486	520	554	588	622
1.150	178	212	246	280	314	348	382	417	451	485	519	553	587	621
1.200	177	211	245	279	313	347	381	415	449	484	518	552	586	620
1.250	176	210	244	278	312	346	380	414	448	482	516	550	585	619
1.300	175	209	243	277	311	345	379	413	447	481	515	549	583	617
1.350	174	208	242	276	310	344	378	412	446	480	514	548	582	616
1.400	173	207	241	275	309	343	377	411	445	479	513	547	581	615
1.450	171	205	239	274	308	342	376	410	444	478	512	546	580	614
1.500	170	204	238	272	306	341	375	409	443	477	511	545	579	613
1.550	169	203	237	271	305	339	373	407	442	476	510	544	578	612
1.600	168	202	236	270	304	338	372	406	440	474	508	543	577	611
1.650	167	201	235	269	303	337	371	405	439	473	507	541	575	609
1.700	166	200	234	268	302	336	370	404	438	472	506	540	574	608

NOTA: Los valores deben multiplicarse por 1,45 si hay dos hijos, 1,65 si hay tres hijos y 1,93 si hay cuatro hijos. Los valores de la primera columna corresponden a los ingresos del progenitor custodio, y los valores de la primera fila corresponden a los ingresos del progenitor no custodio.

Revista de Derecho de familia

AVANCES JURISPRUDENCIALES

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

Estimación de la demanda de divorcio aplicando la legislación rumana y no la española.
AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 24 de febrero de 2009.

PATRIA POTESTAD

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.

Atribución del ejercicio de la patria potestad a la madre dada la negligencia educativa del padre en relación con el abandono emocional, económico y de cuidados físicos respecto a los menores durante un largo período de tiempo.
AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 10 de febrero de 2009.

GUARDA Y CUSTODIA

La circunstancia de que el padre tenga mayor disponibilidad horaria para atender a la menor, dado que por su incapacidad laboral es pensionista, no condiciona en absoluto la atribución de la guarda y custodia, aunque justifica un amplio régimen de visitas.
AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 25 de febrero de 2009.

El amplio sistema de visitas que se fija en la Sentencia impugnada satisface las necesidades de amplios contactos de los hijos con su padre, al acomodarlo a la jornada laboral de la madre, y contemplar sus peticiones en orden a asumir el cuidado de los hijos cuando la madre no esté presente, por lo que no procede establecer la custodia compartida.
AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 24 de febrero de 2009.

RÉGIMEN DE VISITAS

No procede suprimir las visitas establecidas en semanas alternas de martes y jueves de 6 a 9 horas de la tarde que pactaron los progenitores en el convenio regulador por mucho que la madre alegue que no supone beneficio alguno en la relación entre padre e hijo, sino trastornos y perjuicios para ella.
AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 24 de febrero de 2009.

Se estima la demanda de modificación de medidas y se fija el punto de encuentro como lugar de entrega y recogida de los menores dada la conflictividad existente entre ambos progenitores.
AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 20 de febrero de 2009.

Aunque el hijo de los litigantes, que cuenta en la actualidad con 15 años de edad, muestra una abierta hostilidad, al menos en la actualidad, con la figura del padre, no es motivo para no fijar un régimen de visitas, si bien éste debe ser muy restringido.
AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 18 de febrero de 2009.

No se fija pernocta al reconocer el padre que la vivienda que ocupa no tiene condiciones de habitabilidad para las hijas.
AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 10 de febrero de 2009.

No procede la suspensión de las visitas por mucho que el menor, actualmente de 7 años de edad, presente un estado de polarización parental en el que atribuye a su madre todas las características positivas y al padre todas las negativas, dado que no se han puesto de manifiesto en el padre indicio de la existencia de alteraciones psicopatológicas que pudieran hacer recomendable el establecimiento de medidas restrictivas en relación con su hijo ni condicionante que le incapacite para un adecuado ejercicio de su función parental.
AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 20 de enero de 2009.

El desentendimiento inicial que la apelante achaca al demandado no es causa suficiente para privar al hijo del conveniente contacto con su padre, ni su situación procesal de rebeldía justifica que no se establezca el régimen de visitas.
AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 16 de enero de 2009.

Ante la negativa de la hija de 12 años a relacionarse con su padre la opción más factible para ello es recurrir a los puntos de encuentro como espacio neutral y vigilado para que el menor y su padre puedan estar juntos y recibir la inestimable ayuda del personal especializado con cuyos informes se podrían dar los primeros pasos hacia un régimen de visitas normalizado.
AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 12 enero de 2009.

VIVIENDA Y AJUAR FAMILIAR

Teniendo en cuenta que el derecho de usufructo que posee la madre lo adquirió de su hijo, quien hasta ese momento había ostentado el pleno dominio del inmueble y cuando el hogar familiar del hijo y de su esposa ya estaba fijado en ese domicilio, se desestima la acción de desahucio por precario interpuesta por aquélla tras dictarse la sentencia de separación en la que atribuía el uso de una planta a su nuera y nieto.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 13 de abril de 2009.

No se accede ni a la división del inmueble, ni a la utilización por períodos entre ambos cónyuges y siendo el interés más necesitado de protección el de la esposa que carece de ingresos, se le atribuye el uso de la vivienda familiar hasta tanto se lleve a efecto y concluyan todos los trámites de la liquidación de los bienes gananciales.
AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 13 de marzo de 2009.

Siendo la vivienda familiar propiedad privativa del esposo, se deja sin efecto la obligación de la esposa de abonar la mitad del préstamo hipotecario aunque dicho uso se haya atribuido a aquélla y a los hijos.
AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 6 de marzo de 2009.

Extinción del contrato de arrendamiento concertado por el esposo, después fallecido, al no considerarse que, a pesar de estar vigente el régimen de gananciales, la esposa fuera parte en el contrato, no habiéndose por otro lado cumplido las formalidades para la subrogación.
AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 25 de febrero de 2009.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Reducción en un tercio de la cuantía de la pensión alimenticia al haberse acreditado que, como consecuencia de la crisis económica actual, el padre ha perdido su trabajo y sólo percibe la cuantía asignada en su prestación por desempleo.
AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 12 de marzo de 2009.

Los efectos de la extinción de la pensión alimenticia sólo se producen desde la fecha en que se dicta sentencia no teniendo eficacia retroactiva.
AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Sentencia de 10 de marzo de 2009.

Al concepto retributivo de las dietas no puede otorgársele la relevancia pretendida por la esposa, estimando procedente el recurrir al sueldo ordinario del esposo demandante para el establecimiento, de forma ponderada, de la adecuada pensión alimenticia en favor de los dos hijos menores del matrimonio.
AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 4 de marzo de 2009.

A pesar de que inicialmente pudiese parecer exigua la pensión de 100 euros fijada a favor de los hijos, debe recordarse que el padre se hará cargo de la totalidad de la hipoteca que grava la vivienda familiar y que asimismo serán de su cargo los suministros por agua y luz, con lo que cumple una de las prestaciones que conforman la deuda alimenticia cual es satisfacer las necesidades de habitación.
AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 25 de febrero de 2009.

Si el padre puede soportar el pago de las cuotas por el turismo que ha comprado, más los otros gastos de combustible, seguro, reparaciones que lleva aparejado, más está obligado a soportar el abono de una pensión de alimentos digna para su hija, no encontrándose excesiva la fijada de 250 euros.
AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 30 de enero de 2009.

Si la sentencia no efectúa ninguna determinación respecto a los gastos extraordinarios, la cualificación y cuantificación de estos gastos no pueden efectuarse en fase de ejecución de sentencia.
AP Granada, Sec. 5.ª, Auto de 28 de enero de 2009.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Para el cálculo de la pensión compensatoria debe excluirse el sistema del porcentaje que solicita la esposa –nada menos que el 50% de los ingresos brutos del esposo– por la estricta injusticia de un cálculo de la pensión sobre los ingresos brutos en el que se parifican dos figuras –actor y demandada– que ni pueden serlo en lo profesional ni tampoco lo son en una perspectiva estrictamente societaria.
AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 11 de marzo de 2009.

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.

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

No es incongruente la sentencia que fija una pensión compensatoria temporal cuando ninguna de las partes solicitó dicha temporalidad.
AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 26 de enero de 2009.

Se extingue la pensión compensatoria que ha venido percibiendo la esposa durante los últimos diez años al acreditarse que se ha incorporado al mercado laboral realizando servicios de empleada de hogar por horas aunque no conste la cuantía total de sus ingresos.
AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 16 de enero de 2009.

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.

El hecho del que derivó la orden de alejamiento ya adquirió cosa juzgada, sin que actualmente conste la existencia de ningún proceso penal contra el ex esposo, por lo que es obvio que el Juzgado de Violencia carece de competencia para tramitar el procedimiento de modificación de las medidas que se acordaron en un procedimiento civil.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 30 de enero de 2009.

Se desestima la excepción de prejudicialidad penal dado que la existencia de una causa penal por un delito contra la libertad sexual ni vincula, ni puede condicionar la estimación, en su caso, de la causa de divorcio, ni la adopción de otras medidas o efectos complementarios, como el uso del domicilio familiar, la pensión de alimentos y otras cuestiones que no se refieran a las relaciones de visitas o comunicación del padre con la hija.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 28 de enero de 2009.

No existe indefensión por no haberse documentado el acto de exploración de los menores, en virtud del cual se ha adoptado la decisión de establecer el régimen de guarda y custodia compartida.
AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 23 de enero de 2009.

El Juzgado de Violencia sobre la Mujer es competente para el conocimiento de la petición de medidas urgentes instada por vía del artículo 158 del CC.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 15 de enero de 2009.

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.

Nulidad de actuaciones al no haberse dado traslado de la oposición a la ejecución al Ministerio Fiscal.
AP Pontevedra, Sec. 1. ª, Sentencia de 24 de marzo de 2009.

La madre tiene legitimación para reclamar el pago de los alimentos a favor de la hija de 30 años de edad a pesar de que cuando se fijó la pensión no se hubiese introducido en el Código Civil el segundo párrafo del artículo 93 del Código Civil que fue añadido por Ley 11/1990, de 15 de octubre.
AP Cáceres, Sec. 1.ª, Auto de 12 de marzo de 2009.

Es admisible oponerse a la ejecución por impago de pensiones alegando que los hijos mayores de edad perciben ingresos por su actividad laboral.
AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 5 de marzo de 2009.

No cabe hablar de actos propios ni de actitud contraria a la buena fe o retraso desleal en solicitar la actualización salvo, lógicamente, la imposibilidad de reclamar aquellas cantidades que puedan ser declaradas prescritas conforme prevé el artículo 1966 del CC, cuando se está ejercitando un derecho propio del acreedor derivado de la Sentencia ejecutada.
AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Auto de 24 de febrero de 2009.

Las cuestiones que plantea la decisión de la madre de trasladarse a Bruselas no pueden resolverse por vía de ejecución de sentencia.
AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 18 de febrero de 2009.

La interposición de una demanda de modificación en la que se solicitan los efectos retroactivos carece de eficacia para evitar la ejecución por impago de la pensión compensatoria.
AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Auto de 17 de febrero de 2009.

Se desestima la demanda de ejecución formulada por el padre solicitando que se requiera a la madre para que facilite información sobre «las cuestiones relativas a salud, conducta y formación del menor de la que aquél no tenga conocimiento por razón de la no convivencia con el menor», habida cuenta que el hijo está próximo a cumplir la mayoría de edad y el padre puede dirigirse directamente a aquél para conocer dicha información.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 30 de enero de 2009.

La sentencia de divorcio que aprobó el convenio regulador no determina una concreta obligación de entrega, sino de reparto entre ambos suscribientes del convenio de los objetos y bienes de la vivienda familiar, es decir, que no se determinaba una obligación de entrega de cosa distinta a una cantidad de dinero, lo que hacía viable la causa de oposición por defecto procesal del artículo 559.1.3.º de la LEC.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 30 de enero de 2009.

Si se pactó el pago por mitad de los gastos derivados de la propiedad del inmueble común, se incluyen dentro de éstos el pago del seguro (tanto incluya continente como contenido) y tasa de entrada de vehículos, aunque la vivienda sólo sea utilizada por uno solo de los cónyuges.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 28 de enero de 2009.

El proceso de ejecución no es momento procesal oportuno y adecuado para determinar si la obligación se ha reducido o no, existiendo el proceso de modificación de medidas para discutir dicho extremo y sin perjuicio de los efectos retroactivos que se le pudiere dar a lo que en él se acuerde.
AP Granada, Sec. 5.ª, Auto de 23 de enero de 2009.

Se condena a la ex esposa al abono de 8.500 euros por el incumplimiento del pacto del convenio regulador en el que se comprometía a abandonar la vivienda familiar en un fecha determinada, pactándose que por cada día de retraso abonaría 100 euros.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 16 de enero de 2009.

Carece de legitimación para reclamar por los cauces del procedimiento ejecutivo la hija, que es la que interpone la demanda.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 15 de enero de 2009.

Se desestima la petición de suspensión del régimen de visitas solicitada por la madre con base en la propia voluntad del menor, al no detectarse en el informe pericial ninguna circunstancia que haga entender que la relación del menor con su padre no pueda normalizarse, siendo la misma correcta y cordial, sin que la presencia del progenitor cree situaciones de ansiedad. Se pone de manifiesto la actitud de la madre de delegar en el menor toda la responsabilidad en el cumplimiento del régimen de visitas, acompañando a su hijo al punto de encuentro y aceptando sus decisiones, sin implicarse o facilitar el contacto con el padre.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 15 de enero de 2009.

Se admite como causa de oposición a una demanda de reclamación de atrasos de la pensión alimenticia el pago parcial correspondiente a los ingresos que la abuela paterna realizó en la cuenta bancaria donde se ingresaba la pensión.
AP Granada, Sec. 5.ª, Auto de 14 de enero de 2009.

El Juzgado de Instrucción, que tenía atribuida competencia sobre materia de Violencia contra la Mujer, y conoció del proceso de divorcio, es el competente para conocer de la demanda de ejecución, siendo improcedente la inhibición a favor del Juzgado específico de Violencia sobre la Mujer que se creó con posterioridad.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 13 de enero de 2009.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Se desestima el recurso de revisión con el que se pretendía modificar la sentencia que puso fin a la liquidación de la sociedad de gananciales dado que la circunstancia de que el esposo figure como propietario de una cochera ante la Comunidad de Propietarios en fecha posterior a la sentencia de liquidación no es suficiente para incluirla en el inventario.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 26 de marzo de 2009.

Como medida de administración y hasta que tenga lugar las adjudicaciones, se acuerda que el esposo sea el que se haga cargo de los gastos del inmueble ganancial en atención a haberse acreditado ser quien dispone de su posesión y maneja, *de facto*, los fondos de la economía familiar.
AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Auto de 24 de marzo de 2009.

Se incluye en el activo la participación indivisa que le corresponde a la sociedad de gananciales en la propiedad de la vivienda, correspondiente al porcentaje que sobre el precio de adquisición de dicho inmueble representa la suma pagada de dicho precio desde la celebración del matrimonio hasta la fecha en que cesó la convivencia.
AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 13 de marzo de 2009.

La mención que pudiese hacerse en el auto de medidas provisionales a que la vivienda era privativa del esposo carece de efectos en el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales.
AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 13 de marzo de 2009.

Se consideran privativos los muebles ya que no se trata de donaciones por razón de matrimonio, sino que aquéllos fueron adquiridos por los padres de la esposa antes del matrimonio, existiendo y aportándose facturas de su adquisición, con lugar de entrega en el domicilio de los padres, comprados expresamente para su hija y con las facturas emitidas a nombre de los padres, no del matrimonio.
AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 13 de marzo de 2009.

La adición o complemento a la liquidación de gananciales debe sustanciarse por los trámites del juicio ordinario y, por tanto, procede declarar la nulidad de lo actuado desde la admisión a trámite de la demanda habida cuenta que se siguió el procedimiento establecido en los artículos 806 y siguientes de la LEC.
AP Córdoba, Sec.2.ª, Sentencia de 11 de marzo de 2009.

Se estima la excepción de inadecuación del procedimiento seguido para la liquidación de gananciales ante la existencia de una previa liquidación convencional que impide acudir a la liquidación judicial o contenciosa.
AP Pontevedra, Sec. 1. ª, Sentencia de 11 de marzo de 2009.

Resolución del contrato de compraventa realizado por un cónyuge sin el consentimiento del otro al ser de imposible cumplimiento, condenándose a la esposa a la devolución de las cantidades percibidas por la venta.
AP Zaragoza, Sec. 5.ª, Sentencia de 25 de febrero de 2009.

No estamos ante un supuesto de derecho de atribución preferente habida cuenta que ninguno de los cónyuges desarrolla ninguna actividad agrícola en las fincas, siendo intrascendente que sea el esposo el que desde hace años se encargue de buscar arrendadores y cobrar las rentas.
AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 20 de febrero de 2009.

Aunque existen dos inmuebles, son de muy distinta valoración e identidad como indica el contador-partidor, tanto por la situación, utilidad como facilidad para la venta, por lo que la adjudicación pretendida por la recurrente aún concedida a la parte demandada daría lugar a una necesaria compensación económica sobre lo que tampoco existe acuerdo alguno, por lo que se considera más acertado, como ha efectuado el contador-partidor, mantener la indivisión sobre ambas viviendas.
AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 17 de febrero de 2009.

La jurisprudencia nos enseña que la presunción de ganancialidad sólo se puede destruir mediante documentos fehacientes, no admitiéndose la testifical (STS de 15 de diciembre de 1994), ni la indiciaria (STS de 24 de febrero de 2000), sino que dicha prueba debe ser expresa y cumplida.
AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 22 de enero de 2009.

Se desestima la tercería de dominio interpuesta al estarse ante una empresa familiar administrada por la tercerista que sola o presuntamente con su esposo socio minoritario y su hija, bajo la

forma de sociedad de responsabilidad limitada, ejercen una actividad industrial donde toman protagonismo esencial las tres máquinas embargadas.
AP Granada, Sec. 3.ª, Auto de 20 de enero de 2009.

Se estima la tercería de dominio interpuesta por el esposo al considerar que los bienes embargados son de su propiedad dado su carácter privativo como consecuencia de la liquidación de la sociedad de gananciales y la consideración de deuda privativa de la esposa.
AP Granada, Sec. 3.ª, Auto de 16 de enero de 2009.

Aunque la sentencia que pone fin al procedimiento de liquidación tenga carácter declarativo, debe admitirse la demanda de ejecución que persigue la entrega efectiva a cada uno de los cónyuges de los bienes incluidos en su lote.
AP Granada, Sec. 5.ª, Auto de 15 de enero de 2009.

UNIONES DE HECHO

Se desestima la demanda interpuesta por una conviviente de hecho reclamando una indemnización a una entidad aseguradora en base a la póliza de seguro de vida que tenía suscrita el conviviente, al no poder asimilarse aquella relación a la expresión «cónyuge» que aparece en primer lugar como beneficiario de la póliza. Por otro lado, existe una falta de litisconsorcio pasivo necesario al tener que haber sido parte los herederos del fallecido.
AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 13 de febrero de 2009.

Desestimación de la demanda interpuesta por una integrante de una pareja de hecho solicitando la nulidad de la declaración de herederos abintestato a favor de los padres de quien había sido su pareja de hecho durante un tiempo hasta su muerte, por habérsele omitido, pidiendo en su lugar una declaración que, además de los derechos hereditarios, incluyese el usufructo vitalicio de la mitad del haber hereditario líquido.
AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 12 de febrero de 2009.

CUESTIONES PENALES

Se condena al padre a siete meses y medio de prisión por un delito de lesiones causadas al hijo de 13 años que en ningún caso pueden estar amparadas por el derecho de corrección que tienen los padres.
AP Barcelona, Sec. 20.ª, Sentencia de 16 de febrero de 2009.

SUCESIONES

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 indivisio con su ex esposo.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de febrero 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 Editorial Lex Nova, calle General Solchaga núm. 3, 47008 Valladolid, Tlf.: 983 457 038, Fax: 983 457 224, e-mail: redaciv@lexnova.es con indicación de su destino a la *Revista de Derecho de Familia*. También pueden remitirse en papel a la misma dirección postal. Se hará constar expresamente en el envío el teléfono de contacto y la dirección de correo electrónico del autor.

5. Evaluación. Los originales serán evaluados por el Comité de Evaluación de la Revista, a efectos de su publicación. La Revista comunicará a los autores el resultado de la evaluación y la fecha aproximada de publicación, en su caso.