

Revista de Derecho de familia

DOCTRINA · JURISPRUDENCIA · SECCIÓN PRÁCTICA · NOTICIAS

Revista de
Derecho
de Familia
núm. 42
enero-marzo 2009

Director:
Antonio Javier
Pérez Martín

Sumario

Presentación	3
Índice	5
Estudios Doctrinales	21
Jurisprudencia	135
Sección Práctica	277
Publicaciones, Noticias y Datos de interés	293
Avances Jurisprudenciales	311

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

Esta publicación no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrostáticos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos, o cualquier otro medio, sin el permiso previo, por escrito, de Lex Nova.

La empresa 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.

Los hijos mayores de edad

Cada día los hijos abandonan más tarde el domicilio familiar. La dificultad para obtener un empleo que les reporte un sueldo periódico y medianamente aceptable y la evidente complicación para acceder a una vivienda hacen que sean los padres los que hasta edades muy tardías tengan que seguir asumiendo las necesidades de los hijos. Por otro lado, también es una realidad que el sistema de vida actual y la permisibilidad de los padres facilitan que los hijos se encuentren cómodos viviendo en casa y retrasen la decisión de marcharse. Más de uno se aplica el slogan de «Vive de tus padres hasta que puedas vivir de tus hijos».

Cuando los padres conviven unidos no suelen plantearse problemas a nivel jurídico, si bien, cuando ha mediado una separación o divorcio y el hijo convive con uno solo de los progenitores, los problemas son constantes ya que en muchos casos el progenitor que abona una pensión alimenticia para el hijo mayor de edad y no tiene apenas relación con él intenta por todos los medios obtener su extinción, sobre todo cuando ha formado un nuevo núcleo convivencial y los recursos son limitados.

Más de un padre se pregunta ¿hasta cuándo pueden estar los hijos mayores viviendo a costa de los padres? Ya sabemos que en el Código Civil no se marca ningún límite temporal a partir del cual se extinga automáticamente la pensión alimenticia, aunque bien es cierto que más allá de los 30 o 32 años son pocas las resoluciones judiciales que mantienen la pensión alimenticia, salvo, claro está, que el hijo padezca algún tipo de minusvalía y la prestación social que reciba sea insuficiente. En cambio, en la legislación aragonesa se marca el límite de los 26 años a no ser que, convencional o judicialmente, se hubiera fijado una edad distinta.

La extinción de la pensión tendrá lugar cuando los hijos sean independientes económicamente. Pero claro, esto de ser independientes económicamente es muy ambiguo. Hay hijos que acceden a empleos precarios mal remunerados y con una duración limitada. Habrá que atender, como lo está haciendo la jurisprudencia, a dos parámetros, por un lado, la edad del hijo (no es igual que tenga 21 o 30 años) y, por el otro, la trayectoria laboral. En cuanto a esta última cuestión lo determinante será llegar a la conclusión de si el hijo se ha insertado o no en el mercado laboral y a estos efectos habrá que considerar que la inestabilidad laboral o el carácter esporádico o, incluso, la escasa o precaria remuneración de los empleos desarrollados son circunstancias que derivan de la situación actual. Más o menos lo que nuestros tribunales vienen a decir es que el hijo está en disposición de procurarse los medios de vida para atender sus necesidades. Habrá períodos en los que trabaje y otros en los que perciba el desempleo e incluso otros en los que no reciba ingresos, pero se entiende que ya ha salido de la órbita de protección paterna.

Por otro lado, la obligación alimenticia que tienen los padres frente a sus hijos está condicionada a que la falta de recursos económicos por parte del hijo no provenga de una causa imputable a él. Cuando el hijo no quiere estudiar ni buscar un trabajo (no teniendo impedimento físico para ello) la pensión debe extinguirse. Generalmente cuando estas situaciones llegan a los juzgados, suele acordarse que el padre continúe pagando la pensión alimenticia durante

un breve plazo (a lo sumo un año) y transcurrido éste la pensión se extingue totalmente. Sin embargo, cuando es de aplicación el Código de Familia de Cataluña, la pensión no llega a extinguirse, sino que se reduce al mínimo vital. En este sentido indica el artículo 260.4 del CF que «Si la persona que tiene derecho a recibir alimentos es descendiente de la persona obligada y la necesidad deriva de causa que le es imputable, mientras ésta subsista, sólo tiene derecho a los alimentos necesarios para la vida».

Hay hijos que no quieren admitir las reglas de convivencia que imponen los padres y quieren vivir de forma independiente, si bien reclamando a aquéllos el pago de una pensión alimenticia mensual. Éste fue un caso que llegó al Tribunal Supremo. La cuestión que subyacía era la denominada «lucha generacional» y contraponía dos situaciones, en primer lugar, la posición de unos padres, que tratan de fijar una norma de vida –horarios, salidas y otros aspectos similares– para una convivencia común y familiar en el hogar y, en segundo lugar, el desacuerdo con ésta de una hija que pretende realizar su vida con arreglo a unas normas que, ella, cree imprescindible para desarrollar y reafirmar su personalidad. Al final no se le concedió la pensión argumentado nuestro Alto Tribunal que «lo que no se puede pretender es realizar un modelo de vida propio y con arreglo a unos principios de conducta que atacan y contradicen a los de un entorno familiar y social, y seguir obteniendo las ventajas de acogimiento y económicas de dicho entorno, que se rechaza».

Existen situaciones en las que los hijos prolongan excesivamente la etapa de formación universitaria y tras fracasar en una carrera se cambian a otras que tampoco van concluyendo en un período razonable ¿Qué influencia tiene esta conducta en relación con la pensión alimenticia? La falta de aplicación a los estudios por parte del hijo mayor de edad es considerada por la jurisprudencia como una causa de extinción de la pensión alimenticia, ya que no puede reclamar ayuda para sus estudios quien no está dispuesto a estudiar. No obstante, los tribunales suelen tener cierta consideración en aquellos casos en los que existe un bajón puntual en los estudios. Lo que se penaliza con la extinción de la pensión alimenticia es que durante un número determinado de años el hijo no progrese en los estudios. Un ejemplo de ello es el hijo de 25 años que durante seis años sólo aprobó 5 asignaturas.

Extinguida la pensión alimenticia tras haber alcanzado el hijo la independencia económica, no terminan ahí los problemas. Cada día es más frecuente ver el regreso de los hijos a casa de los padres, bien porque no han podido asumir los gastos que conlleva su independencia o porque no tienen otro sitio donde ir después de separarse o divorciarse. ¿Tienen que seguir los padres asumiendo sus necesidades? En estos casos, sobre los padres ya no recae ninguna obligación alimenticia ya que hijo, por lo general, estará inmerso en el mercado laboral, lo que sucede es que por solidaridad familiar se acoge nuevamente al hijo. Más que un problema jurídico es un problema social dado que las perspectivas vitales de los padres se truncan con la vuelta a casa del hijo, pues esta convivencia diaria generará de nuevo las lógicas preocupaciones en los padres que tienen que volver a ocuparse del hijo (comidas, lavadora, plancha, etc.) y además en muchos casos de los nietos cuando se está cumpliendo el régimen de visitas. Como han apuntado muchos psicólogos, se trata de una convivencia impuesta en la que no se negocian sus condiciones, donde el hijo que vuelve no es el niño de antaño ni el joven en el que se transformó que necesitaban de una protección, sino una persona mayor que cargado de frustraciones y necesidades económicas busca el amparo paterno y que, en muchos casos, identifica la casa paterna como un hotel, con la diferencia que no tiene que abonar el precio de la habitación y además hace uso de todos los servicios que ofrece.

ESTUDIOS DOCTRINALES

La ejecución forzosa de las obligaciones de entrega de cosa determinada en los procesos de familia (I).

Juan Pablo González del Pozo

23

Las uniones de hecho y las relaciones paterno-filiales en el derecho europeo

Silvia Tamayo Haya

59

Determinación de la competencia judicial de los tribunales españoles en los litigios de familia extracomunitarios

Anna M. Vidal i Cardona

103

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PENSIÓN ALIMENTICIA

Modificación del índice de actualización de las pensiones al considerarse inadecuado el sistema que venía rigiendo consistente en el aumento de los ingresos del obligado al pago, sin que el hecho de que la actual familia de aquél se beneficie de esos incrementos vulnere el derecho a la igualdad de la ex esposa y del hijo del primer matrimonio.

Tribunal Constitucional, Sec. 1.ª, Auto de 31 de octubre de 2008

137

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

No se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando habiéndose acordado en la sentencia la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa, en fase de ejecución se concreta qué domicilio, de los dos existentes, es el que se atribuye a aquélla.

Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Auto 375/2008, de 24 de noviembre

139

RÉGIMEN DE VISITAS

El régimen de visitas restringido no se ha fijado en atención a la condición de transexual del padre, sino atendiendo al interés del menor, por lo que no ha existido discriminación por su condición sexual.

Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 176/2008, de 22 de diciembre

141

TRIBUNAL SUPREMO

VIVIENDA FAMILIAR

La situación 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 familiar por resolución judicial.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 2 de octubre de 2008

151

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Atribución del negocio de carnicería a la esposa ya que es ésta la que gestiona el negocio desde la separación constando que el esposo sólo participó en la creación de la comunidad de bienes.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 9 de mayo de 2008

153

Se declara ganancial la indemnización por despido causada por el esposo antes de la disolución de la sociedad de gananciales, si bien deberá sólo computarse aquella parte de la indemnización que corresponda al número de años trabajados durante el matrimonio.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de mayo de 2008

156

A efectos de la acción de rescisión por lesión, la valoración de los bienes sujetos a una operación particional debe referirse al momento de la adjudicación. Las alegaciones basadas en meras hipótesis de negociación con promotores o de modificaciones urbanísticas que incrementarían el valor de los bienes resultan ineficaces.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de mayo de 2008

159

Como la esposa dispuso de un bien inmueble y no puede reintegrarse a la masa ganancial, procede que en el activo se incluya el importe de la venta debidamente actualizado.

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

160

Declarado en quiebra el esposo, la esposa carece de facultades de administración y disposición de los bienes gananciales, dado que éstos son parte de la masa activa de la quiebra, que se sustrae necesariamente a los poderes del esposo quebrado y de su esposa, que pasan a los síndicos, pues

de otro modo, es decir, si la esposa, por no ser quebrada, pudiera disponer o administrar bienes gananciales, se haría ilusoria la afectación de esos bienes a las deudas del esposo quebrado.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 6 de junio de 2008

163

Inclusión en el pasivo de gastos de comunidad, agua y derramas del piso abonadas en exclusiva por uno solo de los cónyuges.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 18 de junio de 2008

165

Por la compra que un cónyuge hace de un inmueble sin consentimiento del otro no se genera una obligación de la sociedad, cuando el supuesto no es subsumible en el artículo 1365 del CC dado que no hay prueba alguna de conexión de la operación con el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio, ni se detecta una relación con la administración de los propios bienes ni, desde luego, se encuentra vínculo con el ejercicio de la potestad doméstica o con la gestión o disposición de gananciales que por ley corresponda al cónyuge que ha llevado a efecto el negocio adquisitivo.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 20 de junio de 2008

169

Habiendo mostrado el esposo su aquiescencia a la acción reconvencional ejercitada por la esposa solicitando la nulidad del contrato de opción de compra celebrado por aquél, se desestima la excepción de falta de litisconsorcio pasivo apreciada por la Audiencia Provincial y entrando en el fondo del asunto se declara la nulidad del contrato por falta de consentimiento de la esposa al quedar acreditado que era falsa la firma que aparecía en el citado contrato.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 23 de julio de 2008

172

Naturaleza ganancial de los rendimientos de los bienes comunes, cuya administración se atribuyó a la esposa en el auto de medidas provisionales habida cuenta que, hasta la disolución de la sociedad de gananciales, los rendimientos de todos los bienes que la conformaban son gananciales, independientemente de quien fuera su administrador, ya que están sujetos a la obligación de rendición de cuentas.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 15 de septiembre de 2008

175

UNIONES DE HECHO

No se fija indemnización alguna a favor de la conviviente de hecho dado que no hay prueba alguna acerca de la precariedad económica sobrevenida a ésta tras el cese de la convivencia, ni del desempeño de una actividad laboral antes de iniciar la relación, ni, consecuentemente, de que por razón de ésta haya tenido que abandonar algún trabajo o empleo.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 8 de mayo de 2008

178

Inexistencia de comunidad de bienes entre los convivientes al no acreditarse la existencia de actos concluyentes para crearla siendo insuficiente el dato de que en una escritura se hiciese contar que estaba casado ni que ella trabajase en la clínica de él, dado que lo hacía bajo el cumplimiento de un contrato de trabajo, siendo relevante que durante la convivencia aquél comprase un inmueble y lo pusiese a nombre exclusivo de aquélla.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 8 de mayo de 2008

182

SUCESIONES

Mediando dispensa de colación, una vez comprobado que la donación no es inoficiosa, ésta ha de ser tratada como cualquier otra donación a extraños.

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

186

Rescisión de la donación de un inmueble efectuada por los padres a favor de los hijos por haberse burlado con la celebración de tal negocio las legítimas expectativas de cobro por parte de una entidad bancaria de la deuda pendiente con los donantes dimanante de la suscripción de póliza de contrato de crédito.

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

189

La doctrina jurisprudencial ha flexibilizado la aplicación de la exigencia de la subsidiariedad del ejercicio de la acción rescisoria declarando que no es preciso una persecución real de todos y cada uno de los bienes con resultado infructuoso, ni que el deudor se coloque en situación de insolvencia total, ya que basta que los bienes no sean suficientes para satisfacer a sus acreedores por haberse disminuido las posibilidades económicas efectivas o producido una notable disminución patrimonial que impide al acreedor percibir su crédito o que su reintegro le sea sumamente dificultoso.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de mayo de 2008

192

AUDIENCIAS PROVINCIALES

PATRIA POTESTAD

Se acuerda suspender al padre de la patria potestad con relación a la menor, que no su privación, y por tanto quedará sometida al régimen de patria potestad de quien siempre la atendió y cuidó en todos los aspectos de su vida como es su madre, sin interferencia de quien no se preocupó por ella durante un más que prolongado y significativo período de tiempo.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 9 de julio de 2008

196

GUARDA Y CUSTODIA

El sistema de alternancia en la custodia que contempla dicha reforma legal debe ser interpretado y aplicado en cada caso concreto bajo la inspiración del principio del beneficio del menor. No puede olvidarse que la medida acordada, en relación a la custodia en favor de la madre, fue pactada por ambos progenitores, y hasta este momento no se ha acreditado la concurrencia de incidencia negativa alguna en la vida del menor, en cualquiera de sus aspectos, que justifiquen la modificación de la guarda y custodia.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 1 de julio de 2008

198

El informe pericial psicológico reseña la existencia en la madre de un elevado nivel de distorsión emocional, acompañado de una tendencia al aislamiento social y de dificultades en el establecimiento de relaciones, encontrándose desbordada en cuanto a los problemas

de conducta y educacionales del hijo, por lo que no se la considera como una persona especialmente capacitada para hacerse cargo del menor.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 15 de julio de 2008

199

Los informes de los centros a los que acuden los hijos y el informe social desvirtúan al respecto el informe emitido por el SATAV, que achaca a la madre una falta de empatía y una tendencia a un estilo educativo estricto y autoritario, lo que sin más no se puede calificar como circunstancia bastante para cambiar la guarda y custodia de los menores en favor del padre como hizo la sentencia del Juzgado, y ello a pesar del deseo de los hijos a dicho cambio.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 24 de julio de 2008

199

No puede desconocerse que la custodia compartida fue convenida por ambos progenitores en el convenio que reguló los efectos de su separación a principios del año 2005, que desde entonces así ha funcionado y nadie ha solicitado su modificación, que sólo cuando por el progenitor se insta el divorcio con mantenimiento de las mismas medidas es cuando por la recurrente se hace valer su pretensión de modificar la custodia.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 8 de septiembre de 2008

201

Atribución de la custodia a la madre con la prevención de que si decide trasladarse a su ciudad natal de Hong Kong, la custodia pasará automáticamente al padre, otorgándose a este último la facultad de decidir el lugar de residencia de los menores.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 19 de septiembre de 2008

202

Fallecida la madre, el padre solicita con carácter cautelar que se le entregue al menor, pero se desestima su petición al no acreditarse que la guarda de hecho ejercida por los abuelos maternos suponga riesgo alguno para el menor, y ello sin perjuicio de lo que se acuerde en el procedimiento principal.

AP Álava, Sec. 1.ª, Auto de 30 de septiembre de 2008

203

RÉGIMEN DE VISITAS

Se reconoce el derecho de la abuela a relacionarse con su nieta, pero, dada la problemática existente, las visitas tendrán que llevarse a efecto desplazándose aquélla a la ciudad donde reside la menor, suprimiéndose la visita a casa de su abuela durante una semana en verano y cuatro días en Navidad.

AP Alicante, Sec. 6.ª, Sentencia de 16 de julio de 2008

204

La situación emocional y psíquica del padre conduce a considerar más beneficioso para el hijo la suspensión de las visitas, pues constando que aquél precisa de supervisión y ayuda de tercera persona, no existe garantía plena de que el padre pudiera prestársela, siempre que se encuentre en su compañía, precisando los tratamientos ya previstos, y lo que es más importante, refiriendo el informe pericial la existencia de un peligro para el propio hijo dada su ideación autolítica.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 23 de julio de 2008

205

Disponer que el padre lleve a diario a los niños al centro escolar podría interferir en la organización doméstica de la madre, ante posibles retrasos o imposibilidades puntuales de éste,

máxime a horas de especial congestión circulatoria, que podría constituir fuente de tensiones entre los progenitores, que en nada beneficiarían a los hijos.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 24 de julio de 2008

206

En el presente caso la conducta distante e impositiva del progenitor no custodio, unido a la edad adolescente de sus hijos, han propiciado una situación de enfrentamiento que motiva el Auto recurrido pues si el padre es incapaz de llevar a buen fin las visitas, éstas no pueden ser impuestas a los hijos con el rigor que el progenitor pretende.

AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 16 de septiembre de 2008

207

Al estar el padre ingresado en prisión, se fija un régimen de visitas a favor de la abuela que incluye fines de semana alternos, en el entendimiento de que la abuela tiene la obligación de recoger a los niños y acompañarlos a visitar a su padre a la prisión.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 25 de septiembre de 2008

208

El informe redactado por la psicóloga no constituye una base suficiente para la suspensión de la pernocta del menor en el domicilio de su padre habida cuenta de la importancia que tiene la existencia de un vínculo intenso con el progenitor no custodio para el correcto desarrollo personal y social del menor. Dicho informe carece de una valoración profunda de los motivos por lo que el menor no quiere ir al domicilio paterno, y el porqué de lo que la psicóloga en la vista expresó diciendo «el niño tiene rechazo a irse a casa de su padre, rechaza la situación, no al padre».

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 25 de septiembre de 2008

209

VIVIENDA FAMILIAR

Ineficacia frente al arrendador del pacto contenido en el convenio regulador de la separación por el que el esposo se obligaba al pago de las rentas, siendo procedente la estimación de la demanda de resolución del contrato por falta de pago.

AP Sevilla, Sec. 5.ª, Sentencia de 9 de julio de 2008

210

Por convenio extrajudicial las partes pactaron la venta del domicilio familiar, realizando posteriormente la esposa determinadas acciones tendentes a tal venta, pues acudió a un API para encargar tal venta, tal como reconoció en el acto de la vista, por lo que no puede ahora alegar su oposición a tal pacto y solicitar la atribución del uso del inmueble.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 18 de julio de 2008

211

Atribución del uso de la vivienda familiar sin limitación temporal a la esposa en tanto no cese la situación de mayor necesidad apreciada en ella, por cuanto frente a su carencia de ingresos se aprecia que el esposo cuenta con una pensión por importe de 2.487,86 euros, lo que pone de manifiesto que aquélla se encuentra en mayor necesidad de que le sea atribuido el uso de la vivienda que éste y no constan en las actuaciones datos objetivos que permitan determinar cuándo cesará aquélla.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 29 de julio de 2008

212

Los gastos por IBI, reparaciones de la vivienda, seguro de ésta y derramas extraordinarias por instalación de servicio de ascensor en la comunidad afectan a la propiedad de la vivienda familiar, suponiendo un incremento de su valor y una obligación de abono por parte de ambos titulares del inmueble.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Auto de 29 de julio de 2008

213

No puede estimarse la pretensión principal de compartir la vivienda por períodos temporales idénticos, pues dicha solución lo único que produce son problemas entre las partes relativas a la forma de uso, o abuso de ese uso en el período próximo al cambio, o relativo a cómo se abonan los gastos generales de la vivienda, etc.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 10 de septiembre de 2008

214

Otorgado el uso alternativo de la vivienda a ambos cónyuges se encuentra más acertado que la alternancia sea semestral y no por quincenas.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 18 de septiembre de 2008

215

PENSIÓN ALIMENTICIA

Se concede efectos retroactivos a la extinción de la pensión alimenticia desde la fecha de presentación de la demanda, ya que en esa fecha ya concurría la causa de extinción.

AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 3 de julio de 2008

215

El hecho de ponerse el alimentante una nómina en la sociedad a efectos fiscales no implica que sea un asalariado, ni mucho menos que dicha nómina unilateralmente impuesta por él en su calidad de administrador único de su sociedad mercantil no pueda ser muy superior a la que a efectos formales dice tener.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 10 de julio de 2008

216

Ni el padre ni este Tribunal tienen legitimidad para imponer a la alimentista dónde cursar sus estudios, pero sí limitar la aportación obligatoria que debe realizar el alimentante cuando idéntica carrera universitaria se encuentra en una universidad pública de su residencia.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 10 de julio de 2008

217

Los gastos derivados de autoescuela y carné por su importancia e imprevisibilidad deberán excluirse de la pensión alimenticia y conceptuarse como extraordinarios.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Auto de 15 de julio de 2008

218

Si en el convenio regulador se pactó que la pensión de alimentos del hijo del matrimonio se devengará mientras permaneciere bajo la guarda y custodia de la madre, alcanzada la mayoría de edad por aquél ha perdido eficacia jurídica las funciones de la guarda y custodia, al extinguirse la patria potestad, por lo que ha quedado sin efecto la pensión de alimentos del hijo común, sin perjuicio de que éste inicie un procedimiento de alimentos.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 22 de julio de 2008

219

Carecen de fiabilidad los rendimientos declarados fiscalmente por el demandado con posterioridad a 2006, dada su cotización como autónomo. Además debe tenerse en cuenta que constituyó con otros dos socios una sociedad de la que es administrador mancomunado, cuyo objeto social es la explotación de negocios de hostería y restauración, comercio al por menor de alimentos y bebidas y venta de productos dietéticos, de estética y belleza.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 22 de julio de 2008

220

La hija mayor de edad ha abandonado toda clase de estudios y reconoció en el interrogatorio realizar algunos trabajos en el sector de la hostelería. Al haberse acreditado que trabajó para diversas empresas no procede fijar pensión alimenticia dado que ésta ha evitado la aportación de los contratos de trabajo que hubiesen permitido establecer su duración y salario.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 16 de septiembre de 2008

221

La inestabilidad o el carácter esporádico, o, incluso, la escasa o precaria remuneración de los empleos desarrollados, son circunstancias que derivan de la situación actual del mercado de trabajo al que acceden los jóvenes, pero lo que no cabe duda es que el hijo se ha incorporado al mercado laboral, por lo que no procede aplicar la excepcionalidad que supone la fijación de una pensión alimenticia a favor de hijos mayores de edad con arreglo a lo dispuesto en el artículo 93 *in fine* del CC.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2008

222

PENSIÓN COMPENSATORIA

El apelante era perfecto conocedor de la convivencia *more uxorio* de su esposa con bastante antelación a la firma del Convenio aprobado judicialmente. En el Convenio, en su cláusula cuarta se establece: «La esposa tendrá derecho a percibir dicha pensión compensatoria, en tanto no contraiga nuevas nupcias, y ello aun el supuesto de que trabajara por cuenta propia o por cuenta ajena...». Ninguna referencia se hace a la otra posible causa de extinción del derecho a la pensión compensatoria establecida en el artículo 101 del CC «o por vivir maritalmente con otra persona».

AP Asturias, Sec. 7.ª, Sentencia de 2 de julio de 2008

223

El hecho de que la ex esposa haya tenido un hijo no implica que haya convivido maritalmente con otra persona, dato sobre el que tampoco hay prueba bastante, como causa para la desaparición de la pensión compensatoria.

AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 23 de julio de 2008

224

Habiendo percibido la esposa la pensión compensatoria durante siete años y teniendo en cuenta que cuando se produjo la separación aquella contaba con 44 años y que los tres hijos habidos en el matrimonio conviven con el padre, procede declarar extinguida la pensión.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 24 de septiembre de 2008

225

Extinción de la pensión compensatoria al acreditarse que la esposa vive en el domicilio alquilado por un tercero que es la misma persona con la que, según el informe de detectives emitido dos años antes, la esposa paseaba abrazada por la calle.

AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 26 de septiembre de 2008

226

CONVENIO REGULADOR

El abono por mitad de los gastos de la vivienda que los cónyuges pactaron en el convenio regulador no puede hacerse extensivo al pago de la hipoteca dado que se trata de una vivienda privativa del esposo.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 16 de septiembre de 2008

227

Se estima la demanda de reclamación de la pensión alimenticia pactada por los cónyuges en un convenio regulador y no abonada por el padre, sin que sea obstáculo alguno que aquél no hubiese sido ratificado judicialmente.

AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 26 de septiembre de 2008

228

CUESTIONES PROCESALES

A pesar de que se hubiese instaurado la práctica de que el padre ingresaba la pensión de los hijos mayores en una cuenta a nombre de ambos, la demanda en la que el padre solicita la extinción de la pensión debe dirigirse contra la madre, ya que la pensión se fijó en un procedimiento matrimonial y los hijos continúan conviviendo en el domicilio familiar.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 8 de julio de 2008

229

La demandada fue debidamente emplazada, constando en la diligencia extendida por el funcionario del Servicio Común que «la demandada se identifica a través del portero electrónico pero una vez a la puerta del domicilio y haciéndole saber que es una notificación judicial no abre la puerta a pesar de las reiteradas llamadas» y consta igualmente que se intentó su citación para el acto de la vista sin que se pudiera llevar a cabo porque «se negaron a recoger la documentación tanto la persona que dice ser su hermana como otro señor que no se identifica» por lo que no puede estimarse que se haya producido indefensión alguna para la demandada.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 8 de julio de 2008

233

No es necesaria una prueba pericial psicológica cada vez que se discuta sobre la guarda y custodia, ni corresponde decidir a los peritos ante la falta de acuerdo entre el padre y la madre, basándose el debate procesal en circunstancias relacionadas con los respectivos regímenes y horarios laborales, quién dispondría de más posibilidades de dedicación, quién se ocupaba más de los hijos antes de la ruptura de la convivencia y cosas por el estilo.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 10 de julio de 2008

233

La decisión adoptada en cuanto al carácter restrictivo del régimen de comunicación, visitas y compañía, carece de una necesaria motivación, desconociéndose los motivos apreciados por el órgano judicial para adoptar tal limitación, no bastando, desde luego, la lacónica consideración de revelarse necesaria y útil para la tranquilidad del niño y de su madre, sin explicitar las razones o aspectos de tal decisión jurisdiccional. En base a ello se declara la nulidad de la sentencia.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 22 de julio de 2008

235

Se revoca la suspensión de las actuaciones del divorcio acordada por el Juzgado apreciando la excepción de prejudicialidad civil y que estuvo basada en la circunstancia de haberse promovido por la esposa proceso declarativo ordinario, tendente a discutir la validez de determinados

contratos celebrados entre el esposo y su hermano, con la finalidad de la despatrimonialización de aquél.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 24 de julio de 2008

236

Es cierto que la demandada no formuló una demanda reconvenzional específica en su escrito de contestación, pero también es cierto, que, una vez planteada por parte del esposo la improcedencia de admitir las pretensiones de la esposa, la Juzgadora *a quo* se pronunció en el sentido de admitir la petición de pensión compensatoria, ninguna consideración efectuó el esposo a continuación, ni interpuso recurso alguno contra tal acuerdo, y ni siquiera formuló una protesta contra éste, sino que por el contrario se aquietó con dicho pronunciamiento y propuso la prueba que estimó oportuna.

AP Guipúzcoa, Sec. 2.ª, Sentencia de 8 de septiembre de 2008

237

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

En lo que se refiere a los intereses reclamados por impago de pensiones, son los correspondientes al artículo 576 de la LEC, que determina que, desde que fuera dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, a favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición legal especial. Son intereses impuestos legalmente y no es preceptivo pedirlos ya que tienen carácter imperativo, e incluso sin necesidad de expreso pronunciamiento condenatorio a su pago.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 9 de julio de 2008

238

Es admisible que en fase de ejecución pueda suspenderse el derecho de visitas por la vía del artículo 158 del CC, si existe causa para ello, en protección del interés superior de los menores, pero ello exige una cumplida prueba al respecto que en el caso presente no consta.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 9 de julio de 2008

239

Las partes elevaron a documento público notarial un acuerdo extrajudicial y es el incumplimiento de las obligaciones asumidas por una de ellas lo que implica el ejercicio de la acción correspondiente y la interposición de la presente demanda. Así las cosas, ejercitándose una acción dimanante de las obligaciones contraídas por las partes en un acuerdo transaccional extrajudicial elevado a escritura pública con posterioridad a la sentencia de divorcio, la competencia no corresponde al Juzgado de Familia sino al de Primera Instancia ordinario.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Auto de 16 de julio de 2008

240

El artículo 148 del CC es perfectamente aplicable a los procedimientos matrimoniales siendo dicho precepto de orden público, sus términos imperativos y sus efectos inherentes, por lo que debe retrotraerse el abono de la pensión alimenticia a la fecha de la presentación de la demanda, sin que sea obligatorio suplicarlo o interesarlo para su concesión.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Auto de 16 de julio de 2008

240

Se desestima la demanda de ejecución al haberse apreciado abuso de derecho en la reclamación de la ejecutante de las pensiones alimenticias de un hijo mayor de edad que ya se había insertado en el mercado laboral.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 18 de julio de 2008

241

Estimación de la oposición a la ejecución ya que si bien el padre accedió a llevar a cabo el ingreso de la pensión en una cuenta a nombre del hijo, ello no se hizo con voluntad e intencionalidad alguna de incumplir lo dispuesto en la resolución judicial de que la pensión alimenticia se ingresase en la cuenta bancaria que designase al efecto la madre.

AP León, Sec. 3.ª, Auto de 30 de julio de 2008

242

Habiéndose pactado en la liquidación de gananciales un exceso de adjudicación a favor del esposo por importe de 69.000 euros que se comprometía a hacer efectiva a la ex esposa en el momento de la venta de un inmueble, no cabe en el procedimiento de ejecución añadir o adicionar pasivo inexistente en aquel convenio debiendo ejecutarse el convenio de liquidación en sus propios términos.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 30 de julio de 2008

242

El padre no ha cumplido con los condicionantes judicialmente establecidos para conservar el régimen de visitas, pues no ha asumido seriamente un compromiso responsable de abandonar el consumo de tóxicos y de superar su adicción a las drogas y al alcohol, pese a que había sido expresamente advertido de modo nítido y comprensible sobre las consecuencias que acarrearía un estancamiento en su situación.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Auto de 30 de julio de 2008

243

Si bien es cierto que la menor se muestra reacia a llevar a cabo las visitas con su padre, no lo es menos que tanto el Ministerio Fiscal, como el equipo Psicosocial y el Centro Kidetza comparten el criterio de que la madre, progenitora custodia, no contribuye, en absoluto, para que el régimen de visitas pueda resultar positivo para la menor, por lo que se acuerda la realización de un Programa de Intervención Familiar que contribuya a la reestructuración de los canales de comunicación.

AP Guipúzcoa, Sec. 2.ª, Auto de 12 de septiembre de 2008

244

La parte apelante pretende oponerse a la ejecución despachada con fundamento en que la pensión compensatoria se encontraba extinguida desde comienzos del año 2000 por haber accedido la esposa a un empleo, pero el planteamiento de una cuestión de esa naturaleza en el procedimiento de ejecución no resulta procedente y su examen supondría vaciar de contenido el derecho de la parte ejecutante a obtener la ejecución de la sentencia firme.

AP Guipúzcoa, Sec. 2.ª, Auto de 24 de septiembre de 2008

246

Se estima la causa de oposición planteada por la esposa, dado que la sentencia que declaró extinguido el derecho de uso sobre la vivienda familiar, no contiene ningún pronunciamiento de lanzamiento, pudiendo permanecer en ella al ser copropietaria del inmueble.

AP Alicante, Sec. 5.ª, Auto de 25 de septiembre de 2008

247

REGÍMENES ECONÓMICOS

Se incluye en el activo de la sociedad de gananciales un crédito de ésta frente al esposo por un importe de 3.900 euros, por cuanto de la cuenta ganancial abonó las pensiones compensatorias que deberían haberse pagado con dinero propio.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 2 de julio de 2008

248

La valoración del inmueble incluido en el inventario de la sociedad de gananciales debe efectuarse conforme al informe pericial practicado, por lo que es intrascendente el precio por el que la ex esposa unilateralmente lo vendió después de la formación del inventario. El valor de venta se hubiese acogido en caso de disposición conjunta del inmueble.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 4 de julio de 2008

248

Alega el esposo que siendo la finca propiedad de su familia, en concreto, de su madre, hermanos y de él, el crédito de la sociedad de gananciales por la realización de obras no sería únicamente frente a él. Alegación que debería haber acreditado a tenor de lo dispuesto en el apartado sexto del artículo 217 de la LEC, al ser él quien tiene mayor facilidad probatoria, falta de prueba que redundaría en su perjuicio debiendo mantener al respecto las consideraciones de la juzgadora de instancia.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 9 de julio de 2008

250

En relación con los regalos de boda no sería de aplicación el artículo 1353 del CC, pues nos hallamos ante una donación por razón del matrimonio, donaciones que por realizarse «antes de celebrarse» el matrimonio, nunca pueden calificarse como bienes gananciales. Los donantes efectuaron su acto de disposición patrimonial por razón del matrimonio de los litigantes, siendo por su naturaleza destinados para el uso común y estable del matrimonio, como así sucedió durante la prolongada convivencia común, por lo que debemos entender que se trata de una donación conjunta, sin que al efecto sea elemento determinante que el donante sea invitado de una u otra familia.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 10 de julio de 2008

251

Ineficacia de la venta de la cosa común cuando uno de los copropietarios no prestó el consentimiento. Por otro lado, en ningún caso, es posible estimar que era válida la venta de cuota, por cuanto del tenor literal del contrato, se deduce meridianamente que no se trataba de vender su cuota ideal de participación en el derecho de propiedad, sino la finca en su integridad, que es el objeto del contrato, en los términos que se reseña.

AP Sevilla, Sec. 5.ª, Sentencia de 16 de julio de 2008

252

Respecto al carácter del bien hay que estar a lo que los cónyuges manifestaron en la escritura y, por tanto, si se hizo constar que tanto el pago inicial como los posteriores fueron privativos tendrá este carácter sin perjuicio del derecho de reembolso por las cantidades que posteriormente se abonaron con dinero ganancial.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 18 de julio de 2008

254

No procede incluir en el activo de la sociedad de gananciales el crédito por la inversión efectuada en el inmueble propiedad de los padres del demandado por cuanto que, con independencia de que no se justifica su cuantía, ni se acredita documentalmente el pago de las obras, no aportándose factura alguna, se trata de un crédito contra personas que no han sido parte en este procedimiento.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 18 de julio de 2008

255

La atribución competencial al nuevo Juzgado de Familia en materia de liquidación de cualquier régimen económico-matrimonial, lo es de forma genérica, con independencia de la causa que lo motive, no siendo admisible la interpretación restrictiva del Juzgado de Primera Instancia

núm. 9, cuando pretende vincularlo a la nulidad, divorcio o separación matrimonial, sino que su competencia objetiva se extiende a supuestos como la liquidación por fallecimiento de uno de los cónyuges, o bien porque otorgan nuevas capitulaciones matrimoniales.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Auto de 18 de julio de 2008

255

La amenaza de una separación matrimonial escapa de los estrictos márgenes de una amenaza ilícita, por otro lado, se diagnosticó al esposo una crisis depresiva no melancólica que no anuló su capacidad cognoscitiva, es decir, el actor conoció lo que firmaba y su alcance.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 22 de julio de 2008

256

Sostiene el ex esposo que las capitulaciones matrimoniales carecen de causa ya que «no existió motivo justificado para cambiar el régimen económico-matrimonial», alegato que carece de consistencia, dado que ambas partes decidieron cambiar el régimen económico del matrimonio por el de separación y acudieron a la Notaría para dar forma a tales pactos, decisión que exteriorizaron de consuno.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 22 de julio de 2008

257

Ha quedado acreditado que la vivienda en la que se llevaron a cabo las reparaciones era propiedad de la madre del esposo, y que los trabajos de reparación fueron ejecutados cuando ésta aún no había fallecido. Al ser el bien propiedad de persona ajena a la sociedad de gananciales ha de presumirse, por mor del artículo 359 del CC, que las obras se hicieron por la dueña y a su costa. No existe prueba alguna que permita dar por acreditada la migración de patrimonio ganancial para sufragar los gastos de la reforma de dicha vivienda.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 10 de septiembre de 2008

257

Fueron los padres de la esposa quienes compraron el terreno litigioso mediante contrato de compraventa privada y quienes abonaron el precio estipulado. Al otorgarse escritura pública de compraventa la inicial vendedora vende los terrenos por mitades y en proindiviso a la esposa y a su hermano, lo que justifica la existencia de derechos hereditarios y por ello su carácter privativo.

AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 16 de septiembre de 2008

258

A falta de prueba expresa sobre si la donación –calificación indiscutida– lo era al matrimonio, o al actor o a la demandada, se ha de considerar que se trató de donación realizada al matrimonio, con lo que la cita del artículo 1353 del Código Civil, contenida en la sentencia recurrida, viene a resultar acertada.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 17 de septiembre de 2008

259

Evidente e incuestionable la inadecuación del procedimiento especial establecido en los artículos 806 a 811 de la LEC para la liquidación del régimen económico-matrimonial de comunidad disuelto como consecuencia del fallecimiento de uno de los cónyuges. En estos supuestos la disolución del régimen económico-matrimonial en cuestión no deriva de un pronunciamiento judicial, sino que deriva, por expresa disposición legal, del hecho de la muerte.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 22 de septiembre de 2008

259

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

La madre no ha comparecido en este expediente y el padre cumple una condena de larga duración que le impide atender a sus hijos a quienes casi no conoce. Las manifestaciones sobre la posibilidad de que la abuela paterna pueda hacerse cargo de los menores tampoco puede conducir a la revocación de la recurrida.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 10 de julio de 2008

260

No procede acceder a la solicitud de cese del acogimiento residencial de una menor de 16 años instada por la abuela, ya que ésta, que cuenta con más de 70 años, tiene una ausencia de percepción de las dificultades educativas de la menor, careciendo de habilidades en el manejo de la situación.

AP Alicante, Sec. 6.ª, Sentencia de 24 de julio de 2008

261

No consta que la madre biológica, que vive con su actual pareja en una vivienda alquilada de un solo dormitorio y carece de trabajo estable, haya superado totalmente su adicción a las drogas, al menos en lo que a la cannabis saliva (hachís) se refiere, ni que se encuentre en situación de poder ofrecer a sus hijas unas condiciones de vida aceptables.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 28 de julio de 2008

263

Los Tribunales no pueden prescindir u obviar los requisitos de capacidad legalmente establecidos, por muy beneficiosa y favorable que resulte la adopción para el adoptando, ya que se trata de normas imperativas de obligada observancia. Consecuentemente, existiendo sólo una diferencia de edad entre la adoptante y la menor de trece años y seis meses de edad, debe denegarse la adopción respecto de ésta.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Auto de 29 de julio de 2008

263

Se revoca la resolución administrativa que declaraba inidóneos a los solicitantes para el proceso adoptivo de un menor de Etiopía, llamando la atención el trabajo desempeñado por la mujer, educadora de disminuidos psíquicos, trabajo este que *a priori* hace predecir la existencia de los recursos necesarios, que el informe judicial les niega, para vencer los obstáculos que le pudiera acarrear la filiación adoptiva.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 18 de septiembre de 2008

264

FILIACIÓN

Los resultados de las pruebas realizadas a las dos demandantes son bastante claros y contundentes, teniendo en cuenta la dificultad añadida de que la toma de contraste de ADN fue obtenida de una hija del presunto padre al haber fallecido éste.

AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 4 de julio de 2008

265

El *dies a quo* para el inicio del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de paternidad comienza con la fecha de emisión del informe de la prueba biológica en la que se detectó su no paternidad, no pudiendo considerarse a estos efectos que en fecha anterior tuviese sospechas o existiesen rumores sobre esta cuestión.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 21 de julio de 2008

266

UNIONES DE HECHO

Rota la convivencia entre los integrantes de una pareja de hecho, se estima la demanda interpuesta por la conviviente reclamando al otro el importe de los pagos correspondiente a un préstamo que tuvo que avalar para la compra de un vehículo que se puso a nombre sólo del conviviente y que tras el cese continuó usándolo en exclusiva.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 10 de julio de 2008

267

Estimación de la demanda de desahucio por precario interpuesta por los herederos contra la que fue compañera sentimental del causante al carecer ésta de título alguno que legitime la ocupación del inmueble.

AP Alicante, Sec. 5.ª, Sentencia de 9 de septiembre de 2008

268

CUESTIONES PENALES

Se archiva la denuncia que interpuso la madre por presunto abuso sexual del padre contra la hija y la Sala, a la vista de las manifestaciones e informe del Perito Médico Forense, del que se desprende que la niña no ha sufrido abusos sexuales, siendo el testimonio de ésta increíble, y que las manifestaciones de la menor han sido inducidas por su madre, acuerda deducir testimonio para envío al Juzgado de Instrucción a fin de que incoe las oportunas diligencias para acusación y denuncia falsas.

AP Madrid, Sec. 2.ª, Auto de 1 de septiembre de 2008

269

OTRAS CUESTIONES

Condena a una abogada y a su entidad aseguradora por responsabilidad civil al pago de 18.000 euros al no haber formulado aquélla debidamente la petición de pensión compensatoria en un procedimiento de separación matrimonial.

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 6 de junio de 2008

272

SECCIÓN PRÁCTICA

Incidencias que pueden presentarse en el procedimiento de mutuo acuerdo después de la ratificación y antes de que se dicte sentencia.

279

Casos prácticos.

285

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

Jornada de Presentación de los Protocolos de Mediación.	295
Datos de interés.	307

AVANCES JURISPRUDENCIALES

Patria potestad.	313
Guarda y custodia.	313
Régimen de visitas.	314
Vivienda y ajuar familiar.	315
Pensión alimenticia.	316
Pensión compensatoria.	317
Cuestiones procesales.	318
Ejecución de sentencia.	319
Regímenes económico-matrimoniales.	320
Procedimientos de menores.	321
Filiación.	322
Uniones de hecho.	323
Otras cuestiones.	324

Revista de **Derecho de** **familia**

ESTUDIOS DOCTRINALES

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

DR. JUAN PABLO GONZÁLEZ DEL POZO

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

RESUMEN

Es lugar común en la doctrina de los autores de Derecho de Familia que la LEC 1/2000 regula de forma insuficiente e incompleta la ejecución, no dineraria, de las obligaciones de hacer, no hacer o entregar cosa distinta de una cantidad de dinero, impuestas en las resoluciones dictadas en un proceso de familia. En este artículo, primero de los dos dedicados al tema, se realiza un exhaustivo análisis de la rica y variada problemática que suscita la ejecución forzosa de la obligación de entrega y cesación en la posesión de la vivienda familiar, cuyo uso es atribuido a uno de los litigantes e hijos comunes, en su caso, y se ofrecen, a la luz de la normativa legal aplicable y la doctrina de la jurisprudencia menor, propuestas de solución para las cuestiones dudosas más comunes que se plantean en la práctica forense diaria de los juzgados y tribunales en esta materia.

ABSTRACT

It is a common place in the doctrine of the authors of Family Law that the LEC 1/2000 regulates in an insufficient and incomplete way the execution, non monetary, of the obligations of making, not making or giving a thing different from a quantity of money, imposed in the resolutions pronounced in a family trial. In this article, first of both dedicated to the topic, it is carried out an exhaustive analysis of the rich and varied problematic issues that raises the obligatory execution of the obligation of handing in and of cessation in the possession of the family housing, whose use is ascribed to one of the litigants and mutual children, if that is the case, and are offered, by the light of the applicable legal regulatory scheme and the doctrine of the smallest case law, solution proposals for the more common doubtful questions that are arisen in the daily forensic practice of the courts and tribunals in this matter.

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

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.

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.

I. INTRODUCCIÓN. CUESTIONES GENERALES

La denominada por la LEC en su Título V del Libro III «ejecución no dineraria», esto es, la de aquellos títulos ejecutivos judiciales que contuvieren «condena u obligación de hacer, no hacer o entregar cosa distinta a una cantidad de dinero», tal como define su contenido el artículo 699 de la LEC, suscita en los procesos de familia y menores una especial problemática que no encuentra en muchos casos fácil solución en la normativa general reguladora de la ejecución forzosa contenida en la LEC, ora porque ésta es inadecuada, ora porque presenta lagunas legales, ora porque resulta insuficiente e incompleta.

Sin prescindir del necesario rigor técnico se pretende en este trabajo enunciar los problemas que en la práctica forense diaria se suscitan en los Juzgados de 1.^a Instancia y en los especializados de familia y apuntar posibles soluciones, con el doble propósito de huir del doctrinarismo y, a la par, no caer tampoco en el excesivo casuismo. Busco, en definitiva, identificar algunos de los problemas más comunes que, en el marco de los procesos de familia, se plantean en la ejecución forzosa de las obligaciones no dinerarias

consistentes en entregar una cosa determinada y ofrecer soluciones a éstos a la luz de la normativa legal y de su interpretación por la llamada jurisprudencia menor.

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

Resulta oportuno recordar, en primer lugar, que en los procesos de familia la aplicación de lo dispuesto en el artículo 774.5 de la LEC, determina que la efectividad o ejecutividad de las medidas acordadas en la sentencia o resolución judicial de que se trate no quedan en suspenso por la interposición de los recursos procedentes contra la resolución en que se acuerden, de manera que ello hace innecesario acudir a la ejecución provisional para que las medidas acordadas en sentencia puedan ejecutarse antes de ganar firmeza la resolución correspondiente.

Como señala el Auto de la AP de Vizcaya, Sección 4.^a, de 4 de julio de 2006, resolución 502/2006, recurso 762/2005, ponente: Sr. F. VALDÉS-SOLÍS CECCHINI (Id. Cendoj 48020370042006200163),

«La regla general contenida en la LECn es que toda sentencia no firme será susceptible de ejecución provisional, con las excepciones contempladas en el artículo 525 de la LEC, estableciéndose la ejecución provisional como mecanismo para enervar la eficacia suspensiva del recurso de apelación en los términos del artículo 456.3 de la LECn. Ahora bien, en los procesos matrimoniales el legislador ha previsto una especialidad fundamental, al establecer en el artículo 774.5, que en los procesos matrimoniales los recursos que se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado, siendo, por tanto, superfluo acceder al artículo 525.1.1.^a de la LECn para eliminar la eficacia suspensiva del recurso de apelación cuando el propio artículo 774.5 de la LECn dice que el recurso carece de esa eficacia suspensiva.

En definitiva, la ejecutividad inmediata de las medidas definitivas prevista en el artículo 774.5.^o de la LECn resulta incompatible con la ejecución provisional regulada en los artículos 524 y siguientes de la LECn, no siendo aplicables las previsiones del artículo 533 para los supuestos de revocación de condenas al pago de cantidad de dinero, por lo que, cuando las medidas que rigen las relaciones familiares sean modificadas en la sentencia de separación, dicha modificación tendrá eficacia *ex nunc*, salvo que expresamente se establezca lo contrario.»

El Auto de la AP de Barcelona, Sección 12.^a, de 28 de junio de 2007, núm. 188/2007, recurso 120/2007, ponente: Sr. J.M. JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN (Id. Cendoj 08019370122007200288), desde otra óptica, mantiene igual criterio, señalando:

«... en realidad no puede hablarse en la práctica de contradicción entre ambos preceptos adjetivos (artículos 525.1 y 774.5 de la LEC). Cuando el artículo 525 de la LEC niega la ejecución provisional de la sentencia de nulidad, separación y divorcio matrimonial, ha de entenderse que se refiere, en coherencia con el artículo 521 de la LEC, a los pronunciamientos del estado civil contenidos en la parte dispositiva de tales sentencias, que ostentan carácter constitutivo, y que no son susceptibles de ejecución provisional ni definitiva, por no contener pronunciamientos condenatorios, pero ello no puede afectar a los demás pronunciamientos que en las sentencias referenciadas se contengan, los cuales pueden ser objeto de ejecución provisional.»

Por su parte, el Auto de la AP de Barcelona, Sección 18.^a, de 19 de julio de 2007, recurso 320/2006, resolución 156/2007, ponente: Sr. Enrique ANGLADA FORS (Id. Cendoj

08019370182007200138), estimatorio del recurso de apelación interpuesto contra el Auto dictado por el Juzgado de 1.^a Instancia núm. 2 de Hospitalet de Llobregat con fecha 11 de octubre de 2005 en el proceso de ejecución de sentencia de derecho de familia núm. 1138/2005, que había denegado la ejecución del pronunciamiento relativo al régimen de visitas en aplicación de lo dispuesto en el artículo 525 de la LEC, por no ser firme la sentencia, al entender que en la demanda ejecutiva se solicitaba la ejecución provisional, analiza detallada y extensamente la cuestión diciendo:

«Se plantea en este recurso, la problemática sobre la ejecución de las medidas derivadas de una sentencia matrimonial o de menores que no es firme, problemática que la Ley 1/2000, de 7 de enero, no ha resuelto de una forma clara. Para determinar si son ejecutables las medidas adoptadas en una sentencia de nulidad, separación, divorcio o de menores que han sido objeto de recurso de apelación, hay que tener en cuenta dos preceptos de la LEC, el artículo 525 que es el aplicado por la Juez *a quo* para denegar la ejecución provisional del régimen de visitas y el artículo 774.5 de la LEC invocado por la parte ejecutante tanto en la demanda como en el escrito de interposición del recurso de apelación.

El artículo 525 de la LEC establece que “No serán en ningún caso susceptibles de ejecución provisional: las sentencias dictadas en los procesos sobre paternidad, maternidad, filiación, nulidad de matrimonio, separación y divorcio, capacidad y estado civil y derechos honoríficos, salvo los pronunciamientos que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso”.

El artículo 774.5 de la LEC ubicado dentro del Capítulo IV del Título I del Libro IV “De los procesos matrimoniales y de menores” establece que “Los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta. Si la impugnación afectara únicamente a los pronunciamientos sobre medidas, se declarará la firmeza del pronunciamiento sobre la nulidad, separación o divorcio”. Dicho precepto, si nos atenemos a su tenor literal, impone la eficacia directa de las medidas acordadas en sentencia, de manera que son directamente ejecutables aunque se haya interpuesto contra la sentencia recurso de apelación y entra en clara contradicción con el tenor literal del artículo 525 de la LEC que deniega a estas sentencias la ejecución provisional salvo en los pronunciamientos que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso.

La necesaria conciliación de ambos preceptos impone una interpretación sistemática de los mismos. El artículo 774, cuyo apartado quinto, como hemos visto, excluye del efecto suspensivo del recurso a las medidas adoptadas en la sentencia, relaciona en su apartado cuarto las medidas que debe contener la misma, que son “las que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda, 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”.

La consecuencia jurídica más importante que se deriva de la incompatibilidad de la ejecución provisional con la regla de la ejecutividad inmediata contenida en el artículo 774.5 de la LEC es la exclusión, en los procesos de familia, de la aplicación de lo dispuesto en los artículos 533 y 534 de la LEC, que contemplan la posibilidad de que, en caso de revocación total o parcial de la resolución que fue objeto de ejecución provisional, el ejecutado pueda solicitar el reintegro de lo indebidamente satisfecho y la indemnización de daños y perjuicios, cuando se trate de condenas al pago de cantidades dinerarias, o la restitución de la cosa, el valor pecuniario de la utilización del bien o la indemnización de los daños y perjuicios, según los casos, en el supuesto de condenas no dinerarias.

A esta conclusión llega el Auto, ya citado, de la AP de Vizcaya, Sección 4.ª, de 4 de julio de 2006, recurso 762/2005, resolución 502/2006, ponente: Sr. F. VALDÉS-SOLÍS CECCHINI (Id. Cendoj 48020370042006200163), en un supuesto de reclamación por el ejecutante del valor pecuniario de la utilización del inmueble destinado a domicilio conyugal cuyo uso se atribuyó a la esposa en la sentencia de 1.ª Instancia y al marido en la de apelación. El marido, a través de demanda ejecutiva, solicitó requerir a la esposa para que desalojara la vivienda familiar con los oportunos apercibimientos, y, además, en aplicación del artículo 534 de la LEC, reclamó la restitución de los frutos y rentas del inmueble que ocupó la esposa durante los ocho meses que tardó en resolverse la apelación, frutos y utilidades obtenidos por el uso de la vivienda que, capitalizados en forma de renta, cifraba en la suma de 8.000 euros, a razón de 500 euros mensuales. El Juzgado despachó ejecución por todos los pedimentos del ejecutante, excepto en cuanto a las rentas o frutos, costas o daños o perjuicios reclamados por no estimarlos conformes con la naturaleza y contenido del título ejecutivo, ya que estamos en presencia de un supuesto de aplicación del artículo 774.5 de la LEC y no de una ejecución provisional, por lo que no es de aplicación el precepto invocado.

La Audiencia razona la inaplicabilidad del artículo 534 a las obligaciones de entregar cosa determinada y, de paso, la del artículo 533 a las obligaciones dinerarias (en referencia específica a la pensión compensatoria), con la argumentación siguiente:

«... en los procedimientos de familia, es de aplicación el artículo 774 de la LEC y no es necesaria la ejecución provisional para que las medidas acordadas en sentencia se ejecuten.

El problema reside entonces en determinar si una vez ejecutada voluntariamente la sentencia por parte de los litigantes (la esposa queda en el domicilio y el esposo lo abandona al parecer ambos voluntariamente) y revocada la misma es de aplicación la norma de la ejecución provisional y debe en este caso la esposa indemnizar al esposo por el uso del domicilio familiar abonándole un equivalente en rentas.

Nos hemos pronunciado al respecto en nuestro Auto de fecha 28 de mayo de 2004 en el cual nos referíamos a una pensión compensatoria; revocada la sentencia de primera instancia pretendía el deudor de la pensión compensatoria que se le restituyera lo abonado en el período de tiempo comprendido entre la sentencia de primera instancia y la de apelación, pretensión que fue denegada en base a los argumentos que seguidamente transcribimos:

“... al amparo de la nueva legislación contenida en la LECn ... las medidas definitivas, incluida la pensión compensatoria, puesto que la legislación no hace diferenciación alguna, son directamente ejecutivas desde que se dicta sentencia en primera instancia, y, sin que lo acordado en las sentencias dictadas en segunda instancia puedan tener efectos retroactivos, salvo que expresamente establezcan tal carácter retroactivo, que no concurre en el caso de autos”.

Dicha conclusión se fundamenta a tenor de lo dispuesto en el artículo 774.5 de la LECn, que establece que los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran acordado en ésta”, añadiéndose además:

1.º El principio de seguridad jurídica en materia de derecho de familia ha predominado en la nueva regulación que la LEC, en el sentido de que a tenor de los artículos 772, 773 y 774 de la LEC las medidas llamadas a regir las relaciones familiares en vigor en cada momento son las últimas que haya dictado el Juzgador, adoptándose las medidas que se consideran más adecuadas. Es decir, su principio inspirador (superando problemas de interpretación de la normativa anterior) son que las últimas medidas acordadas sustituyan a las anteriores, como se refleja con claridad en el mencionado artículo 773.5 “Las medidas provisionales quedarán sin efecto cuando sean sustituidas por las que establezca definitivamente la sentencia o cuando se ponga fin al procedimiento de otro modo”.

2.º Puede resultar injusto y contradictorio el hecho de otorgar una posible eficacia retroactiva a todas las sentencias de la segunda instancia en materia matrimonial, con las previsiones legales contenidas en el artículo 752.1 y 3 de la LECn, que establece que el Tribunal de segunda instancia, debe decidir con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento, es decir, tomando en consideración hechos nuevos no considerados en la sentencia de primera instancia.

3.º En materia de derecho de familia la prevalencia o, incluso, independencia, del artículo 774.5 sobre el artículo 525.1.1.º, que admite la ejecución provisional de los pronunciamientos que regulen obligaciones y relaciones patrimoniales de las sentencias de nulidad, separación o divorcio, de ser total:

3.1. Por un principio sistemático, ya que el artículo 525 se ubica dentro de las disposiciones generales de la ejecución provisional, en tanto que el artículo 774 está situado dentro de la regulación completa de los procesos matrimoniales, la cual recoge como uno de sus principios inspiradores que las últimas medidas acordadas sustituyan a las anteriores, como ya se ha dicho.

3.2. La mayor especialidad de su contenido, puesto que el artículo 774 es aplicable exclusivamente a los procesos matrimoniales, y el artículo 525.1.1 se refiere también a procesos sobre paternidad, maternidad, filiación, capacidad y estado civil y derechos honoríficos, en los que pueden establecerse “pronunciamientos que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso” distintos de los específicos de los procesos de separación y divorcio.

3.3. La regla general contenida en la LECn es que toda sentencia no firme será susceptible de ejecución provisional, con las excepciones contempladas en el artículo 525 de la LEC, estableciéndose la ejecución provisional como mecanismo para enervar la eficacia suspensiva del recurso de apelación en los términos del artículo 456.3 de la LECn. Ahora bien, en los procesos matrimoniales el legislador ha previsto una especialidad fundamental, al establecer en el artículo 774.5, que ..., siendo, por tanto, superfluo acceder al artículo 525.1.1.º de la LECn para eliminar la eficacia suspensiva del recurso de apelación cuando el propio artículo 774.5 de la LECn dice que el recurso carece de esa eficacia suspensiva.»

Esta conclusión, sin embargo, no es pacífica. Así, el Auto de la AP de Barcelona, Sección 12.^a, de 12 de diciembre de 2005, recurso 789/2005, resolución 238/2005, ponente: Sra. M.J. PÉREZ TORMO (Id. Cendoj 08019370122005200251), en un supuesto de revocación parcial del pronunciamiento sobre pensión alimenticia, cuya cuantía reduce la sentencia dictada en apelación, mantiene una postura un tanto ambigua, pues mientras parece sostener la inaplicabilidad del artículo 533.1 LEC, al rechazar la pretensión de reintegro de las costas causadas en la ejecución y el resarcimiento de daños y perjuicios sufridos por el ejecutante, parece inclinarse por la aplicabilidad condicionada del artículo 533.2 de la LEC al admitir la devolución al ejecutante de la cantidad depositada en la Cuenta de Consignaciones del Juzgado para el pago de la pensión y denegar la devolución de la diferencia entre lo satisfecho y lo que debió abonarse por entender que no cabe la devolución de alimentos ya consumidos. Dice este Auto:

«FJ 3.º Solicita el recurrente la devolución de las cantidades entregadas indebidamente, pues la sentencia de instancia había fijado el pago de la cifra de 600 euros mensuales como contribución a los alimentos del hijo común, siendo que la Audiencia redujo la cuantía a 450 euros al mes.

A este respecto debe tenerse en cuenta, como ha dicho esta Sala en diversas resoluciones, entre otras en Sentencia de fecha 27 de febrero de 2003, que los alimentos son consumibles y es razonable pensar que las cantidades entregadas a la Sra. Marta para contribuir a

los alimentos del hijo común, éste los habrá consumido ya, y no puede ahora exigírsele su devolución, pues ello implicaría un ahorro por la madre, a partir de este momento, en las cantidades económicas destinadas al hijo, para poder devolver lo que se le reclama, con lo que se le produciría un perjuicio al menor que en ningún caso es el espíritu de la ley, ni esta Sala pretende. Otra cosa es la devolución al Sr. Carlos José de la cantidad que la resolución recurrida dice que obra depositada en la cuenta provisional de consignaciones, que tal como establece la mencionada resolución judicial podrá, previa solicitud del Sr. Carlos José, serle devuelta.

FJ 4.º Sobre el reintegro de daños y perjuicios que ha denegado la resolución recurrida y reitera el recurrente en la formulación escrita de su recurso, va a obtener de esta Sala la misma respuesta denegatoria.

Solicita el Sr. Carlos José en su recurso el resarcimiento por este concepto, comprendiendo los conceptos de minutas de honorarios de Abogado y Procurador devengados en el trámite de ejecución provisional. Siendo que no se ejecutó la sentencia provisionalmente, tal como se ha indicado en los anteriores Fundamentos de Derecho, sino en virtud de lo establecido en el artículo 774.4 de la LEC, no procede acordar el resarcimiento que el recurrente solicita.»

Por su parte, el Auto de la AP de Barcelona, Sección 18.^a, de 19 de julio de 2007, recurso 320/2006, resolución 156/2007, ponente: Sr. E. ANGLADA FORS (Id. Cendoj 08019370182007200138), ya citado anteriormente, admite la aplicabilidad de los artículos 532 y 533 a los pronunciamientos sobre prestación compensatoria que hayan sido objeto de revocación total o parcial en apelación. Dice el Auto al respecto:

«La necesaria conciliación de ambos preceptos (525 y 770.5) impone una interpretación sistemática de los mismos. El artículo 774, cuyo apartado quinto, como hemos visto, excluye del efecto suspensivo del recurso a las medidas adoptadas en la sentencia, relaciona en su apartado cuarto las medidas que debe contener la misma, que son “las que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda, 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”. Estas medidas –las relativas a los hijos, vivienda, cargas y disolución– son directamente ejecutables desde el mismo instante en que se dicta la sentencia, resultando de aplicación, no las previsiones de los artículos 524 y siguientes de la LEC, sino las de los artículos 538 y siguientes. Las demás medidas, como la relativa a la pensión compensatoria, indemnización por nulidad del matrimonio o compensación por desequilibrio patrimonial regulado en el Codi de Família, se encuadran dentro de los pronunciamientos que regulan las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso, a que se refiere el artículo 525 de la LEC que es susceptible de ejecución provisional, debiendo seguirse los trámites establecidos en dicho precepto y en los siguientes para su ejecución, con la consiguiente consecuencia prevista en la LEC, artículos 532 y 533, en caso de confirmación o revocación de la sentencia, en cuyo último supuesto la normativa procesal prevé la devolución de las cantidades abonadas, devolución que es perfectamente coherente en el caso de pensiones o indemnizaciones compensatorias, pero no lo es, sin embargo, en el caso de pensiones alimenticias, por la propia naturaleza de las mismas y la imposibilidad de su devolución, resultando también por este motivo mas lógico que las medidas relativas a los hijos sean ejecutables de forma definitiva y no provisional.»

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

La primera cuestión que, en un orden lógico, se suscitará en relación con la ejecución de obligaciones no dinerarias en los procesos de familia es la de si resulta o no aplicable a éstas el plazo de espera de 20 días que señala el artículo 548¹ de la LEC para despachar ejecución, y, en relación con la ejecución de la obligación de entrega de la posesión de la vivienda del ejecutado, si debe concedérsele para el desalojo el plazo de un mes, prorrogable por otro, tal como establece el artículo 704.1² de la LEC.

En el Primer Encuentro de Jueces y Abogados de Familia celebrado en Madrid los días 17 a 19 de noviembre de 2003 que tuvo por objeto la «Incidencia de la nueva LEC en los Procesos de Familia» se aprobaron, entre sus Conclusiones, las dos siguientes:

«73.^a Plazo de espera, ejecución y momento desde el que procede.

a) No resultará de aplicación en los procedimientos de familia ni el artículo 548 ni el 704 de la LEC.

Se recomienda que los abogados soliciten y los jueces fijen en cualquier caso en sus resoluciones, tanto de medidas previas, como provisionales, sentencias definitivas o en las modificaciones de las mismas, las fechas y plazos de cumplimiento de todos y cada uno de los pronunciamientos de las resoluciones, pudiendo instarse la ejecución de lo fallado a partir de la fecha del respectivo incumplimiento.»

La Conclusión núm. 76 de las aprobadas en dicho Encuentro, referida al lanzamiento de la vivienda familiar, fue del siguiente tenor:

«76.^a Lanzamiento de la vivienda familiar.

A fin de facilitar la ejecución en cuanto al lanzamiento del cónyuge que ha de abandonar el domicilio familiar, es conveniente que en la resolución judicial se fije el plazo o el día en que se ha de producir ese abandono, debiendo atenderse a las circunstancias concretas de cada caso, recomendándose un plazo no superior a los diez días. Esta precisión de plazo es especialmente importante cuando es el juzgado de instrucción quien adopta la medida de uso del domicilio en Auto de orden de protección.»

La cuestión se puede suscitar tanto en la ejecución de un Auto de medidas provisionales, ya sean previas o coetáneas, como en la de una sentencia definitiva dictada en un proceso matrimonial o de menores.

En relación con el primero de dichos supuestos, el Auto de la AP de Cádiz, Sección 1.^a, de 24 de septiembre de 2002, ponente: Sr. P.M. RODRÍGUEZ ROSALES (Lex Nova DF/06969) estima que para efectuar el lanzamiento de un cónyuge de la vivienda familiar, en ejecución del Auto de medidas provisionales previas, no es necesario observar el plazo de espera de 20

¹ El artículo 548 de la LEC establece que «El tribunal no despachará ejecución de resoluciones judiciales o arbitrales o de convenios aprobados judicialmente dentro de los veinte días posteriores a aquel en que la resolución de condena o de aprobación del convenio haya sido notificada al ejecutado».

² El artículo 704.1 de la LEC dispone: «Cuando el inmueble cuya posesión se deba entregar fuera vivienda habitual del ejecutado o de quienes de él dependan se les dará un plazo de un mes para desalojarlo. De existir motivo fundado, podrá prorrogarse dicho plazo un mes más».

días del artículo 548 de la LEC porque dicho precepto no es aplicable a la ejecución de las medidas provisionales y sí tan sólo a las resoluciones definitivas y firmes. En apoyo de esta tesis ofrece la citada resolución los siguientes argumentos:

«... conviene sentar lo siguiente como criterio interpretativo de las normas invocadas por el apelante:

1.º El sector dominante de la doctrina y Audiencias Provinciales considera que el artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es aplicable a la ejecución de medidas provisionales porque su ámbito de aplicación son las resoluciones definitivas y firmes.

2.º También considera que no cabe acudir a las normas sobre ejecución provisional porque el Auto de medidas nunca podría estar pendiente de apelación al ser irrecurrible (artículos 772, 773 y 774 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

3.º El artículo 74 de la Ley de Enjuiciamiento Civil protege al titular de la vivienda habitual cuando va a ser desalojado de ella frente a un extraño. Es razonable que no se obligue a nadie a salir de su casa súbitamente, sino que se le dé un plazo para resolver el problema de vivienda que se le plantea, como ha dicho un autor. Pero no es el caso que nos ocupa, pues la vivienda es el domicilio familiar tanto de la ejecutante como del ejecutado, y junto a la primera van lo hijos menores, cuyo interés ya se sabe que es preferente.

4.º El artículo 776 de la LEC remite al Libro Tercero de la Ley en bloque, y entre ellos está, como ha dicho algún sector de la doctrina, el artículo 738, cuya analogía con el caso contemplado es evidente.»

El Auto de la AP de Álava, Sección 2.ª, de 10 de noviembre de 2005, recurso 205/2005, resolución 49/2005, ponente: Sr. J.A. PONCELA GARCÍA (Id. Cendoj 01059370022005200306), refiriéndose a los supuestos de ejecución de sentencia, razona de este modo por qué no es aplicable el plazo de un mes previsto en el artículo 704.1 de la LEC al lanzamiento de un cónyuge de la vivienda familiar acordado en los procesos de familia:

«... el Derecho de Familia regula situaciones y soluciona conflictos eminentemente personales, no sólo de los cónyuges, sino también y con especial atención, de los hijos menores de edad, y está regido por principios generales que afectan de manera sustancial a la interpretación de las normas procesales por las que se tramitan los pleitos sobre esta materia. Si el principio *favor filii* relativiza la aplicación de los de rogación, disposición y congruencia, con mucha más razón debe inspirar la aplicación de simples plazos procesales, a lo que cabe añadir que toda la regulación de las medidas provisionales aparece inspirada por la idea de la ejecutividad inmediata. La razón de ello la aporta el sentido común, porque si de lo que se trata es de dar solución provisional, pero rápida, a una situación de crisis de la convivencia familiar, que altera el desarrollo normal de la vida de los cónyuges y de los hijos, resulta absurdo esperar al transcurso de los plazos ordinarios para la ejecución de todo tipo de resoluciones judiciales, como es el de lanzamiento del artículo 704 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No cabe equiparar la efectividad de un desahucio arrendaticio con la de la atribución del disfrute del domicilio familiar en un proceso de familia, porque en un caso no hay convivencia conflictiva y en el otro sí. La especialidad del Derecho de Familia y de los intereses que protege impone una interpretación razonable de los plazos de ejecución, que no es la que defiende la recurrente».

Los argumentos empleados por este Auto pueden invocarse para sostener la inaplicabilidad del plazo de espera del artículo 548 de la LEC en relación con la ejecución forzosa, dentro de los procesos de familia, de obligaciones de hacer o no hacer como, por ejemplo, la de hacer entrega de los menores al progenitor custodio en los casos de cambio de titular

de la potestad de guarda o la prohibición de salida de los menores de territorio nacional (obligación de no hacer del progenitor a que afecte la medida). El correcto entendimiento del principio del *favor filii* exige que la resolución judicial pueda ejecutarse inmediatamente después de dictarse, so pena de causar graves perjuicios al menor: así ocurriría, por ejemplo, si el padre que no mantiene relaciones con su hijo a causa de la oposición infundada del otro progenitor tuviere que esperar 20 días hábiles desde que se dicta (y notifica a la parte ejecutada) la sentencia que le fija un concreto régimen de visitas con el menor para poder pedir la reanudación de las relaciones paterno-filiales.

II. EJECUCIÓN DE OBLIGACIONES DE ENTREGA DE COSA DETERMINADA

Dentro del apartado referido a la ejecución de las obligaciones de entrega de cosa determinada en los procesos de familia analizaremos los problemas prácticos que plantea la ejecución de tres concretos pronunciamientos que suelen contener la inmensa mayoría de los autos de medidas provisionales y sentencias dictadas en los procesos de separación, divorcio o nulidad o guarda y alimentos de hijos no matrimoniales:

- a) La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar (artículos 96 y 103.2.^a del CC).
- b) La atribución del derecho de uso del mobiliario y ajuar existente en la vivienda familiar (artículos 96 y 103.2.^a del CC).
- c) La retirada de la vivienda familiar de los enseres y objetos de uso personal por el cónyuge o progenitor que abandona la vivienda (artículo 103.2.^a del CC).

La ejecución del primer pronunciamiento, al suponer la entrega de la posesión de la vivienda familiar al cónyuge titular del derecho de uso judicialmente establecido, se rige por las normas específicas que regulan la ejecución de la obligación de entrega de bienes inmuebles (artículos 703, 704 y 675, apartados 3 y 4, de la LEC).

La ejecución del pronunciamiento relativo al derecho de uso del mobiliario y ajuar existentes en la vivienda familiar consiste en poner en posesión de dicho mobiliario y ajuar a su titular, formando el oportuno inventario de los bienes y objetos que lo componen. Se regirá, por tanto, la ejecución de este pronunciamiento por las normas procesales que regulan la ejecución por obligaciones de entregar cosas determinadas (artículo 701).

Finalmente la retirada por el cónyuge o progenitor que abandona la vivienda de sus ropas y objetos de uso personal y de su exclusiva pertenencia, no es sino el reverso de la obligación que pesa sobre el titular del derecho de uso de la vivienda de entregar estas cosas muebles al que debe abandonarla, con formación asimismo de inventario de los objetos y enseres que son retirados. Se aplicará en consecuencia a la ejecución de este pronunciamiento la normativa que disciplina la ejecución de entrega de cosa mueble determinada (artículo 701).

Si bien la regulación contenida en la LEC para la ejecución por obligaciones de entregar bienes inmuebles puede considerarse suficiente para resolver la problemática planteada en la ejecución del pronunciamiento referido al derecho de uso, la relativa a la ejecución por obligaciones de entregar cosas muebles determinadas, aplicable, como hemos visto, al uso

del mobiliario y ajuar de la vivienda y a la retirada de enseres por el cónyuge desalojado, resulta notoriamente insuficiente para solventar la rica y variada problemática que estos pronunciamientos comportan.

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

Para mayor claridad expositiva distinguiremos, en lo concerniente a la ejecución del pronunciamiento relativo al uso de la vivienda familiar, entre ejecución de la resolución que atribuye el uso a uno de los cónyuges y la que lo extingue, ya para atribuirlo nuevamente al otro, ya sin hacer atribución del derecho de uso a ninguna de las partes.

La atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar a los hijos y al progenitor con quien convivan comporta, ciertamente, la facultad de usar ésta de forma exclusiva y excluyente y de ahí que conlleve la facultad de excluir de tal uso al otro cónyuge o progenitor y desalojarlo por la fuerza, lanzándolo, si se resistiere a abandonarla voluntariamente.

En tal sentido puede decirse que toda entrega forzosa de la posesión de la vivienda a un cónyuge o progenitor implica la cesación forzosa del otro en dicha posesión.

Ahora bien, en sentido inverso, no toda extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar atribuido a un progenitor ha de conllevar automáticamente la obligación de entregar la posesión de ésta al otro ni la obligación del titular del derecho de uso extinguido de abandonar dicha vivienda.

De ahí que convenga analizar tales situaciones separadamente.

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

Dictada la sentencia o resolución judicial, que atribuye el uso de la vivienda familiar y del mobiliario y ajuar en ella existente a un progenitor y ordena al otro abandonarla, y transcurrido el plazo concedido para el desalojo en la propia resolución, una vez solicitada la ejecución se despachará ejecución acordando proceder de inmediato al lanzamiento, fijándose la fecha de ésta en la resolución judicial.

Teóricamente, la ejecución forzosa se llevará a cabo en unidad de acto por la comisión judicial en una sola diligencia procesal que puede comprender:

- a) El lanzamiento del cónyuge o progenitor que debe desalojar la vivienda familiar.
- b) La entrega de la posesión de la vivienda familiar al titular del derecho de uso y puesta en posesión del mismo del mobiliario y ajuar existente en la vivienda.
- c) La retirada de los bienes y objetos personales por el cónyuge que debe abandonar la vivienda.

d) La realización de inventario tanto de los bienes y objetos integrante del ajuar que permanecen en la vivienda como de las ropas, objetos y útiles personales de su exclusiva pertenencia que lleva consigo el cónyuge que debe abandonarla.

En la realidad, la ejecución no siempre comprenderá la totalidad de tales actuaciones, pues, según las circunstancias concurrentes, algunas pueden devenir innecesarias, y, en algunos casos, puede llevarse a cabo la ejecución de estos pronunciamientos en actos separados.

Para una mayor claridad distinguiremos la ejecución de la entrega de la posesión de la vivienda según que ésta esté ocupada por ambos litigantes, por el no titular del derecho de uso o por un tercero.

A) EN CASO DE OCUPACIÓN DE LA VIVIENDA POR AMBOS LITIGANTES:
LANZAMIENTO DEL NO TITULAR DEL DERECHO DE USO

En el supuesto de que, al momento de solicitar el titular del derecho de uso la ejecución forzosa del pronunciamiento de la sentencia que le atribuye tal derecho, habitare en dicha vivienda el cónyuge que deba abandonarla, puede suceder una de estas tres cosas:

a) **Que el cónyuge o progenitor que debe desalojar la vivienda familiar la abandone voluntariamente** antes de transcurrir el plazo concedido al efecto y haga entrega simbólica de la posesión de la vivienda y del mobiliario y ajuar existente en ella al otro cónyuge haciéndole entrega de las llaves de la misma o depositándolas en el juzgado ante el que se siga la ejecución para el lanzamiento. En este caso, el cónyuge titular del derecho de uso y ejecutante, que ya habita la vivienda familiar, puede hacer dos cosas:

a') Continuar en posesión de la vivienda familiar y del mobiliario y ajuar en él existente y proceder a cambiar la cerradura del inmueble para evitar la entrada al cónyuge que la abandonó.

Esta forma de proceder puede ocasionar problemas al cónyuge titular del derecho de uso si la contraparte intenta regresar a la vivienda ya que puede alegar estar siendo objeto de un delito de coacciones o de la realización arbitraria del propio derecho.

Al margen de ello, esta postura no plantea otro inconveniente que no sea el de no haberse realizado inventario ni del mobiliario y ajuar de la vivienda ni de las ropas y objetos retiradas de la misma por el cónyuge que la abandonó.

b') O bien actuar con una elemental prudencia y pedir que se le dé posesión judicial de la vivienda, previo señalamiento de día y hora, formándose en tal acto inventario de todos los muebles y objetos que se encontraren en ella. Es verdad que es innecesario dar posesión de un inmueble a quien lo ocupa ya y ejerce posesión sobre él.

En este segundo caso habrá preconstituido una prueba determinante para demostrar qué muebles se encontraban en la vivienda familiar en ese momento y cuáles no, y, caso de haber sido retirados determinados muebles y enseres por el cónyuge que la abandonó, también la diligencia constituirá prueba indirecta de ello pues, reclamada posteriormente

su entrega, el inventario practicado permitirá demostrar que no se encontraban tales bienes en la vivienda en el momento de la toma de posesión por el titular.

b) Que el cónyuge o progenitor que debe abandonar la vivienda familiar se niegue a desalojarla voluntariamente y no la abandone en el plazo concedido al efecto por la resolución judicial.

En el caso de que el cónyuge que debe abandonar la vivienda familiar se resista a hacerlo voluntariamente, expirado el plazo concedido para el desalojo voluntario, el cónyuge al que le ha sido atribuido el derecho de uso pedirá que se lleve a cabo el lanzamiento del otro, y al verificarse éste, se formará inventario tanto de los bienes y enseres del ajuar familiar que se encuentren en el vivienda como de las ropas y objetos de uso personal de la exclusiva pertenencia del ejecutado que éste se lleva consigo al abandonarlo. En este caso, las discrepancias entre las partes pueden surgir acerca de qué bienes u objetos personales puede llevar consigo el cónyuge desalojado. Cuando se produzcan estas divergencias la Comisión Judicial debe resolver en el acto qué bienes puede retirar el ejecutado y cuáles no. En caso de duda, no permitirá la retirada del bien u objeto de que se trate, y consignará tal extremo en el acta de la diligencia a fin de que el juez resuelva posteriormente lo procedente.

c) Por último, puede suceder que el cónyuge que debe abandonar el domicilio familiar lo abandone voluntariamente pero sin comunicarlo al otro ni entregarle las llaves de la vivienda.

Estaremos en un caso similar al de abandono voluntario de la vivienda por el cónyuge no titular del derecho, pero sin comunicación ni entrega de llaves. El titular del derecho de uso debe pedir que se le dé posesión judicial del inmueble y se forme inventario de los bienes del mobiliario y ajuar existentes.

**B) EN CASO DE OCUPACIÓN EXCLUSIVA POR EL CÓNYUGE O PROGENITOR NO TITULAR:
LANZAMIENTO Y ENTREGA DE LA POSESIÓN AL TITULAR**

También en este caso puede suceder:

a) Que el cónyuge o progenitor que debe desalojar la vivienda familiar la abandone voluntariamente antes de transcurrir el plazo concedido al efecto y haga entrega simbólica de la posesión de la vivienda y del mobiliario y ajuar existentes en ésta al otro cónyuge haciéndole entrega de las llaves de la misma o depositándolas en el juzgado ante el que se siga la ejecución para el lanzamiento. En este caso, el cónyuge titular del derecho de uso puede hacer dos cosas:

a') Entrar en la vivienda y tomar posesión de la misma y de todo lo que en ella se encuentre, con el grave riesgo de que, en caso de encontrarse la vivienda desvalijada y casi vacía de mobiliario, tendrá grandes dificultades para acreditar que fue el otro cónyuge, y no él mismo, quien retiró de la vivienda los muebles y enseres que no se encuentren en ésta. Y ello aunque se tenga la cautela de entrar en la vivienda acompañado de un Notario para que levante acta del estado y mobiliario existente en la vivienda familiar en el momento de la entrada.

Esto fue lo ocurrido en el caso resuelto por el Auto de la AP de Guadalajara, Sección 1.^a, de 28 de septiembre de 2005, resolución 99/2005, recurso 213/2005, ponente: Sra. María Ángeles MARTÍNEZ DOMÍNGUEZ (Id. Cendoj 19130370012005200226). El uso de la vivienda y mobiliario había sido atribuido a la esposa; instada la ejecución forzosa y pedido el lanzamiento del marido, éste hizo entrega de las llaves a la esposa y abandonó la vivienda familiar. Unos días más tarde, al entrar en la vivienda la esposa encontró ésta completamente vacía, sin ningún tipo de mobiliario y enseres y, a la vista de ello, llamó a un Notario que levantó acta del estado del piso incorporando varias fotografías de su interior al acta de presencia levantada. La esposa formula posteriormente ejecución pidiendo se requiera al marido ejecutado para que en un breve plazo restituya a la vivienda familiar los bienes y enseres propios del ajuar doméstico existentes en la vivienda. El juzgado no accede a despachar ejecución y la Audiencia confirma el Auto apelado señalando:

«FJ 1.º (...) no existe demostración bastante de que el ejecutado dejara el domicilio en el estado que reflejan las fotografías obrantes en el acta notarial aportada, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde la entrega de las llaves hasta el momento en que se levantó el acta, siendo también significativo que no se pusiera en conocimiento del juzgado hasta transcurridos varios meses.»

«FJ 2.º (...) en el supuesto de autos, la desestimación de la pretensión ejercitada por la recurrente lo ha sido ante las dudas surgidas a la hora de poder imputar al ejecutado haberse llevado los enseres y mobiliario existentes en el domicilio familiar, pese a que reconoce en la resolución apelada que la vivienda ha sido desvalijada...»

b') O bien proceder de forma más cautelosa y pedir que se le dé posesión judicial de la vivienda, previo señalamiento de día y hora, formándose en tal acto inventario de todos los muebles y objetos que se encontraren en ésta, así como de los desperfectos, destrozos o daños que en el inmueble o mobiliario se encontraren.

En este segundo caso habrá preconstituido una prueba determinante para demostrar qué muebles se encontraban en la vivienda familiar en ese momento y cuáles no, y, caso de haber sido retirados determinados muebles y enseres por el cónyuge que la abandonó, también la diligencia constituirá prueba de ello pues en muchos caos serán visibles en la vivienda signos o señales físicas de que determinados bienes se encontraban en ella anteriormente y no lo están (por ejemplo, un cuadro, por la marca que del mismo queda en la pared).

b) Que el cónyuge o progenitor que debe abandonar la vivienda familiar se niegue a desalojarla voluntariamente y no la abandone en el plazo concedido al efecto por la resolución judicial.

En este caso se procederá en la forma vista en el apartado 1.A.b) anterior.

c) Por último puede suceder que el cónyuge que debe abandonar el domicilio familiar lo abandone voluntariamente pero sin comunicarlo al otro ni entregarle las llaves de la vivienda.

Nos encontraremos en el caso analizado en el apartado 1.A).c) anterior.

c) OCUPACIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR POR TERCEROS AJENOS AL PROCESO:
EL PROCEDIMIENTO PARA SU LANZAMIENTO

Establece el artículo 704.2 de la LEC que «Si el inmueble a cuya entrega obliga el título ejecutivo estuviera ocupado por terceras personas distintas del ejecutado y de quienes con él compartan la utilización de aquél, el tribunal, tan pronto como conozca su existencia, les notificará el despacho de la ejecución o la pendencia de ésta para que, en el plazo de 10 días, presenten al tribunal los títulos que justifiquen su situación.

El ejecutante podrá pedir el lanzamiento de quienes considere ocupantes de mero hecho o sin título suficiente. De esta petición se dará traslado a las personas designadas por el ejecutante, prosiguiendo las actuaciones conforme a lo previsto en los apartados 3 y 4 del artículo 675.»

Distingue, por tanto, el artículo 704 dos regímenes diferenciados para el lanzamiento de las personas distintas del ejecutado que se encontraren en el inmueble:

a) Las personas que compartan con el ejecutado la utilización de la vivienda y que sean dependientes de él. A estas personas se les podrá requerir de desalojo y lanzar en los mismos términos que al propio ejecutado, conforme dispone el artículo 704.1.

b) El de las personas, no dependientes del ejecutado, que ocupen la vivienda por cualquier título, sin título suficiente o como ocupantes de mero hecho.

En este caso el tribunal, tan pronto como tenga conocimiento, por cualquier medio, de la existencia de ocupantes en el inmueble, les notificará, de oficio, el despacho de ejecución para que en el plazo de 10 días presenten los títulos que tuvieren para justificar su situación de ocupación del inmueble. Nada dice la Ley de lo que deba hacerse para el caso de que los ocupantes requeridos para presentar los títulos de su ocupación no los presentaren en dicho plazo, pero es evidente que por aplicación de lo dispuesto en el artículo 675.3 de la LEC en tal caso dictará auto, sin ulterior recurso, acordando el lanzamiento del tercero ocupante. Si el ejecutante lo solicitara, se les comunicará la solicitud de lanzamiento y se convocará a una comparecencia, en el plazo de 10 días, a los interesados, al ejecutante y al ejecutado, y, con el resultado de la prueba practicada en la misma, se dictará auto resolviendo sobre si procede o no el lanzamiento del tercer ocupante.

Estas situaciones de ocupación de la vivienda familiar por terceros ajenos al proceso suelen darse, en particular, en las hipótesis en que el inmueble que sirve de sede al domicilio conyugal pertenece en propiedad al propio tercer ocupante, normalmente los padres de uno de los cónyuges, que han cedido gratuitamente su uso a su descendiente y a la familia de éste para que les sirva de alojamiento, en un intento de evitar que consolide su derecho de uso el cónyuge que carece de parentesco con el titular dominical del inmueble.

El caso resuelto por el Auto de la AP de Palma de Mallorca, Sección 4.ª, de 12 de mayo de 2006, recurso 10/2006, resolución 100/2006, ponente: Sr. Miguel Ángel AGUILO MONJO (Id. Cendoj 07040370042006200006), se refiere, precisamente, a un supuesto en que el titular dominical del inmueble, el padre del marido, se instaló en la vivienda familiar, que había abandonado la esposa con la hija común unos días antes de dictarse el Auto de medidas

provisionales por la tensión existente con el marido, una vez tuvo conocimiento de que le había sido atribuido judicialmente su uso a su nieta y su nuera por el Auto de medidas provisionales, para evitar la entrega de la posesión a esta última. El Auto de la Audiencia revocó el dictado en primera instancia, que había requerido de desalojo al padre del ejecutado, y acordó que debía seguirse el trámite previsto en el artículo 704.2 en relación con el 675.3 y 4 de la LEC: se le debió comunicar la solicitud de lanzamiento de la esposa ejecutante y convocar a la comparecencia prevista en el artículo 675.3, dictando posteriormente Auto que resolviera sobre la legitimidad del título de ocupación del tercero.

El Auto de la AP de Sevilla, Sección 5.^a, de 22 de octubre de 2004, recurso 5922/2004, ponente: Sr. Fernando SANZ TALAYERO (Id. Cendoj 41091370052004200194), se refiere a un supuesto en que, pedida por la esposa la entrega de la posesión de la vivienda familiar atribuida en un proceso de modificación de medidas, el marido abandonó la vivienda pero permitió que se instalara en ésta su hijo mayor de edad, la compañera de éste y el hijo de ambos. El Juzgado en la instancia había denegado el despacho de ejecución por estar ocupada la vivienda por terceros. La Audiencia revoca dicha resolución y establece de modo taxativo que la existencia de terceros ocupantes del inmueble no es motivo para denegar el despacho de ejecución, debiendo procederse a notificar la existencia de la ejecución al tercero y seguir el trámite previsto en el artículo 704.2 en relación con el 675.3 y 4 de la LEC.

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

La ejecución del pronunciamiento de la sentencia que da por extinguido el derecho de uso de la vivienda y ajuar familiar, judicialmente atribuido, sólo tiene sentido, ordinariamente, cuando el progenitor o cónyuge no titular de ese derecho de uso ostenta un derecho real³ sobre el inmueble que le confiere derecho a su posesión. La ejecución en este caso consistirá en el lanzamiento o desalojo del inmueble por parte del progenitor cuyo derecho de uso ha finalizado y en la entrega de la posesión del inmueble y del mobiliario y ajuar en él existentes a la parte ejecutante con el fin de que pueda, a partir de dicho momento, darle el uso y destino que estime conveniente.

Con carácter general la actividad que debe desplegarse para la ejecución de este pronunciamiento dependerá de los términos exactos en que esté redactado el convenio o sentencia que se ejecuta y de la titularidad dominical del inmueble.

Si la sentencia o convenio establecen, *expressis verbis*, que a la extinción del derecho de uso sobre la vivienda el progenitor que tiene atribuido el uso debe abandonarla, la ejecución forzosa comportará la salida física de la vivienda del titular del derecho de uso.

Si la sentencia o convenio no contienen una referencia explícita a la obligación del titular del derecho de uso de dejar la vivienda, a la extinción del derecho, vacía, libre y expedita, o con el mobiliario y ajuar a disposición del otro cónyuge o progenitor, para determinar si la actividad de ejecución ha de conllevar o no el lanzamiento del ocupante y, además, la entrega de la posesión al otro litigante, habrá de estarse al régimen jurídico que resulte de

3. Ese derecho será anormalmente el de propiedad, exclusiva o en comunidad romana o germánica, pero también puede ser otro derecho real que confiera facultades de uso y disfrute de la cosa, como el derecho de usufructo.

la titularidad de los derechos reales (dominicales o de otra naturaleza) existentes sobre la vivienda una vez desaparecido el derecho de uso.

A tales efectos deben distinguirse los siguientes supuestos.

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 (por ejemplo, los padres del cónyuge no titular del derecho de uso extinguido).

c) Supuesto en que la vivienda pertenezca a ambos litigantes a título ganancial o en pro indiviso.

d) El supuesto de traspaso posesorio de la vivienda familiar en los casos de atribución conjunta del derecho de uso por períodos alternativos.

Examinaremos cada uno de ellos.

A) SUPUESTO EN QUE LA VIVIENDA SEA DE LA TITULARIDAD DOMINICAL EXCLUSIVA DEL CÓNYUGE NO TITULAR DEL DERECHO DE USO

Cuando la sentencia haya atribuido temporalmente el uso de la vivienda al cónyuge que no sea titular dominical de ésta, por representar el interés más necesitado de protección, conforme dispone el párrafo 3.º del artículo 96 del Código Civil, puede que haya establecido expresamente la obligación del usuario de abandonar la vivienda una vez agotado el límite temporal máximo del derecho o que haya guardado silencio sobre este extremo.

En este último caso, no infrecuente en la práctica, pueden sostenerse dos posturas antagónicas:

1.ª Que, expirado el plazo de duración del derecho de uso, la ejecución del pronunciamiento extintivo ha de comportar, en todo caso, el desalojo de la vivienda por el cónyuge usuario, aunque la sentencia no haya establecido expresamente esa obligación, y ello en cuanto, extinguido el título jurídico del que nacía a favor del cónyuge no titular el derecho al uso exclusivo y excluyente del inmueble destinado a vivienda familiar, carece de cualquier otro título jurídico que le confiera derecho a continuar ocupando ulteriormente el inmueble. La única persona con derecho a ocupar dicho inmueble ha de ser la que ostente derechos reales, como el de dominio o el de usufructo, que confieran derecho a la posesión del mismo. Y el único medio de reintegrarle el pleno goce de sus facultades dominicales, una vez extinguido el derecho que le excluía de la posesión, es el desalojo de la vivienda por quien, ya sin título, continúa ocupándola.

Es evidente que la ocupación o toma de posesión por el titular dominical se impediría si no se lanzara de la vivienda al cónyuge usuario, y obligaría a aquél a acudir al juicio de desahucio por precario para lanzar de la vivienda a quien, sin título alguno que le habilite para ello, pretendiera mantener una situación de posesión de hecho.

El espíritu que preside la norma contenida en el párrafo 3.º del artículo 96 es que el uso de la vivienda familiar de la titularidad dominical exclusiva de un cónyuge pueda corresponder al cónyuge cotitular «por el tiempo que prudencialmente se fije», recuperando el titular la plenitud de su derecho una vez finalizado el plazo fijado. Mal se respetaría la plenitud del derecho dominical sobre la vivienda familiar si éste se viera obligado, para lograr el respeto a su derecho, a acudir a un nuevo juicio de desahucio por precario.

Ésta es la postura defendida abiertamente por la Sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

2.ª Que expirado el derecho de uso exclusivo concedido al cónyuge no titular dominical de la vivienda, salvo que la sentencia contenga un pronunciamiento expreso que obligue a desalojar a este último, el titular dominical del inmueble debe ejercitar las acciones oportunas para recuperar la posesión del inmueble al margen de la ejecución del proceso matrimonial, sin instrumentar la ejecución de éste para la consecución de fines, cual el de la recuperación de la posesión de un inmueble, que es ajena al proceso matrimonial.

Así lo establecen los Autos de la AP de Barcelona, Sección 12.ª, de 14 de noviembre de 2001, recurso 369/2001, ponente: Sr. José Pascual ORTUÑO MUÑOZ (Id. Cendoj 08019370122001200164), y el Auto de la misma Sección y ponente de 4 de octubre de 2002, recurso 628/2002 (Id. Cendoj 08019370122002200168).

Una variante de este supuesto es el que se dará cuando la titularidad dominical de la vivienda familiar, cuyo derecho de uso se ha extinguido, pertenezca conjuntamente al cónyuge no titular del derecho de uso y a un tercero. Éste es el caso resuelto por el Auto de la AP de Vizcaya, Sección 4.ª, de 14 de febrero de 2005, recurso 482/2004, resolución 117/2005, ponente: Sr. Fernando VALDÉS-SOLÍS CECCHINI (Id. Cendoj 48020370012005200056).

El caso fue el siguiente: El uso de la vivienda familiar, perteneciente en copropiedad ordinaria y pro indiviso al esposo y a un sobrino de éste, había sido atribuido a la esposa en la sentencia de separación. En el proceso de divorcio posterior la sentencia declara extinguido el derecho de uso de la esposa. El marido, copropietario del inmueble, formula demanda ejecutiva de la sentencia de divorcio pidiendo se requiera a la esposa para que desaloje la vivienda familiar, bajo apercibimiento de lanzamiento. El juzgado *a quo* deniega el despacho de ejecución por estimar que debe existir un ulterior proceso civil en que se determine la situación del inmueble (si existe un arrendamiento, una copropiedad o un precario) para en él resolver, entendiendo que el procedimiento de familia es inadecuado al efecto.

La Audiencia estima el recurso y acuerda despachar ejecución en los términos interesados por el ejecutante, señalando:

«Estimamos que el procedimiento de familia es el indicado para resolver la cuestión suscitada; en su día lo fue para establecer el derecho de uso del que la parte ejecutada ha venido disfrutando hasta el presente y, ahora, lo es para poner fin a la situación dando cumplimiento y cabal cumplimiento a lo acordado en la Sentencia que resolvió el tema. De otro modo la sentencia quedaría vacía de contenido tanto en cuanto a su fundamento como a su ejecución pues convertiríamos lo que ha sido un derecho de uso en un precario, algo que es improcedente por cuanto extinguido el derecho de uso debe el usuario devolver la vivienda a sus propietarios.

La sentencia debe considerarse condenatoria a los efectos que aquí nos interesa; declarada la extinción del derecho de uso no se necesitan más procedimientos para proceder a la restitución posesoria, debiendo proceder a la ejecución de lo interesado por la parte ejecutante.»

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

Resulta una práctica bastante extendida socialmente que los padres⁴ cedan gratuitamente un inmueble de su propiedad a un hijo para que éste lo ocupe y constituya en él el domicilio conyugal o familiar junto con su cónyuge o pareja de hecho e hijos comunes. Se trata de una cesión gratuita del uso de un inmueble, casi nunca formalizada por escrito, fundada en el principio de solidaridad familiar existente entre personas unidas por estrechos vínculos de parentesco: se persigue por el cedente cubrir las necesidades de vivienda del cesionario como consecuencia de haber formado éste un núcleo familiar, matrimonial o no matrimonial. La cesión gratuita del uso del inmueble se realiza por el cedente para que el cesionario lo destine a servir de hogar familiar para sí, su cónyuge o pareja de hecho, y los descendientes, si los hubiere.

Pues bien, en los supuestos en que el inmueble que constituyó la vivienda familiar es propiedad de un tercero que cedió su uso de forma gratuita a un cónyuge o progenitor para que estableciera en él el hogar conyugal y familiar, producida la crisis matrimonial o familiar, la atribución del uso de dicha vivienda, en el proceso matrimonial o de menores subiguiente, a uno de los cónyuges o progenitores plantea diversas e interesantes cuestiones.

En primer lugar, la determinación de la calificación jurídica de esa cesión gratuita de uso, o, lo que es lo mismo, la precisión del título jurídico en virtud del cual el cesionario ostenta el derecho a poseer el inmueble. Ha sido cuestión controvertida en la doctrina, en la jurisprudencia menor de las Audiencias y en la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo hasta fechas recientes, si esa cesión gratuita de uso a que nos estamos refiriendo debía ser considerada un comodato o una situación de precario; la inclusión del supuesto en una u otra figura, acarrea importantes consecuencias jurídicas, tanto sustantivas como procesales.

El comodato, o préstamo de uso, es, como lo define el artículo 1740 del CC, un contrato por el que una de las partes, cedente, entrega a otra, cesionario, gratuitamente, el uso de una cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, no pudiendo el comodante reclamar la cosa prestada sino después de concluido el uso para el que la prestó, salvo en caso de urgente necesidad en que podrá reclamar la restitución antes del transcurso del plazo convenido (artículo 1749 del CC). La STS, Sala Primera, de 29 de octubre de 2008, recurso de casación 234/2004, ponente: Sr. Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, señala que el contrato de comodato se caracteriza por «la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto y determinado, que faculta al comodante para reclamar la cosa prestada únicamente cuando ha transcurrido dicho plazo o ha concluido el uso para el que se prestó, excepción hecha de los casos en que tuviere la urgente necesidad de ella (artículo 1749 del Código Civil)».

4. En la mayoría de los casos son los padres de uno de los cónyuges los que ceden gratuitamente una vivienda de su propiedad a su hijo para que sirva de hogar familiar a éste, a su cónyuge o pareja de hecho y a los hijos comunes, pero también se dan supuestos de cesión de inmuebles, con iguales fines, de abuelos a nietos, tíos a sobrinos, etc.

El precario, como sabemos, es una situación de hecho en virtud de la cual una persona cede gratuitamente a otra, precarista, el uso de una cosa no fungible sin pactar la duración ni el uso a que ha de destinarse la cosa prestada, con la obligación de devolverla al cedente cuando éste la reclame a su voluntad (artículo 1750 del CC). El comodatario tiene derecho al uso de la cosa durante el tiempo pactado o para el uso concreto fijado y tiene obligación de devolverla al término del plazo o conclusión del uso. El precarista usa la cosa por el mero consentimiento o tolerancia del titular dominical y debe restituirla tan pronto como el cedente la reclame.

La determinación de si estamos en presencia de un comodato o de un mero precario tiene, como es obvio, una enorme trascendencia. De estimarse que existe una situación de precario, el dueño, usufructuario, o cualquier otra persona con derecho a poseer el inmueble, posee acción para recobrar su posesión a través del juicio verbal de desahucio por precario, al que pueden acudir, conforme a lo dispuesto en el artículo 250.1.2.º de la LEC, los que «pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana cedida en precario...». Si, por el contrario, se considera que la cesión gratuita del uso constituye un comodato, ya no cabrá ejercitar la acción de desahucio por precario y el cedente deberá acudir, para dilucidar si procede o no el lanzamiento del cesionario y su familia, a un juicio declarativo ordinario, y, por otra parte, en tal proceso deberá determinarse si el uso concreto para el que se cedió el inmueble fue para servir de vivienda al cesionario y su familia, mientras ésta lo necesitare, u otro distinto⁵. Se planteaba así, en definitiva, si cedido el inmueble al hijo para servir de alojamiento a él y su familia, el derecho de uso había de entenderse finalizado al producirse la ruptura matrimonial o familiar y obligarse a salir del inmueble al cónyuge cesionario o si, al entenderse que el uso para el que se prestó fue el de servir para subvenir las necesidades de alojamiento de la familia, persistía el derecho al uso más allá de la salida del cónyuge progenitor cesionario hasta tanto subsistieran las necesidades habitacionales de los comunes descendientes.

La STS, Sala Primera, de 2 de diciembre de 1992, núm. 1118/1992, ponente: Sr. Matías MALPICA Y GONZÁLEZ-ELIPE (ROJ 8824/1992), sin duda con el propósito de otorgar la máxima protección a los hijos en los conflictos matrimoniales de sus progenitores y garantizar a aquéllos el derecho a continuar usando la vivienda que había constituido el domicilio conyugal, tras la ruptura del matrimonio de sus progenitores, calificó como contratos de comodato las cesiones gratuitas del uso de inmuebles urbanos que por regla general hacen los padres a los hijos con ocasión del matrimonio de éstos para que los destinen a vivienda familiar. Se trataba de calificar la cesión gratuita de un inmueble que los padres del esposo habían hecho a éste para uso familiar, y determinar el plazo de ese derecho de uso, una vez que se produjo el divorcio y se atribuyó el uso de dicha vivienda, en el convenio regulador, a la esposa e hijas del matrimonio. El Tribunal Supremo mantuvo en la posesión de la vivienda a la ex nuera y nietas de los propietarios demandantes y rechazó el lanzamiento de éstas de la vivienda como consecuencia del ejercicio de una acción reivindicatoria, sentando la doctrina siguiente:

«... en efecto está fijado tal uso por la proyección unilateral que al comodato se le inviste por la doctrina mayoritaria que consiste en servir de habitación a la familia de los demandados

5. Piénsese que el uso concreto para el que los padres ceden gratuitamente un inmueble a un hijo puede modalizarse según las circunstancias concurrentes: para que sirva de vivienda de la familia hasta tanto sea entregado al cesionario otra vivienda que ha adquirido recientemente; o, temporalmente, hasta que el hijo cesionario obtenga destino en otra ciudad y traslade la familia a ella; o hasta que la familia del cesionario tenga recursos suficientes para costear la compra de otra vivienda, o hasta que la surja una situación que haga necesaria la ocupación de la vivienda cedida, etc.

y sus hijas y como tal “uso preciso y determinado” lo impregna de la característica especial que diferencia al comodato del precario (artículos 1749 y 1750 del Código Civil), pues aun cuando no se haya especificado el tiempo de su duración, éste viene circunscrito y reflejado por esa necesidad familiar que no se ha negado en la demanda como tampoco se ha justificado ni alegado siquiera en la misma la “necesidad urgente” de los dueños para recuperar el piso, por lo que coincidiendo la no desmentida necesidad de habitar el piso los demandados y sus hijas y la no alegada necesidad urgente de ocuparla por los propietarios, es cierto que por la aplicación de dichos preceptos en consonancia con lo abstractamente dispuesto en los artículos 1740 y 1741 del mismo Cuerpo legal, ha de estimarse el motivo con casación del pronunciamiento a que se refiere la sentencia recurrida; más aun, si se advierte que esa necesidad de habitar los dos pisos –sucesivamente–, lo fue como necesaria o conveniente ayuda económica, cuya inexistencia actual no se ha demostrado en la litis, siendo precisamente el ejercicio de la acción de reclamación sospechosamente posterior al divorcio del hijo y adjudicación a la esposa –nuera de los actores–, y a las hijas –nietas de los demandantes–, para que ellas continúen habitando el piso en concepto de hogar conyugal o familiar como lo fue desde un principio, por lo que ha de significarse, en una posible concomitancia con el imperativo del artículo 7.º1 del Código Civil, que la acción no puede prosperar, lo que añade un razonamiento más que justifica la decisión de casar el pronunciamiento de la Sala *a quo* referente al reintegro posesorio del piso a los actores».

Esta sentencia venía a establecer, *de facto*, para estas situaciones, una suerte de presunción *iuris tantum* de comodato y, según señala CEMBRANO REDER⁶, suscitó un «grave problema de confianza, que ha sido realmente nefasto para el tradicional ejercicio de la solidaridad familiar, pues los padres se resistían a prestar un piso vacío a los hijos».

Las injustas consecuencias materiales a que la doctrina sentada por la STS de 2 de diciembre de 1992 conducía fueron atemperadas en gran parte por la doctrina que, sobre este particular, estableció la STS, Sala Primera, de 31 de diciembre de 1994:

«siempre ha de tenerse presente que la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, y sí sólo proteger el que la familia ya tenía. Así, quienes ocupan en precario la vivienda no pueden obtener una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares muy dignas de protección con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita el ceder el uso de la vivienda. Y traería como consecuencia que desaparecieran muchas benéficas ayudas para proporcionar techo a seres queridos ante el temor de que una crisis familiar privara en parte del poder de disposición que sobre la vivienda tiene el cedente del uso». Esta sentencia está en la línea de la dictada por esta Sala antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1981, que introdujo el divorcio como medio de disolución del matrimonio. Se trata de la Sentencia de 30 de noviembre de 1964 que declaró que «aunque es normal y frecuente que los padres de familia, al casarse alguno de sus hijos, les entreguen la vivienda para que vayan a habitar en ella, lo cierto es que de esa cesión del uso y disfrute, sin señalamiento y exigencia de pago de renta o merced, no puede inferirse, mientras otra cosa no conste que se 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 cesará cuando a él quieran ponerle fin el cedente o el cesionario (...)», de modo que según esta sentencia, «la cesión del uso y disfrute de una vivienda a un familiar

6. CEMBRANO REDER, José Luis, en nota-comentario a dicha sentencia, recogida en la base de datos jurisprudenciales de la Asociación Española de Abogados de Familia, que puede consultarse en la página web de dicha Asociación <http://www.aeafa.es>.

muy allegado, sin señalamiento o exigencia de renta o merced, se entiende siempre que es constitutiva de un simple precario».

La STS, Sala Primera, de 26 de diciembre de 2005, recurso 1551/1999, ponente: Sra. Encarnación ROCA TRIAS (ROJ STS 7530/2005), citando las anteriores Sentencias de 2 de diciembre de 1992 y 31 de diciembre de 1994, viene a sistematizar la doctrina del Tribunal sobre la cuestión: Quien alegue la existencia de un contrato de comodato, debe probar su existencia, así como el plazo de duración o uso concreto cedido y, a falta de esa prueba, la situación del cónyuge o progenitor poseedor será la de un precarista. Dice esta sentencia:

«... Cuarto. (...) De lo que debemos concluir que para solucionar aquellas reclamaciones efectuadas por los propietarios, progenitores de uno de los cónyuges, acerca de la reivindicación de los inmuebles que les hubiesen cedido, habrá que examinar, en primer lugar, si existió un contrato entre ellos y aplicar los efectos propios de este contrato, pero en el caso de que no hubiera existido, la postura de los cesionarios del uso del inmueble es la de un precarista.

Quinto. (...) La tesis de la Sentencia de 1.^a Instancia es que existió un comodato entre los cónyuges y el propietario de la vivienda, que al cesar el matrimonio, se convirtió en precario por cesar la razón de ser del contrato. Ciertamente, cuando nos encontramos ante una posesión concedida a título gratuito y revocable puede suceder una de estas dos posibilidades:

1.^a Que exista una auténtica relación contractual que justifica la posesión; deben aplicarse los efectos que el Código Civil atribuye al comodato, de manera que deberá aplicarse el artículo 1750 del Código Civil, sin olvidar las limitaciones que establece el artículo 1749 del Código Civil cuando se pactó un uso concreto y determinado, en este caso, la utilización por la familia del hijo del concedente. Pero hay que tener en cuenta que la relación contractual debe constar de forma clara, aunque puede deducirse también de los actos tácitos de las partes. Pero si cuando cesa este uso, el concedente no reclama la devolución del inmueble dado en comodato, la situación del usuario es la de un precarista.

2.^a Que se trate de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario. En este caso nos hallamos ante un simple precario, que la Sentencia de 30 de octubre de 1986 define como el “(...) disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, o sin ella”, por lo que la oposición del propietario pone fin a la tolerancia y obliga al que posee a devolver la cosa a su dueño.

Por lo tanto, cuando exista un contrato, que debe probarse por cualquiera de los medios aceptados en derecho, se aplicarán los efectos de este contrato; a falta de prueba del mismo, nos hallaremos ante un precario.»

Esta nueva doctrina jurisprudencial supone, en la práctica, que a falta de prueba de la existencia de un contrato de comodato, la cesión gratuita del uso de la vivienda a un hijo para que sirva de hogar a él y su familia se presume hecha a título de precario.

Finalmente, la doctrina del Tribunal Supremo sobre esta cuestión da un paso más con la jurisprudencia sentada por las SSTS, Sala Primera, de 2 de octubre de 2008, resolución 910/2008, recurso 1745/2003 (ROJ 4872/2008), ponente: Sr. Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, y la de 29 de octubre de 2008, recurso 234/2004, ponente: Sr. Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA (ROJ 5636/2008), esta última en un caso de cesión del uso por parte de un progenitor usufructuario, que han fijado como doctrina jurisprudencial la siguiente:

«La situación 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.»

Con esta nueva doctrina jurisprudencial, aun probado que la cesión del uso de la vivienda se hace por el cedente a título de comodato, con la ruptura del matrimonio o de la convivencia familiar del cesionario, la situación posesoria pasa a ser la de precario, y ello porque, «aunque el préstamo del piso a la familia puede constituir un comodato, la asignación del destino de servir de morada familiar, y de servir de ese modo a las necesidades de la familia, ese elemento caracterizador desaparece al romperse la convivencia conyugal, constituyendo un precario.»

Así pues, con esta reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo resulta meridianamente claro que, en los casos de cesión gratuita del uso de la vivienda a un hijo para que sirva de hogar familiar a éste, su cónyuge e hijos, el cedente, sea propietario, usufructuario o titular de cualquier otro derecho de posesión del inmueble cedido, puede ejercitar la acción de desahucio por precario contra el cesionario o su familia tan pronto como se produzca la ruptura de la convivencia conyugal o familiar del cesionario.

La segunda cuestión que se plantea, en los casos de pertenencia a un tercero de la vivienda atribuida en uso a uno de los cónyuges en el proceso matrimonial, es si, habiéndose atribuido el derecho de uso al cónyuge que no tiene lazos de parentesco con el tercero que es titular del derecho de posesión del inmueble, extinguido el derecho de uso, dispone el cónyuge no ocupante de acción ejecutiva para pedir el lanzamiento del cónyuge que, ya sin derecho alguno, continúa detentando la posesión de la vivienda, o si debe rechazarse tal posibilidad, dejando exclusivamente en manos del titular del derecho a poseer el inmueble (como propietario, usufructuario, titular de un derecho de uso habitación, etc.) el ejercicio de la acción de desahucio por precario para lograr el desalojo del inmueble.

Este caso se ha planteado recientemente en mi juzgado en los autos de separación 145/1998. En el convenio regulador de efectos de la separación judicialmente aprobado se atribuyó el uso y disfrute de la vivienda familiar, de la propiedad exclusiva de la madre del marido, a la esposa e hijos comunes hasta que la menor de las hijas alcanzare la edad de 25 años. En la cláusula del convenio se estableció que el término de la ocupación de la vivienda tendría lugar el 5 de julio de 2004, debiendo la esposa, «dentro del plazo de los 15 días siguientes, retirar todos los muebles y enseres que se hallen en el domicilio familiar, ya que en caso contrario se considerarán cedidos a los propietarios de la vivienda». Llegado el término temporal de duración del derecho de uso se despachó ejecución, a instancia del marido, acordando el lanzamiento de la esposa, oponiéndose la misma a la ejecución en base a que si bien el convenio establece la obligación de la madre y su hija de abandonar el domicilio familiar, la titularidad dominical del inmueble no corresponde a la parte ejecutante, sino a su madre, por lo que sólo ésta viene legitimada para requerir la posesión del citado bien, y ello a través del procedimiento de desahucio por precario. Desestimada la oposición a la ejecución y apelado el Auto correspondiente, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, por medio de Auto de 25 de abril de 2006, recurso 182/2006, resolución 116/2006, ponente: Sr. Eduardo HIJAS FERNÁNDEZ (Id. Cendoj 28079370222006200134), desestima el recurso de apelación y considera legitimado para pedir el lanzamiento al ejecutante con la siguiente argumentación:

«FJ 2.º (...) como correctamente se razona en el auto dictado por el Juzgador *a quo* ... ha de considerarse que, una vez expirado el plazo de vigencia del derecho de uso concedido, el lanzamiento acordado resulta conforme con la naturaleza y contenido del título, cumpliendo así las exigencias del artículo 551.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que hacía inaplicable al caso la nulidad del despacho de la ejecución que la parte demandada invocaba, con apoyo en el artículo 559.1.3.º del mismo texto legal. (...)

Cierto es que la titular dominical del inmueble tendría a su favor la correspondiente acción de desahucio, a través del cauce procesal adecuado, distinto del presente, pero ello no puede excluir, en modo alguno, la acción ejecutiva entablada por quien ha sido parte en los antedichos procedimientos, a fin de hacer efectivas, en sus propios términos, las sentencias que culminaron los mismos, de conformidad con lo prevenido en el artículo 18.2 de la LOPJ, máxime cuando, según se infiere del texto del antedicho convenio, no puede excluirse la ocupación o disfrute del inmueble por don Benedicto, en virtud del acuerdo, expreso o tácito, alcanzado con la titular dominical, lo que legitimaría al ejecutante para reclamar la posesión del bien, sin perjuicio de las acciones correspondientes a dicha propietaria.»

Este mismo criterio es mantenido por la Sección 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid en el Auto de 25 de octubre de 2005, recurso 701/2005, resolución 234/2005, ponente: Sr. Eduardo HIJAS FERNÁNDEZ (Id. Cendoj 28079370222005200156). Se trataba, en el caso resuelto por dicho auto, de la ejecución de una sentencia dictada en un proceso de modificación de medidas en que se declaró extinguido el derecho de uso exclusivo de la esposa sobre la vivienda familiar, cuya propiedad correspondía al Instituto de la Vivienda de las Fuerzas Armadas (INVIFAS), que había sido arrendada en su día al marido, militar profesional. La sentencia no contenía pronunciamiento expreso de desalojo de la vivienda por la esposa ni hacía atribución de su uso al marido y, por ello, despachada ejecución, a instancia del marido, acordando requerir a la esposa para que desalojara la vivienda en el plazo de un mes bajo apercibimiento de lanzamiento, la esposa se opuso a la ejecución alegando, al amparo del artículo 559.1.3.º, nulidad radical del despacho de ejecución por no contener la sentencia pronunciamiento alguno de condena al desalojo. El Auto razona que, pese a no existir pronunciamiento expreso de desalojo, la ejecución despachada goza del respaldo de un título ejecutivo en los términos exigidos por los artículos 517.2.1.º, 549.1.1.º y 550.1.1.º de la LEC, diciendo:

«... el párrafo 3.º del artículo 96, al no hacer distingo alguno, resulta aplicable no sólo a los supuestos de titularidad dominical, sino también a aquellos otros en que el derecho sobre el inmueble, en virtud de una relación jurídica real u obligacional, pertenece a uno solo de los esposos, en todos los cuales, y una vez extinguido el derecho de uso que se concede al cónyuge no titular, las facultades dimanantes del derecho originario han de revertir, sin limitación alguna, a favor de su titular, lo que conlleva, por lógica y necesaria derivación, el desalojo del beneficiario del uso (...) pues el abandono del inmueble, por la condición jurídica de su primitiva ocupación, era consecuencia inherente al cese del derecho contemplado en el artículo 96 del CC.»

El Auto de la AP de Lleida, Sección 1.^a, de 30 de enero de 2003, recurso 2/2003, ponente: Sr. Luis Fernando ARISTE LÓPEZ (Sepin SP/AUTRJ/47737) con un enfoque procesal diferente, considera legitimado al marido para solicitar el lanzamiento de la esposa de la vivienda familiar perteneciente a un hermano de éste. Se trataba de ejecutar una sentencia dictada en un proceso de modificación de medidas de la separación que dejó sin efecto la atribución del derecho de uso de la vivienda conyugal hecha a favor de la esposa en la antecedente sentencia de separación. La sentencia ejecutada no establecía condena expresa a que la es-

posa abandonara la vivienda. La esposa había recurrido el auto que acordaba el lanzamiento invocando infracción del artículo 521.1 de la LEC por estimar que la sentencia objeto de ejecución era meramente declarativa, lo que impedía despachar ejecución, y nulidad del despacho de ejecución, conforme al artículo 559.3 de la LEC, por no contener la sentencia pronunciamientos de condena. La Audiencia considera que:

«... los pronunciamientos judiciales sobre atribución de uso de la vivienda conyugal en el marco de un proceso matrimonial, aun cuando no contengan de forma expresa la condena al desalojo de la vivienda del cónyuge al que se priva de su uso, trascienden de lo que puede considerarse una sentencia meramente declarativa o constitutiva, y conllevan como consecuencia inherente la exigibilidad de la efectividad de dicho pronunciamiento mediante el desalojo de la vivienda por el cónyuge que pierde su uso en virtud de la resolución judicial, sin necesidad de entablar nuevo proceso al efecto...»

Esta doctrina, empero, no es pacífica. Algunas Audiencias, como la de Las Palmas, entienden que la pretensión de lanzamiento de la que fuera vivienda familiar, propiedad privativa de un tercero, por parte de un cónyuge, una vez expirado el plazo de su atribución judicial, no es susceptible de ejecución en el proceso matrimonial porque ello excede del contenido de la sentencia, que ha de ajustarse a los concretos pronunciamientos del fallo sin ampliarse a cuestiones que no han sido objeto de pronunciamiento expreso. Es representativa de esta posición la doctrina contenida en el Auto de la AP de Las Palmas, Sección 4.^a, de 30 de octubre de 2003, ponente: Sr. Víctor CABA VILLAREJO (Lex Nova, DF/06925), que indica:

«La atribución del uso temporal de la vivienda familiar por el Juez de Familia es un pronunciamiento judicial de carácter constitutivo que sirve de título de ocupación durante su vigencia. Una vez finalizado el plazo para el que se concedió el derecho de uso, la acción para recuperar la posesión del inmueble debe ser ajena a la litis matrimonial, pues pertenece al ámbito de la protección posesoria del titular del derecho, que ha de hacerla valer por los procedimientos correspondientes, en cuyo seno, quien ostenta el derecho de uso y disfrute, ya extinguido, no podrá oponer como título válido y eficaz la atribución judicial en el pleito matrimonial y sí cualquier otro que ostentara sobre el inmueble que otrora fuere vivienda familiar».

En ocasiones, el tema se ha planteado desde la perspectiva de la legitimación activa para el ejercicio de la acción ejecutiva. Así, el ya citado Auto de la AP de Las Palmas, Sección 4.^a, de 30 de octubre de 2003, mantiene que carece de legitimación activa para instar la ejecución de la sentencia de divorcio el tercero titular de la vivienda, «máxime cuando en la resolución firme no se establece la obligación de desalojo de la misma y la entrega de su posesión a su titular», sin que tampoco el cónyuge no titular del derecho de uso posea «legitimación activa *ad causam* para instar la devolución de la vivienda puesto que la misma no era de su propiedad sino de su madre...».

En sentido contrario, el ya mencionado Auto de la AP de Lleida, Sección 1.^a, de 30 de enero de 2003, ponente: Sr. ARISTE LÓPEZ, sostiene que tiene el marido legitimación para solicitar el lanzamiento de la ocupante a pesar de no ser el propietario de la vivienda, perteneciente a un hermano suyo. Dice este Auto:

«Por tanto, no obsta a la ejecución de la sentencia el hecho de que la propiedad de la vivienda no corresponda al ejecutante, ya que, como se ha expuesto, la sentencia no afecta a los derechos y facultades del propietario, quien a pesar de haberse hecho efectivo el lanzamiento podría en

ejercicio de sus derechos dominicales incluso entregar de nuevo la posesión a la apelante. Por otra parte ... el esposo tiene legitimación para solicitar la ejecución de la sentencia, ya que fue parte en el proceso de modificación de medidas y sus pretensiones fueron estimadas...»

c) SUPUESTO EN QUE LA VIVIENDA PERTENEZCA A AMBOS LITIGANTES A TÍTULO GANANCIAL O EN COMUNIDAD ORDINARIA Y PRO INDIVISO

El cese de la situación jurídica de uso exclusivo y excluyente de la vivienda familiar, tras la extinción del derecho de uso judicialmente atribuido, ha de comportar la salida de la vivienda familiar de quien carece de otro título jurídico para seguir ocupándola. Por ello, en los casos en que por resolución judicial, o convenio, se extinga el derecho —temporal o indefinido— de uso exclusivo atribuido a uno de los cónyuges, sin que se haga atribución de tal derecho de uso al otro cónyuge, si la vivienda familiar pertenece en propiedad a ambos litigantes, a título ganancial o en pro indiviso, la extinción del derecho de uso no conlleva la obligación del cónyuge usuario de abandonar la vivienda familiar pues, a partir del fenecimiento del derecho de uso, puede seguir ocupándola en virtud del título dominical que sobre ella ostenta. Pero siendo la facultad de poseer la cosa una de las que integran el derecho a gozar de ella que corresponde a todo propietario (artículo 348 del CC), y siendo la vivienda familiar común, la facultad de utilizar la vivienda deberá ejercitarse sin impedir al copropietario utilizarla, de modo que ambos cónyuges, en calidad de comuneros, podrán usar la vivienda familiar a partir de dicho momento, sin que ninguno de ellos tenga facultades para excluir la posesión del otro ya que a ninguno corresponde el uso exclusivo del inmueble.

En el caso resuelto por la Sentencia de la AP de Madrid, Sección 22.^a, de 22 de marzo de 1996, ponente: Sr. HIJAS FERNÁNDEZ⁷, la Audiencia Provincial revoca el fallo contenido en la sentencia de instancia que no había hecho atribución del uso exclusivo de la vivienda familiar a ninguno de los cónyuges, tras constatar que ésta tan sólo era ocupada por los hijos mayores de edad independientes, pero había condenado a aquéllos a dejar vacuo, libre y expedito el inmueble que había constituido la vivienda familiar. La Audiencia razona que la no atribución del uso de la vivienda a ninguno de los cónyuges, por no precisarla para cubrir sus necesidades de alojamiento, no puede conllevar la obligación de éstos de desalojar el inmueble de este modo:

«... no tiene cabida en el procedimiento matrimonial la exclusión de ambos consortes de las facultades que, como copropietarios, les corresponden sobre el bien común, en los términos de los artículos 348 y siguientes y, en particular, del 394 del Código Civil ... pues lo único que puede quedar vedado, a los efectos legales, con el pronunciamiento denegatorio del derecho impetrado, es la ocupación exclusiva y excluyente, pero no el derecho exclusivo de cuantos derechos incumben a cada condómino».

Igualmente, por las mismas razones, atribuido en la sentencia temporalmente el uso de la vivienda común a uno de los cónyuges, sin precisión alguna sobre el destino ulterior del inmueble, no procederá en ejecución de dicha sentencia el desalojo del cónyuge usuario una vez transcurrido el plazo concedido, puesto que, al cesar el derecho de uso exclusivo, ambos cónyuges, en su calidad de condóminos, ostentarán idéntico derecho a gozar del bien de que son titulares.

7. *Derecho de Familia. Doctrina Sistematizada de la Audiencia de Madrid*, de Eduardo HIJAS FERNÁNDEZ, Lex Nova, 2.^a ed., Valladolid, 2001, pp. 471-472.

Así sucedió en el caso resuelto por la Sentencia de la AP de Madrid, Sección 22.^a, de 11 de enero de 1994, ponente: Sr. HIJAS FERNÁNDEZ⁸. La sentencia objeto de ejecución había atribuido a la esposa el uso de la vivienda familiar por plazo de un año, sin otras especificaciones. Transcurrido el año el marido solicitó que se lanzara a la esposa del domicilio familiar y el juzgado acordó por providencia, luego confirmada por el Auto recurrido, requerirla para que desalojara la vivienda en el breve plazo que le concedió al efecto. La Audiencia razona que, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 18.2 de la LOPJ, que obliga a ejecutar la sentencia en sus propios términos, no cabía en el caso ni prolongar el derecho de uso, atribuido a la esposa con carácter temporal, hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, ni realizar asignaciones alternativas del derecho de ocupación hasta dicho momento:

«... ante la falta de previsión al respecto de la antedicha sentencia, no se puede privar ... a cualquiera de los condóminos de su derecho a gozar del bien de que es titular, conforme al artículo 348 del CC, lo que es reiterado, en el régimen de comunidad de bienes, por el artículo 394, si bien tal derecho no será ya exclusivo ni excluyente del que al otro condómino le corresponda igualmente...»

En igual sentido, el Auto de la AP de Barcelona, Sección 12.^a, de 17 de junio de 2002, recurso 26/2002, ponente: Sr. José Luis VALDIVIESO POLAÍNO (Id. Cendoj 08019370122002200061), deniega el lanzamiento de la vivienda familiar tras extinguirse, por transcurso del plazo, el derecho de uso temporalmente atribuido a la esposa en el convenio regulador, al pertenecer la vivienda en copropiedad ordinaria indivisa a ambas partes, razonando:

«... desaparecido aquí el derecho de uso exclusivo de la esposa, por el transcurso del plazo previsto, la vivienda pasa a quedar en situación de copropiedad ordinaria, sin ningún derecho de uso exclusivo. Pero la determinación de cuál ha de ser, a partir de entonces, el régimen de utilización y aprovechamiento de esa vivienda ya no es cuestión que pueda ventilarse en la ejecución matrimonial, al amparo de una sentencia que por ningún sitio dice que llegado el 1 de marzo de 1999 halla de abandonar el inmueble uno de los condóminos...».

En parecidos términos, el Auto de la AP de Barcelona, Sección 12.^a, de 12 de julio de 2007, resolución 210/2007, recurso 308/2007, ponente: Sr. P. RICO RAJO (Id. Cendoj 08019370122007200233) deniega el lanzamiento del esposo de la vivienda familiar un vez expirado el plazo de atribución del uso por cuanto

«al ejecutado le asiste el derecho de uso de la misma en virtud del título de propiedad que, en condominio, ostenta junto con la ejecutante, por lo que, aun extinguiéndose el derecho de uso que le fue otorgado en la sentencia de cuya ejecución se trata, puede continuar en la misma en virtud del derecho de uso que conlleva el referido título en virtud del cual posee...»

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

Es relativamente frecuente en la práctica que, cuando los cónyuges son cotitulares de la vivienda familiar y no existen hijos o éstos son económicamente independientes, se acuerde

8. HIJAS FERNÁNDEZ, E., *Derecho de Familia...*, cit., p. 479.

en la sentencia o se pacte en el convenio regulador la atribución sucesiva y alternativa del uso de la vivienda familiar a cada uno de los cónyuges por períodos de tiempo que oscilan entre los tres meses como mínimo y los dos años como máximo. Es habitual en estos casos que, con el designio de propiciar el reparto de los bienes, entre ellos la vivienda familiar, se establezca el mantenimiento de ese derecho de uso alternativo hasta la liquidación de la sociedad de gananciales a que pertenezca el inmueble, o hasta la extinción del condominio, si les perteneciere en pro indiviso.

El problema que se plantea es si, producida la liquidación de la sociedad de gananciales o la extinción del condominio, momento que marca la condición o término a que está sujeta la duración del derecho de uso alternativo de los cónyuges, puede pedirse en ejecución de sentencia el lanzamiento del cónyuge que ocupaba la vivienda en el momento de producirse el evento que determina la extinción del derecho de uso alternativo.

Cabrá tal posibilidad cuando, tras la extinción del derecho de uso alternativo, el cónyuge que continúa ocupando el domicilio familiar carezca de título jurídico alguno que le habilite legalmente para ello. Pero en los supuestos en que se adjudique el inmueble a los cónyuges por mitad y pro indiviso, ninguno de ellos estará legitimado para pedir el lanzamiento del otro de la vivienda común, ya que ninguno será titular de un derecho de uso exclusivo y excluyente del inmueble y sólo tendrá derecho, como copropietario, a usar del inmueble conforme a su destino, pero sin excluir de éste al otro condómino, tal como dispone el artículo 394 del CC.

El Auto de la AP de Madrid, Sección 24.^a, de 28 de abril de 2003, recurso 75/2003, resolución 423/2003, ponente: Sr. Ángel SÁNCHEZ FRANCO (ROJ AAP M 876/2003), estima el recurso de apelación interpuesto contra el Auto dictado en 1.^a instancia, que, desestimando la oposición a la ejecución, había acordado el desalojo por la esposa de la vivienda familiar, adjudicada por mitad y en pro indiviso a los cónyuges en la liquidación de gananciales, tras extinguirse el derecho de uso atribuido a ambos cónyuges conjuntamente, por períodos alternativos de tres meses, hasta la efectiva liquidación de la sociedad legal de gananciales. La Audiencia argumenta que, extinguida la medida de uso alternativo a consecuencia de la liquidación ganancial, ésta «dejó de estar vigente, careciendo pues de carácter ejecutivo, en virtud del artículo 559.1.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil». En otros términos, estima el recurso por entender que, extinguido el derecho de uso, la ejecución despachada fue nula porque la sentencia no contenía pronunciamiento de desalojo ulterior a la extinción de aquel derecho de uso.

En el mismo sentido, pero con un razonamiento técnicamente más completo, el Auto de la AP de Zaragoza, Sección 4.^a, de 30 de marzo de 2004, recurso 574/2003, resolución 197/2004, ponente: Sr. Eduardo NAVARRO PEÑA (ROJ AAP Z 509/2004), confirmando el Auto de instancia, deniega despachar ejecución para el desalojo forzoso de la vivienda por el marido al que una sentencia de modificación de medidas de la separación había atribuido el uso de la vivienda familiar hasta la liquidación de la sociedad de gananciales a que pertenecía la vivienda, con un plazo máximo de dos años, una vez que había transcurrido este plazo y se había liquidado la sociedad de gananciales atribuyendo a cada cónyuge la propiedad de la mitad indivisa del inmueble. La Audiencia señala:

«... la razón por la que se acoge la oposición por motivos de fondo articulada por el demandado a la ejecución despachada, no es otra que el cumplimiento mismo de lo ordenado en la sentencia que sirve de título a la ejecución, toda vez que ha cesado el derecho de uso exclusivo de la referida vivienda familiar, reconocido en la mentada resolución a favor del demandado y de la hija común de ambos cónyuges hoy litigantes, por el mero transcurso del límite temporal establecido a la misma, siendo distinto ahora el título por el que el demandado disfruta del uso de aquella y que no es otro que el de copropietario de la citada vivienda junto con su esposa en virtud de lo acordado en la liquidación ya practicada de la sociedad conyugal, lo que integra uno de los motivos de oposición previstos en el artículo 556 de la LEC, que ha sido acogido por la resolución recurrida, dando lugar al pronunciamiento previsto en el artículo 561.12.^a de la LEC, no siendo de apreciar ninguna de las infracciones legales aducidas por la parte recurrente.

Mutado el título que habilita al demandado para usar de la aludida vivienda, título que no deriva ya de lo acordado en las medidas decretadas en el precedente proceso de separación matrimonial, no cabe entender infringido el artículo 776 de la LEC que atañe a la ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas en los procesos de familia.»

D) Algunos supuestos de conflicto entre distintos títulos posesorios

Cada vez con más frecuencia pueden encontrarse en la realidad social española las denominadas familias reconstituidas: se trata de matrimonios o uniones de hecho formadas por personas que, en una o ambas líneas, proceden de anteriores matrimonios o uniones no matrimoniales rotos y que, al tiempo de contraer segundo o ulterior matrimonio o iniciar una nueva relación análoga a la conyugal, son ya titulares de familias monoparentales y tienen hijos a cargo, nacidos del primer o ulterior matrimonio o unión. Es también relativamente frecuente que los casados entre sí en segundas o ulteriores nupcias, o que han formado una segunda o posterior unión estable de pareja y que ya tienen hijos exclusivos de cada uno y forman con ellos una familia monoparental, pasen a convivir en el domicilio familiar de uno de ellos, con los hijos no comunes habidos de anteriores relaciones maritales o de hecho que cada uno de ellos aporta y con los nuevos hijos comunes que puedan nacer de la unión –nupcial o de hecho– en el futuro.

Pues bien, en tales casos es perfectamente posible y no resulta ya tan raro en la práctica que, producida la separación, divorcio o ruptura de esa segunda o ulterior unión nupcial o no matrimonial, si la misma habitaba la vivienda familiar atribuida judicialmente a uno de ellos al romperse el matrimonio o unión precedentes, pueda atribuirse en este ulterior proceso el uso de la vivienda familiar a un progenitor o cónyuge distinto de aquél a quien le hubiere sido asignado el uso por una resolución judicial anterior, planteando una rica y variada problemática de no fácil solución.

Pensemos en el siguiente caso: Pablo, divorciado, tiene atribuida la custodia exclusiva de su hijo Antonio, de 12 años de edad, habido con su primera esposa, y el uso de la vivienda familiar. Tras contraer Pablo segundas nupcias con Paloma, que es a su vez madre de Andrea, de 10 años, nacida de una relación estable de pareja con Andrés, Paloma y Pablo fijan su domicilio y el de sus hijos no comunes en la vivienda familiar de este último. Paloma y Pablo tienen un hijo en común, Manuel, y poco tiempo después se divorcian, atribuyendo la sentencia de divorcio a Paloma la guarda de Manuel y el uso de la vivienda familiar. En este supuesto ¿acaso no existiría una evidente colisión o conflicto entre el título posesorio que crea la sentencia matrimonial que atribuyó al menor Antonio y a su padre Pablo el uso y disfrute de la vivienda familiar y el constituido por la posterior sentencia de divorcio del matrimonio de

Pablo y Paloma, que atribuye el uso exclusivo de la misma vivienda familiar al menor Manuel y a su madre como progenitora custodia? ¿Cómo se resuelve el conflicto entre los distintos títulos posesorios constituidos judicialmente en sede de varios procesos matrimoniales o de menores? En línea de principio cabe apuntar diversos criterios de solución.

a) Puede, en primer lugar, estimarse que la sentencia posterior opera respecto de la sentencia anterior como la dictada en un proceso de modificación de medidas en relación con la sentencia modificada: dejando sin efecto la medida establecida en la sentencia anterior sobre el derecho de uso de la misma vivienda familiar. En el proceso posterior se habrán tenido en cuenta, para hacer la atribución del derecho de uso, todos los intereses en conflicto merecedores de protección, incluida, por tanto, la circunstancia de constituir el inmueble cuyo uso es objeto de disputa entre las partes vivienda familiar de los hijos exclusivos de una de las partes. Esta solución adolece, sin embargo, de un grave inconveniente: en el proceso posterior no intervienen las mismas partes procesales del anterior en que se acordó la medida sobre uso «modificada», de modo que, de admitirse la aplicación de esta tesis, sería preciso una llamada al proceso del cónyuge o progenitor cuyos hijos son titulares del derecho de uso sobre la vivienda, para ser oídos sobre tal extremo.

b) Una segunda posibilidad pasa por entender que la resolución sobre derecho de uso de la vivienda familiar contraria a la establecida en otro proceso anterior seguido entre distintas partes es ejecutable pero sólo respecto del cónyuge o progenitor afectado, no respecto de los hijos no comunes de las partes, cuyos intereses no pueden quedar afectados por la resolución dictada en un proceso en el que uno de sus progenitores no ha sido parte ni ellos mismos han sido oídos. En el ejemplo propuesto, atribuido el uso de la vivienda familiar a Paloma en el proceso de divorcio de ésta contra Pablo, aquélla podría solicitar el lanzamiento de la vivienda familiar de Pablo, pero no el de Antonio, hijo de Pablo y de su primera esposa, porque ni esta última ha sido parte en el proceso ni la resolución dictada en él puede afectar a un hijo no común de los litigantes, que al tener atribuido el uso por una anterior resolución judicial tiene un derecho posesorio preferente que ha de respetarse, según el principio *prius tempore potior iure*⁹.

Esta solución se presenta como inaceptable. Es contraria al tenor literal del artículo 704.1 de la LEC que admite la viabilidad del lanzamiento del inmueble destinado a vivienda habitual tanto del ejecutado como «de quienes de él dependan», locución comprensiva tanto de los hijos menores bajo la guarda del ejecutado, como de los hijos mayores económicamente dependientes de él, e inclusive de otras personas, parientes o no, dependientes del ejecutado. Además, en caso de aplicarse a hijos menores no emancipados, sería contraria a derecho, pues supondría admitir que tal hijo no conviviera con su progenitor custodio.

c) La única solución con apoyo legal pasa por la aplicación del artículo 96 del CC y de lo dispuesto en el artículo 704 de la LEC, aunque ésta no está exenta de dificultades al no ofrecer el artículo 96 del CC todas las claves precisas para dar respuesta a algunas situaciones complejas que pueden presentarse.

9. Es posible que el derecho de uso sobre la vivienda familiar atribuido al menor Antonio esté inscrito en el Registro de la Propiedad correspondiente.

Así, por ejemplo, en el caso propuesto, si la vivienda familiar ocupada por los cónyuges Pablo y Paloma, junto con Manuel (hijo común), Andrea (hija de Paloma) y Antonio (hijo de Pablo) fuera de la propiedad exclusiva de la madre de Antonio y primera esposa de Pablo, y en el proceso de divorcio de aquéllos se atribuyera el uso de dicha vivienda familiar al menor Manuel y a su madre, por quedar bajo su guarda, se daría la situación, cuando menos chocante, de atribuir el uso exclusivo de un inmueble a una madre y un menor que no mantienen ninguna relación de filiación ni parentesco por razón de matrimonio con la titular dominical del inmueble.

Nótese que, de otorgarse la guarda y custodia del menor Manuel a su madre, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 96, párrafo 1.º, del CC impone la atribución del uso de la vivienda familiar a dicho menor y a su madre, pues el párrafo 1.º de dicho precepto, haciendo completa abstracción del título jurídico en virtud del cual los cónyuges poseen la vivienda familiar cuyo uso es objeto de controversia, obliga a adjudicarlo a los hijos, tanto si el derecho que confiere la facultad de ocupar y poseer¹⁰ el inmueble pertenece a ambos cónyuges, como si es de titularidad exclusiva de uno solo de ellos o de un tercero ajeno al proceso. Obsérvese, igualmente, que, en el caso expuesto, no es posible hacer aplicación de lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 96 del CC¹¹ pues el precepto se refiere a supuestos de guarda repartida de hijos comunes de los cónyuges, no a los que lo sean de uno solo de ellos, de modo que resulta imposible hacer aplicación analógica de este párrafo para permitir que el juez pueda, utilizando el margen de discrecionalidad que concede el precepto («... resolverá lo procedente») apartarse del criterio de atribución automática previsto en el párrafo 1.º del artículo 96 del CC.

Nos encontraríamos así, en este caso, que la madre del menor Antonio, titular dominical del inmueble, podría ejercitar la acción de desahucio por precario contra Paloma, madre del menor Manuel, en cuanto, extinguido el derecho de uso del menor Antonio sobre dicha vivienda, el padre de éste carece de cualquier título jurídico que le confiera derecho a poseer el inmueble, y, en consecuencia, Paloma, cuyo derecho trae causa del de Pablo, pasa a ser, ante la titular dominical de la vivienda, una mera precarista¹².

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

Aunque constituye en la práctica un supuesto bastante excepcional, se han dado casos, en el seno del proceso matrimonial o de menores, en que uno de los cónyuges o progenitores solicita del juzgado que dictó la sentencia matrimonial, o reguladora de las relaciones paternofiliales, el lanzamiento de un hijo mayor de edad conviviente en el domicilio familiar.

10. Derecho que podrá ser el de propiedad, usufructo, arrendamiento, uso, habitación, comodato o precario, o cualquier otro del que nazca la facultad de habitar un inmueble.

11. El artículo 96, párrafo 2.º, del CC establece: «Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el juez resolverá lo procedente.»

12. No cabe entrar a examinar aquí las implicaciones que la atribución del uso de la vivienda familiar al menor Manuel y a su madre Paloma, con la consiguiente extinción del derecho de uso atribuido al menor Antonio y a su padre Pablo, tiene sobre los actos de disposición de la vivienda por parte de su titular dominical, que no requerirán el consentimiento o subsidiaria autorización judicial previstos en el artículo 96.4.º del CC.

Son dos las hipótesis concretas que pueden plantearse, según que el hijo, cuyo lanzamiento se pide, tenga atribuido el uso de la vivienda familiar o no:

a) En el primer caso, cuando el hijo mayor de edad cuya salida del domicilio familiar se pide, tiene atribuido también su uso, la petición de lanzamiento de tal hijo, por parte del cónyuge o progenitor con el que convive, conlleva en realidad una previa declaración de extinción del derecho de uso de que dicho descendiente es titular. Los motivos que pueden impulsar a un progenitor a formular tan dramática petición son múltiples: por ser el hijo independiente económicamente, por falta de convivencia pacífica o por otras causas diversas (el hijo mayor está enemistado con su progenitor; el hijo mayor pretende convivir en el domicilio del progenitor con su pareja; el hogar mayor lleva una vida de tipo marginal y casi delictuosa; el hijo mayor realiza en el hogar actividades molestas, insalubres, nocivas o peligrosas por las que la Comunidad del Propietarios del inmueble ha iniciado o está a punto de ejercer acciones contra el progenitor, etc.).

En el caso resuelto por el Auto de la AP de Barcelona, Sección 12.^a, de 30 de noviembre de 1999, ponente: Sr. A. LÓPEZ-CARRASCO MORALES (Lex Nova, DF/03749), la madre, en trámite de ejecución de la sentencia de separación, que atribuyó el uso de la vivienda conyugal a los tres hijos en compañía de la madre, había solicitado del Juzgado que se requiriera al primero de los tres hijos, ya mayor de edad, para que abandonara la vivienda en el plazo de 8 días, con apercibimiento de lanzamiento; fundamentaba tal pretensión en el hecho de que tal descendiente había observado una conducta agresiva y violenta con un tercero y con la propia madre ejecutante, por cuyo motivo había sido condenado como autor de una falta de lesiones, entendiéndose, por ello, que tal hijo mayor de edad no había cumplido el requisito de pacífica convivencia implícito en la atribución del uso de la vivienda a los hijos que se hacía en la sentencia: «en tanto en cuanto alcance dicha convivencia» (materno-filial). Mantenía la ejecutante que el juzgado debió atender la petición formulada para dar tutela efectiva a la madre y dar cumplimiento a la sentencia, o, que, al menos, debió abrir un incidente en ejecución para, después de dar audiencia al hijo, proceder a obligar a dicho hijo a salir de la vivienda.

Denegada la práctica del requerimiento por providencia, y confirmada ésta por Auto, tras ser recurrida aquélla en reposición, la Audiencia confirma el pronunciamiento del Auto apelado con el siguiente razonamiento:

«... contrariamente a lo que considera la recurrente, la imposición de abandonar la vivienda familiar no está contenida en la sentencia de separación, pues precisamente la protección de los intereses de los hijos menores es un *desideratum* legal a través del principio *favor* o *bonorum filii*, en sede de los artículos 91 y 96 del Código Civil, como titulares del uso de la vivienda familiar, en que reflejamente participa el cónyuge en cuya compañía quedan, por lo que es visto que la negación de tal derecho, con la consecuente salida del hijo, aunque haya llegado a la mayoría de edad, necesita de un proceso de privación, bien declarativo, o en incidente de modificación de efectos de medidas de la separación, por cambio sustancial de circunstancias, tal como previenen los artículos 90, párrafo penúltimo, ó 91 *in fine* del Código Civil ... pero no como ejecución de medidas de separación que no contempla tal supuesto y que sería extralimitar el contenido propio de la sentencia con infracción del artículo 18 de la LOPJ y de normas constitucionales (artículo 39.1.º y 2.º en relación con el artículo 24.2.º)».

La doctrina del Auto de la AP de Barcelona, aunque referido a una hipótesis de enemistad manifiesta entre la madre y el hijo conviviente, por las lesiones causadas por éste a

aquella, es extrapolable a cualquier otra causa o motivo que haga imposible o desaconseje la convivencia del hijo en la vivienda familiar, porque el fundamento de la denegación del lanzamiento se basa, en todos los casos, en el mismo presupuesto jurídico: no puede lanzarse a uno de los titulares del derecho de uso del inmueble familiar sin que exista una resolución judicial previa que declare extinguido este derecho.

b) En el segundo caso, cuando se quiere expulsar de la vivienda familiar a un hijo mayor de edad que no tiene atribuido el derecho de uso del inmueble familiar, y la petición se formula por el cónyuge o progenitor a quien ha sido atribuido ese derecho de uso por razón distinta de la convivencia actual o futura con aquél, habrá de accederse a dicha pretensión de ejecución porque el lanzamiento del hijo no es sino la ejecución de la resolución que declara extinguido el derecho de uso de los hijos y del progenitor que con ellos convivía y lo atribuye al otro progenitor.

Si la privación del uso sobre la vivienda concedido por resolución judicial a un cónyuge o progenitor, para atribuírselo al otro, se fundara en la voluntad del hijo mayor de dejar de vivir con un progenitor para pasar a vivir con el otro, la atribución estaría basada en el mero deseo de convivir el hijo con el otro progenitor, y, por tanto, estaríamos en el caso a), ya analizado.

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

En el caso, inverso al del epígrafe anterior, en que uno de los hijos mayores comunes de los litigantes viva fuera de la vivienda familiar y quiera regresar a ella, se plantea si, en el supuesto de negarse a admitirlo el cónyuge o progenitor que habite en aquella, puede el otro cónyuge o progenitor imponerle la obligación de recibirlo formulando la oportuna petición en fase de ejecución de sentencia. La cuestión ha de resolverse partiendo del pronunciamiento sobre derecho de uso contenido en la sentencia o auto de cuya ejecución se trate. Si el derecho de uso se atribuyó exclusivamente al cónyuge o progenitor, y no a los hijos mayores, no cabrá tal ejecución forzosa, pero si es titular del mismo también el hijo, deberá despacharse ejecución para obligar a progenitor a admitir en la vivienda al hijo de que se trate.

En el caso resuelto por el Auto de la AP de Baleares, Sección 4.^a, de 1 de junio de 2007, resolución 86/2007, recurso 40/2007, ponente: Sr. Jaime Lluís MASSANET I MORAGUES (Id. Cendoj 07040370042007200006), la Audiencia deniega despachar la ejecución de sentencia instada por la madre solicitando se requiriera al padre para que permitiera que el hijo común pudiera volver a residir en la vivienda que fue familiar y no pusiera traba ni impedimento alguno para ello. La sentencia de separación hacía atribución del uso de la vivienda familiar a ambos cónyuges por períodos alternos de ocho meses, sin mención alguna al hijo mayor común; la madre alegaba en su demanda ejecutiva que el hijo común residía en la vivienda familiar y, por divergencias, su padre lo sacó de ésta, e, igualmente, que dicho hijo no tiene independencia económica, pues aunque presta servicios en una empresa de forma temporal y a tiempo parcial, no le alcanza para pagar el alquiler de una vivienda y debe vivir en casa de amigos. Dice así el Auto:

«Como acertadamente razona la sentencia a quo, la vivienda que fue domicilio familiar de los demandados, en la sentencia que se ejecuta, solamente se atribuyó a los cónyuges de forma alterna por períodos de 8 meses, pero no se atribuyó al hijo B en atención a ser mayor de edad e independiente económicamente. En consecuencia, en ejecución de la sentencia de separación conyugal, no se puede imponer al demandado-ejecutado, el padre de B, que lo admita a vivir en su domicilio, por cuanto el artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial impone que las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Es, por ello, un problema que, en su caso, tendrán que darle solución los dos interesados, padre e hijo, al margen de la ejecución instada.»

LAS UNIONES DE HECHO Y LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES EN EL DERECHO EUROPEO

SILVIA TAMAYO HAYA

Profesora de Derecho Civil. Universidad de Cantabria

RESUMEN

El hecho de que estadísticamente cada vez nazcan más niños fuera del vínculo matrimonial nos lleva a replantear si ello comporta algún tipo de incidencia sobre las reglas de atribución o ejercicio de la patria potestad. Dichos interrogantes se inscriben en el contexto general de la igualdad de todos los niños; no obstante, esta igualdad no se corresponde necesariamente con la realidad ya que existen, todavía hoy, en la mayoría de los países de Europa occidental, diferencias en detrimento del padre no casado. En estos casos, la responsabilidad conjunta requiere todavía en muchos países el acuerdo de la madre, mientras que muy pocos son los sistemas jurídicos en los que es reconocida de pleno derecho, derivada directa y exclusivamente de la relación paternal. Del mismo modo, el principio del mantenimiento del ejercicio en común ha adquirido amplitud tras una separación o divorcio en mayor medida que con ocasión de la ruptura de una pareja de hecho. Sin embargo, el principio de no discriminación de menores, así como el interés superior del niño, explica que parezca más lógico centrar la cuestión en torno a las relaciones paterno-filiales, en línea con una tendencial irrelevancia del matrimonio de quienes ejercen la responsabilidad parental respecto a la filiación.

ABSTRACT

The fact that statistically more and more children are born outside of the marital tie takes us to reconsider if that case involves some type of incidence on the attribution rules or exercise of the patria potestas. These queries are registered in the general context of the equality of all the children; nevertheless, this equality doesn't necessarily belong with the reality because, still today, in most of the countries of western Europe, there are differences in detriment of the non married father. In these cases, the joint responsibility still requires in many countries the mother's agreement, while are very few the juridical systems where it is recognized pleno jure, derived direct and exclusively of the paternal relationship. In the same way, the principle of the maintenance of the exercise in common has acquired width

after a separation or divorce in more measure that with occasion of the rupture of a couple in fact. However, the principle of non discrimination of minors, as well as the boy's superior interest, explains that it seems more logical to center the question on the paternal-filial relationships, on-line with an irrelevant trend of the marriage of those who exercise the parental responsibility regarding the filiation.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN

II. COPARENTALIDAD DE PLENO DERECHO CON INDEPENDENCIA DE QUE LOS PADRES ESTÉN O NO CASADOS

II.1. España

II.2. Italia

II.3. Bélgica

II.4. Francia

II.5. Países Bajos

III. COPARENTALIDAD POR ACUERDO DE VOLUNTADES

III.1. Las legislaciones escandinavas

III.2. Países Bajos

III.3. Grecia

III.4. Austria

III.5. Alemania

III.6. Luxemburgo

III.7. Portugal

III.8. Suiza

III.9. Inglaterra

IV. REFLEXIONES FINALES

I. INTRODUCCIÓN

La estructura familiar se somete en la actualidad a un importante proceso de cambio. Por lo que a nuestro objeto de estudio se refiere, es destacable el hecho de que, como regla general, los matrimonios son siempre menos numerosos y más tardíos, aumentan las separaciones y los divorcios, y, en consecuencia, crece el número de parejas que eligen formar una familia fuera del vínculo matrimonial.

La convivencia fuera del matrimonio ha dejado de ser marginal para ser plenamente aceptada por gran parte de la población. Mientras que hace tan sólo dos décadas, la gran mayoría de los hijos nacían con posterioridad al matrimonio de sus padres, hoy en día aproximadamente uno de cada cuatro nacimientos se produce en un contexto no matrimonial. Aunque esta cifra está todavía por debajo de los niveles que predominan en la mayoría de los países europeos, si bien caracterizados por un alto nivel de heterogeneidad¹, la maternidad al margen del matrimonio ya no es una vía excepcional de formación de familia.

Estas transformaciones determinan el nacimiento de nuevos modelos de relaciones familiares, seguramente menos jerárquicas respecto al pasado, respecto a las cuales el legislador no puede quedar indiferente; se hace ineludible una concreta intervención legislativa con el fin de proceder a su disciplina y tutela de los hijos naturales nacidos de la convivencia *more uxorio*.

Es precisamente bajo el signo del pluralismo que se colocan aquí las consecuencias parentales de una filiación fuera del matrimonio.

En este sentido, atisbamos en Europa una evolución pareja en un doble sentido: por una parte, referida al reconocimiento del principio de igualdad entre padre y madre y el reparto de sus derechos y deberes; por otra, al reconocimiento de este mismo principio en el ámbito de la filiación.

Pero igualmente se suscita una preocupación común: El hecho de que estadísticamente cada vez nazcan más niños fuera del matrimonio nos lleva a replantear la cuestión de la patria potestad en el contexto frecuente de una comunidad de vida entre el padre y la madre que crían juntos a sus hijos como lo harían los esposos: ¿quién tiene la patria potestad –responsabilidad parental²– cuando los padres no están casados?, ¿permanecen idénticas en estos casos las modalidades de su ejercicio?, ¿el hecho de reconocer un estatuto particular a la pareja no casada modifica el estatuto de los niños resultantes de estas uniones?

Dichos interrogantes se inscriben en el contexto general de la igualdad de todos los niños. En la mayoría de los países europeos, se proclama que todos los niños tienen los mismos derechos y se han suprimido las diferencias de trato e incluso la terminología «hijos legítimos, hijos naturales». Pero, ¿se trata realmente de una verdadera igualdad?

En esta línea, la primera pregunta que podríamos hacernos es si respecto a las reglas del establecimiento de la filiación *materna* se establecen aún diferencias dependiendo de si el niño es fruto de una madre casada o no.

1. Sobre esta heterogeneidad, entre otros, *vid.* GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Marcial Pons, 2004, p. 17; ESPADA MALLORQUÍN, *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho*, Thomson-Civitas; LÓPEZ AZCONA, *La ruptura de las parejas de hecho. Análisis comparado, legislativo y jurisprudencial*, Pamplona, 2002; RAMS ALBESA, «Perspectivas legislativas sobre las uniones estables de pareja», pp. 108 y ss., en *Las uniones estables de pareja*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2003.

2. Utilizaremos a lo largo del texto indistintamente el término «responsabilidad parental», más neutral desde una perspectiva de género y al modo en que se ha hecho recientemente en el Derecho comunitario (Reglamento núm. 2201/2003 del Consejo de la Unión Europea, de 27 de noviembre de 2003) y en otros países de nuestro entorno, como equivalente a la «patria potestad» en nuestro ordenamiento jurídico, o a la *autorité parentale* en Francia, o a la *potestà genitoriale* en Italia..., aunque no resulten términos totalmente idénticos.

En cualquier caso, llama la atención que nuestro legislador siga empleando el término «patria potestad», si bien, por ejemplo, en el Código de Familia de Cataluña se ha suprimido el término «patria» para denominar a la institución «la potestad del padre y de la madre», que según la Exposición de Motivos es «una terminología más adecuada a los tiempos y a la realidad actual, en que la titularidad y el ejercicio de esta potestad son normalmente compartidos por el padre y la madre».

En la práctica totalidad de las jurisdicciones la madre tiene la patria potestad sobre su niño por ley a menos que carezca de capacidad para ejercerla en el momento del parto. Salvo la ley italiana³ y hasta épocas recientes la francesa⁴, en que la madre soltera tiene que reconocer a su niño o los tribunales han de determinar su maternidad, la mayoría de los otros Estados europeos (Inglaterra, Alemania, Holanda, Bélgica, etc.) aplican el principio *mater semper certa est*. Se trata de una concepción de la filiación más centrada en la verdad biológica: la madre es la mujer que da a luz y su vínculo con el hijo se establece automáticamente por la mención necesaria de su nombre en el acto de nacimiento. No obstante, esta diferencia de concepción no es el producto de una voluntad de igualar el estatuto de pareja casada o no casada. Se trata más bien de una distinta concepción de la filiación materna y del papel de la voluntad en el establecimiento de aquella.

Por su parte, la filiación *paterna* se ha estructurado siempre alrededor del matrimonio, y así, el matrimonio designa al padre. No se ha extendido hasta el momento la presunción de paternidad al padre no casado⁵. La necesidad de una manifestación de la voluntad del padre, por la vía de un reconocimiento o, en su defecto, de un juicio de determinación de la paternidad, es un paso necesario en el establecimiento de la paternidad fuera del matrimonio en algunas jurisdicciones (Bélgica, Bulgaria, República Checa, Francia, Grecia, Hungría,

3. En Italia la fijación de la filiación natural se produce o con el reconocimiento (artículo 250 del CC) o con la declaración judicial de maternidad o paternidad (artículo 269 del CC).

4. Francia fue uno de los últimos países en conservar diferencias entre los niños legítimos y naturales por lo que se refiere al establecimiento del vínculo de filiación materna. Con anterioridad, la filiación materna de los hijos legítimos se probaba por el acto de nacimiento, pero la indicación del nombre de la mujer que daba a luz en dicho acto no era suficiente para establecer la maternidad natural, siendo necesario un reconocimiento o una acción de investigación a tal efecto (artículos 334.8 y 341 del CC francés). El derecho francés dejaba, así pues, un lugar a la voluntad de ser madre jurídicamente, en contra de lo que ocurría en la mayoría de los otros Estados de Europa occidental.

No obstante, pese a las críticas, el derecho francés continúa otorgando a la madre la posibilidad de dar a luz bajo anonimato (artículo 326) con base en el respeto a su vida privada, de tal modo que sólo podrá saberse con su acuerdo expreso. Así lo confirmó la Ley de 22 de enero de 2002 sobre el acceso a los orígenes de las personas adoptadas (J. ROCHFELD, *RTDCiv.* 2002, 368, spéc. 374-375; B. MALLET-BRICOUT, «Réforme de l'accouchement sous X. Quel équilibre entre les droits de l'enfant et les droits de la mère biologique?», *JCP* 2002, I, 119). Ley que, pese a todo, ha sido considerada conforme a la Convención europea de los derechos del hombre: CEDH, 13 febrero 2003, D. 2003, 1240, B. MALLET-BRICOUT. Sin embargo, la Corte de casación recientemente ha hecho evolucionar al derecho francés en el sentido de reconocer al niño un derecho a conocer a sus padres. Sin poner en tela de juicio el derecho de la madre al secreto, una sentencia de la *Première Chambre civile* de 7 de abril de 2006 (D. 2006, IR, 1065, I. Gallmeister; ibis, 1177, B. MALLET-BRICOUT) ha decidido que el anonimato de la madre ya no obstaculiza la eficacia del reconocimiento anterior de paternidad natural, motivo tomado del artículo 7.1 de la Convención de Nueva York de 26 de enero de 1990, relativa a los derechos del niño, aplicable directamente ante los tribunales franceses, según el cual el niño tiene, desde su nacimiento y en la medida de lo posible, derecho a conocer a sus padres.

Posteriormente, la reforma de la filiación por la Ordenanza núm. 2005-759 de 4 de julio de 2005 (D. 2005, Lég., 1925. *RTDCiv.* 2005, p. 836, A.M. LEROYER. D. 2006, Chron., 17, F. GRANET-LAMBRECHTS et J. HAUSER), que entró en vigor el 1 de julio de 2006, no modificó este punto. A partir de entonces, la filiación se establece, respecto a la madre, por designación de aquella en el acto de nacimiento (nuevo artículo 311.25), lo que no ocurría, como hemos visto, hasta ese momento para la madre natural que debía reconocer al niño para establecer su filiación (antiguo artículo 334.8, párr. 1); pero este modo simplificado de establecimiento de la filiación materna no ha hecho desaparecer el parto anónimo. Véase el nuevo artículo 325, párr. 1: «A falta de título y de posesión de estado, la investigación de maternidad se admite bajo reserva de la aplicación del artículo 326»: LARDEUX, «Droits civils français et allemand: entre convergente matérielle et opposition intellectuelle», *Revue de la recherche juridique*, 2006-2 (núm. 113): <http://www.rvj.u-3mrs.fr>.

En suma, nos interesa poner de relieve que, con anterioridad a la ordenanza de 2005, la indicación del nombre de la mujer que daba a luz en el acto de nacimiento no llevaba las mismas consecuencias si se trataba de una filiación legítima o natural. Así, en caso de filiación legítima, esta indicación era suficiente para establecer la filiación materna (*mater semper certa est*), pero no lo era para la filiación natural: la mujer que había indicado su nombre en el acto de nacimiento del niño debía, además, reconocerlo; algunas mujeres no lo hacían y ello se traducía en conflictos y procedimientos ligados al establecimiento de la maternidad. Pues bien, la Ordenanza de 4 de julio de 2005 ha extendido a los otros modos de filiación la solución anteriormente admitida en materia de filiación legítima. Recordemos sin embargo que la indicación del nombre de la madre en el acto de nacimiento deviene facultativo, preservando así la libertad de la madre de establecer un vínculo de filiación.

5. Incluso el derecho holandés, que ha abierto el matrimonio a los homosexuales, claramente ha optado por no extender la presunción de maternidad a favor de la pareja lesbiana de una mujer casada. Este rechazo de extensión de la presunción a las parejas homosexuales femeninas resulta significativo.

Italia, Lituania, Polonia, Rusia, España)⁶. Pero además, ese reconocimiento, cada vez en más sistemas jurídicos, se somete a la exigencia del consentimiento de la madre o del niño (Bélgica, Países Bajos, Alemania, Grecia, Luxemburgo)⁷. La madre no casada se ve así investida de más poder que la madre casada en el establecimiento de la filiación paterna. Otorgándola el poder de consentir un reconocimiento, incluso un reconocimiento eventualmente no conforme a la realidad biológica, se la confiere el poder de elegir al padre de su niño dentro de unos límites más o menos amplios. Se descarta, por tanto, la «automaticidad» en el establecimiento de la filiación paterna en las parejas de hecho⁸.

En segundo lugar, por lo que más interesa a nuestro objeto de estudio, en materia de efectos de la filiación, ¿puede hablarse de igualdad de los niños dentro y fuera del matrimonio?

Antes, una apreciación resulta importante. Ningún país que haya instaurado estatutos jurídicos particulares para las parejas no casadas ha previsto una incidencia de esta «oficialización» sobre las reglas de atribución y/o de ejercicio de la autoridad parental. Estas reglas se determinan en función de las concepciones que cada país tiene de los derechos y deberes de los padres en el marco de los efectos de la filiación y no en el marco de las relaciones de pareja⁹.

Dicho esto, lo cierto es que el principio de igualdad entre todos los niños en lo que concierne a los efectos de la filiación y fundamentalmente en materia de patria potestad, no se corresponde necesariamente con la realidad. Sobre la materia existen todavía hoy, en la mayoría de los países de Europa occidental, diferencias en detrimento del padre no casado¹⁰. Existen diferencias según que el menor haya nacido antes o después del matrimonio de sus padres, ya que en algunos casos la patria potestad del niño sólo se atribuye conjuntamente a ambos si estaban casados al tiempo del matrimonio o si se casan después de que éste haya nacido (con anterioridad la responsabilidad se atribuye sólo a la madre no casada). Mientras que en otros ordenamientos es indiferente el estatus de los padres (casados o no), existente antes o después del nacimiento del niño, para atribuirles a ambos una responsabilidad conjunta desde el momento en que éste nace (salvo que se trate de una madre sin pareja)¹¹.

Si bien es cierta la tendencia a favor de la supresión de las reglas que no otorgaban al padre no casado ningún derecho, también lo es que éste solo tiene los mismos derechos que el padre casado, o más concretamente que la madre, bajo ciertas condiciones. En este

6. BOELE-WOELKI, «Parental responsibilities, Cefl's initial results», p. 152 en Boele-Woelki (ed.) *Common Core and Better Law in European Family Law*. Antwerp-Oxford, Intersentia, 2005.

7. Vid. MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille et le droit. 1968-1998. Trois décennies de mutations en Occident*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 1999, Chapitre IV, La place du père dans les législations européennes, pp. 239 y ss.

8. SOSSON entiende que el rechazo a tal extensión no se justifica tanto en una preocupación de protección del matrimonio (como lo hacía en Francia el informe Dekeuwer-Défossez «Renover le droit de la famille», Rapport du groupe de travail présidé par Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ au garde des Sceaux, sept. 1999, p. 12) como en un intento de fundar cada vez más la filiación sobre la realidad biológica y no ya simplemente sobre presunciones: SOSSON, «Les enfants de concubins. Aspects de droit comparé», pp. 393 y ss., en *Des concubinages, droit interne, droit international, droit comparé*, Litec, 2002.

9. SOSSON, «Les enfants de concubins», ob. cit., pp. 393 y ss.

10. Para un análisis más profundo, MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille et le droit*, ob. cit., pp. 265-277. MEULDERS-KLEIN, «La place du père dans l'ordre symbolique des lois. L'un et l'autre? Ou l'un est l'autre?»: *La Pensée*, juill.-août-sept. 2001, núm. 327, pp. 31 y ss.

11. ESPINOSA CALABUIG, *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Marcial Pons, 2007, p. 112.

sentido, es sintomático constatar la evolución de los diferentes sistemas jurídicos hacia el reconocimiento de una preponderancia de la madre fuera del matrimonio.

En la mayoría de sistemas europeos, el padre no casado no ejerce de pleno derecho la autoridad parental, sino que requiere el acuerdo de la madre ya que se hace necesaria una declaración común en las formas oficialmente previstas para un ejercicio compartido de las responsabilidades parentales (declaración ante el juez de familia en Francia, ante la *Family Division* de la *High Court* en Inglaterra, ante un notario o ante el *Office de la jeunesse* en Alemania desde 1998, o incluso ante autoridades administrativas en ciertos países escandinavos). La existencia de un vínculo jurídico de filiación parental fuera del matrimonio debidamente establecido y la vida común con la madre no es suficiente. Concretamente, la patria potestad conjunta sólo se puede adquirir sobre la base del registro de este tipo de acuerdos, en países como Austria, Dinamarca, Alemania, Países Bajos, Portugal, Suecia o Suiza¹², considerando a la madre más apta para que se le atribuyan responsabilidades parentales.

Aunque se adhieren al principio moderno de la igualdad de las filiaciones, son diversas las consideraciones que arguyen a favor de la preferencia materna en la atribución de la patria potestad: la desigualdad de partida en el establecimiento de la filiación, la mejor situación de la madre para dar cuidados a los niños más pequeños, así como el hecho de que tal investidura al padre sería contraria al interés del menor¹³. No estiman adecuada la imposición automática a aquellos padres que no se casan y que no tienen ningún deseo de adquirir la responsabilidad parental; incluso es posible que concurren categorías de padres que en virtud de su conducta (por ejemplo, violación o violencia seria) no demuestren ningún compromiso con la paternidad, lo cual haría inapropiada su configuración como destinatarios de ésta. Surge entonces la cuestión de si ello no supondría otorgar un papel desmesurado a la filiación biológica, sin dar cabida a la voluntad del hijo, ni a la de sus padres quienes quizás únicamente deseen vivir juntos.

En cualquier caso, este papel exclusivo de la madre supone una clara discriminación por razón de sexo y fuente de desigualdades entre los padres. Así se pone en cuestión a la luz de las normas de igualdad internacionales y constitucionales que tienden a alejar a un cierto número de derechos contemporáneos del principio hasta ahora indicado. En

12. BOELE-WOELKI, «Parental responsibilities, Cefl's initial results», p. 152, en BOELE-WOELKI (ed.). *Common Core and Better Law in European Family Law*, ob. cit.

13. BOULANGER, *Les rapports juridiques entre parents et enfants, Perspectives comparatistes et internationales*, Paris, Economica, 1998, p. 57: En primer lugar, el principio general de atribución de la autoridad parental a la madre natural viene en parte ligado al hecho de que la filiación materna se establece inmediatamente desde el parto por la indicación del nombre de la madre en el acto del nacimiento en casi todos los derechos europeos y que el niño es cuidado por ésta. Mientras que el establecimiento de la paternidad ha de resultar de un reconocimiento o de una acción judicial, puede ser tardío y el padre no interesarse necesariamente por la educación del menor. Hay, por tanto, una desigualdad de partida en el establecimiento de la filiación.

En segundo lugar, se puede hacer valer un razonamiento ya utilizado por los sistemas islámicos para la filiación legítima, y que se ha encontrado en los Estados Unidos, de que es la madre la mejor situada para dar sus cuidados a los niños de corta edad (*tender years*). Esta fórmula, juzgada por muchos contraria a la igualdad, ha cedido el terreno en favor de la doctrina de la «primacía de los cuidados» (*primary Caretaker Doctrine*).

En fin, subsiste la idea que había sido emitida por la «Law Comision» inglesa de 1979, de que la actitud del padre natural si el vínculo de filiación ha sido establecido por los tribunales, e incluso si ha habido reconocimiento del niño, no justifica necesariamente la atribución de los derechos parentales; habría *unmeritorius fathers* cuya investidura sería contraria al interés del niño.

Esta atribución de autoridad a la madre es además un fenómeno reciente, ya que durante siglos, la debilidad de la situación de niño natural había entrañado una vigilancia judicial y administrativa, con la instauración, en los países germánicos, de una tutela pública para representar al niño (en Alemania hasta 1969, en Suiza hasta 1971 e incluso en Austria hasta 1989).

esta línea, el principio de autoridad a la madre aparece atemperado por excepciones más o menos importantes en derecho austríaco, alemán, holandés o en el derecho inglés. Con la práctica seguida en los Estados escandinavos y sobre todo en los Estados Unidos¹⁴, el lugar más amplio se reserva a los acuerdos de los padres para el ejercicio de una autoridad conjunta. Sin embargo, es la atribución individual de las responsabilidades parentales la que tiende a convertirse en el régimen general. Por tanto, en estos sistemas muy pragmáticos, aún no llega a atribuirse de pleno derecho responsabilidad a los dos padres que traduciría una equiparación total con el régimen del matrimonio¹⁵.

Muy pocos son en realidad los sistemas jurídicos que otorgan de pleno derecho la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental al padre no casado, derivado directa y exclusivamente del vínculo jurídico de filiación paternal, sin imponer condiciones complementarias¹⁶. Este último paso ha sido dado (al menos si ha habido reconocimiento por los dos padres), en primer lugar, por las codificaciones de los Estados del Este europeo influenciados por los principios igualitarios del derecho soviético, como es el caso del derecho checo y polaco. Posteriormente, ha sido adoptado por los derechos mediterráneos que querían romper con una tradición de desigualdad como en Italia o España; y más recientemente en Bélgica y Francia¹⁷. Todas estas legislaciones confieren a los padres naturales los mismos derechos que a los cónyuges, sin hacerlo depender de su petición o incluso de los deseos previos de los niños.

En suma, pese a que los derechos de los padres son casi universalmente reconocidos, en determinadas legislaciones europeas se continúa haciendo una distinción entre padres casados o no. Ello puede ser porque la responsabilidad conjunta exige que la paternidad haya sido ya establecida. En la mayoría de las jurisdicciones hay una presunción legal de que el marido es el padre de cualquier niño nacido de su esposa durante su matrimonio. Teóricamente la ley podría conferir los mismos derechos a los padres y madres independientemente de su estado matrimonial o si no viven juntos. Se aseguraría así un igual tratamiento de todos los niños y se evitaría toda discriminación entre el padre y la madre. En el pasado se podía asumir que las madres y padres que no estaban casados no querían la responsabilidad conjunta pero está claro que ello no puede reflejar las necesidades de la vida real.

Sin embargo, ello no ha sucedido así y, aunque resulte sorprendente, en muchos países europeos los padres solteros no disfrutan de un ejercicio compartido de forma automática como cualquier otro padre casado. Tan sólo pueden acordarlo o se le otorga al padre la posibilidad de solicitarlo, variando considerablemente los requisitos de los distintos países a tal efecto,

14. El principio inglés no era ya seguido en EEUU donde se someten ampliamente a los acuerdos parentales de co-responsabilidad. Los estatutos de los diferentes Estados americanos exigen frecuentemente una aptitud parental a cooperar o proporcionar un plan sobre la orientación futura del niño.

15. REBOURG, ob. cit., pp. 64 y ss.

16. SOSSON, «Les enfants concubins», ob. cit., pp. 393 y ss.

17. El Código de familia checo (artículo 34, párr. 1) y el húngaro (artículo 72, párr. 1) son los más liberales manteniendo el ejercicio conjunto para todos los niños independientemente del estatus matrimonial de sus padres. El CC polaco (artículo 93.2) permite el ejercicio automático si el hombre reconoce voluntariamente la paternidad (pero no si la paternidad se establece en un procedimiento judicial ya que se presume una falta de interés para cuidar al niño); y de igual forma en el CC español (artículos 154 y III del CC: «Quedará excluido de la patria potestad cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación o cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición»). La misma atribución conjunta automática se concede en el CC francés (artículo 372, párr. 2) y en el CC italiano (artículo 317), que se mantiene incluso tras la separación.

como veremos a continuación. Con todo, es cierto que las diferencias van disminuyendo y que la evolución en curso en Europa continental se dirige a mejorar la situación jurídica del padre (como ocurre en la ley holandesa o francesa de 2002). Progresos que se han tornado indispensables tanto para satisfacer objetivamente a los principios que derivan de las obligaciones internacionales comprometidas por los Estados como por el interés del padre y del hijo.

En efecto, ésta es la concepción internacional de la autoridad parental en materia de filiación natural¹⁸. El aumento de nacimientos fuera del matrimonio no permitía a los redactores de las Convenciones internacionales admitir la existencia de dos categorías de menores, ni desconocer el interés superior del niño a mantener relaciones estrechas con sus dos padres.

El primer texto en ir más allá de la mera formulación de declaraciones de principio es la Convención europea de derechos del hombre de junio de 1950 que, si bien no contempla expresamente esta cuestión, en el artículo 8 insiste sobre el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar y la necesidad de limitar las injerencias de las autoridades en este ámbito. Por su parte, el artículo 14 asegura sin distinción el disfrute de los derechos y libertades reconocidos por la Convención y condena las diferencias fundadas en el nacimiento o cualquier otra situación¹⁹. Por consiguiente, el espíritu, si no la letra, de la Convención requiere que los Estados tomen medidas positivas para proporcionar los medios legales con que la relación inicial entre los niños nacidos fuera del matrimonio y sus padres pueda establecerse y desarrollarse posteriormente.

Con el paso del tiempo los textos internacionales se muestran más explícitos. La Convención del Consejo de Europa de 1975 sobre el estatuto jurídico de los niños nacidos fuera del matrimonio condena las fórmulas de exclusivismo de atribución de la autoridad parental, cuando se establece la filiación respecto a los dos padres (artículo 7). A falta de ejercicio de autoridad común, al no-titular de la guarda material se le ha de reconocer un derecho de visita en los casos apropiados (artículo 8).

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989 amplía el texto europeo al plano mundial. El artículo 18 obliga a los Estados a reconocer el principio de que los dos padres, que deben guiarse por el interés superior del niño, tienen una responsabilidad común para criar al niño. No hay ninguna referencia a los orígenes del niño. Y el artículo 9 enuncia ya que si los padres viven separadamente los Estados deben respetar el derecho del niño a mantener regularmente relaciones personales y contactos directos con los dos padres.

18. Sobre el tema, *vid.* BOULANGER, *Les rapports juridiques entre parents et enfants*, ob. cit., p. 54. Tildaba el autor la visión de los textos de las Convenciones Internacionales de abstraída e igualitaria. En su opinión, sin embargo, sería concebible, sin que pueda invocarse discriminación respecto al hijo legítimo, que a una diversidad de situaciones le correspondiera una pluralidad de aptitudes y de reglas en cuanto a la atribución de la autoridad.

19. En este sentido se había pronunciado la Corte europea en distintas sentencias: Ya la sentencia «Marekx» (13 de junio de 1979) no había encontrado ninguna justificación objetiva y razonable a una diferencia de tratamiento entre la familia del niño natural y la del hijo legítimo. También en el caso Johnston (18 de diciembre de 1986) condenó implícitamente una autoridad puramente unilateral. Y de igual modo, la sentencia Keegan (26 de mayo de 1994) reafirmó los derechos del padre natural, aportando la interesante precisión de que por el solo hecho de su nacimiento el niño se inserta en la célula familiar, incluso si en ese momento los padres ya no viven juntos.

Todo ello es lo que hizo que la fuerte tradición histórica a favor de la madre se pusiera en cuestión con la aparición de los derechos del padre natural, concretado en la idea de que a la vida común de los padres debía corresponder una autoridad conjunta. Incluso yendo más lejos, si la propia separación de la pareja dejaría intactos los derechos del padre, que no tendría ya que sufrir frente al niño los riesgos de una ruptura. La pregunta que surge entonces es si ha de imponerse la autoridad conjunta como en el matrimonio, más allá de donde no hay más que voluntad de vivir juntos, sin obligación legal. ¿Supondría ello otorgar un papel exagerado a la filiación biológica sin tener en cuenta la opinión del niño, cuando lo que se ha de primar es precisamente su interés?²⁰.

Con todo, como decíamos, respecto a los titulares de la responsabilidad parental se observa una tendencia generalizada en Europa hacia una atribución equitativa de la responsabilidad parental a ambos padres, tanto si están casados como si no. El aspecto crucial es determinar si el ejercicio de la responsabilidad se lleva a cabo individualmente por uno solo de ellos o de forma compartida. Sin embargo, todavía hay diferencias importantes en este punto²¹. No todas las legislaciones han evolucionado al mismo ritmo.

Con el fin de realizar un repaso de la situación por los principales países europeos, diferenciaremos entre ejercicio en común de la autoridad parental con independencia de que los padres estén o no casados y ejercicio en común por acuerdo de voluntades²².

II. COPARENTALIDAD DE PLENO DERECHO CON INDEPENDENCIA DE QUE LOS PADRES ESTÉN O NO CASADOS

Ya adelantábamos la existencia de un grupo de Estados en los que el ejercicio en común está previsto «de pleno derecho» en ciertos casos. Se erige como principio general el ejercicio conjunto de la autoridad parental y, en consecuencia, no distinguen entre padres casados o no.

Es el caso de Italia, España, Bélgica y Francia desde la Ley de 4 de marzo de 2002. Asimismo es el caso de los Países Bajos, pero sólo en el ámbito de ciertas parejas registradas.

II.1. España

En España los padres, estén o no casados, si cohabitan comparten la patria potestad. A la cohabitación entre esposos o entre concubinos la ley apareja de pleno derecho un ejercicio conjunto.

Es desde las modificaciones de 1981, que rompen con la tradición proveniente del Derecho romano de otorgar al varón todo lo referente a la autoridad de los hijos, cuando se determina que la patria potestad la ejercen conjuntamente el padre y la madre en base al

20. BOULANGER, *Les rapports juridiques entre parents et enfants*, ob. cit., p. 56.

21. ESPINOSA CALABUIG, *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, cit., p. III.

22. GRANET, *L'exercice de l'autorité parentale dans les législations européennes*, Rapport pour le Haut Conseil de la Population et de la Famille, pp. 69 y ss., Bibliothèque des rapports publics, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/lrapports-publics/034000551/index.shtml>.

principio de igualdad, poniéndose así fin a una situación claramente discriminatoria para la mujer y por ende inconstitucional. Dispone al efecto el artículo 154 del CC que los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre.

El hecho de que el hijo sea no matrimonial es irrelevante a estos efectos, puesto que en las normas que configuran las relaciones paterno-filiales se prescinde de que exista o no matrimonio²³: el ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos padres, conforme al artículo 156, salvo que, como dispone el segundo inciso del primer párrafo de dicho artículo, se ejerza por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro; en caso de discrepancia, cualquiera de los padres podrá acudir al Juzgado solicitando lo que proceda, conforme se establece en los apartados segundo y siguientes del mencionado artículo 156²⁴. Pues bien, en todo caso se habla de progenitores sin especificar que éstos estén o no casados entre sí. Esta igualdad de los padres en la dirección de la familia traducida en el ejercicio conjunto de la patria potestad va a permitirles ejercer un papel moderador que consienta discernir con mejor criterio dónde reside el interés del niño y, por tanto, limitar el abuso.

Por consiguiente, cuando ambos padres ostenten la titularidad de la patria potestad sobre su hijo, la regla es el ejercicio conjunto en caso de que convivan entre sí. La atribución de titularidad compartida conlleva similar ejercicio con participación igualitaria; es la vida familiar concreta la que se toma en consideración de forma objetiva porque el padre y la madre reparten el ejercicio de la patria potestad por el solo hecho de la cohabitación, estén o no casados, y siempre que la filiación del niño esté legalmente establecida respecto de cada uno de ellos.

Dicha consideración no tiende sino a plasmar en este ámbito el principio de igualdad de trato entre hijos nacidos en el matrimonio e hijos nacidos fuera del matrimonio, tal como es proclamado por el artículo 14 de la CE que impide toda discriminación por razón de nacimiento y por el artículo 39.2 de la CE que indica como prioridad absoluta la tutela de los hijos. Con lo cual, si bien en las relaciones entre los convivientes (las denominadas «relaciones horizontales»), es doctrina reiterada en la jurisprudencia la imposibilidad de equiparación con el matrimonio habida cuenta de que constituyen dos realidades absolutamente diferentes, el criterio difiere en lo que atañe a las relaciones paterno-filiales derivadas de la unión

23. Cuando se llevaron a cabo las reformas de 1981 (Leyes de 13 de mayo y de 7 de julio) se excluyeron a las parejas de hecho. Más adelante los tribunales aplicarán análogicamente las disposiciones del Código Civil a la hora de resolver sobre la situación de los hijos nacidos fuera de un matrimonio ante las crisis de pareja de sus padres, en virtud del principio de no discriminación de los hijos con independencia de su filiación. STS 701/2004, de 7 de julio (RJ 2004/5108).

24. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de 12 años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueren reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpeciera gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle, total o parcialmente, a uno de los padres o distribuir entre ellos las funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años (artículo 156.2 del CC). En los supuestos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro (artículo 156.3 del CC). Del mismo modo en el párrafo siguiente se regulan los casos de ausencia o defecto, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, en cuyo caso la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro (artículo 156.4 del CC).

Con todo, la patria potestad se ejercerá por uno solo de los progenitores en varios casos: a) con el consentimiento expreso o tácito del otro, es decir, por acuerdo de los progenitores; b) separación de los padres cuando el juez atribuya la patria potestad a uno; c) cuando los desacuerdos sean reiterados o concurra causa que entorpezca gravemente el ejercicio conjunto el juez puede atribuir la patria potestad a uno de los progenitores; d) en los casos de ausencia, incapacidad o imposibilidad de ejercicio por uno de los padres; e) cuando sólo esté determinada la filiación respecto a uno de los progenitores o se determine por condena en causa penal o en proceso civil con oposición de un progenitor, y f) cuando un progenitor es privado de ella por incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad (artículos 90, 92, 111, 156 y 170 del CC).

de hecho (o «relaciones verticales»). Los Tribunales dispensan un tratamiento jurídico unitario a los hijos, prescindiendo del origen matrimonial o extramatrimonial de su filiación, en cumplimiento del mandato constitucional contenido en el artículo 39.2 de la CE, según el cual los poderes públicos han de asegurar «la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley». Por lo tanto, se configura como prioridad absoluta la tutela de los hijos independientemente del carácter de la filiación, corroborando el principio de igualdad.

En este sentido, las reformas del Derecho de Familia de 1981 separaron con nitidez las relaciones matrimoniales de las paterno-filiales²⁵. De ahí las críticas a la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio: si de verdad ahora se trataba de alterar las reglas de ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven entre sí —estén o hayan estado o no casados, lo que desde la lógica de la igualdad de los hijos debe resultar indiferente— los preceptos que se hubieran debido modificar eran los relativos al ejercicio de la patria potestad y, muy especialmente, los artículos 156 y 159 del CC, los cuales, sin embargo, no han sido tocados. Ello trae como consecuencia la pregunta de si han de ser aplicadas o no las disposiciones contenidas en el artículo 92 del CC cuando la controversia sobre el ejercicio de la patria potestad no se produzca en el seno de un procedimiento de separación o divorcio, sino entre los padres de un hijo no casados entre sí. En este punto no podemos sino volver a reafirmar la necesidad de que el aplicador del Derecho resuelva el desacuerdo técnico del legislador utilizando idénticos criterios, sean cuales sean o hayan sido las relaciones existentes entre ambos titulares de la patria potestad. La nueva situación legal parte pues de unas normas generales sobre ejercicio de la patria potestad que sigue siendo idéntica a la introducida por la Ley 13/1981 (artículos 156 y 159 del CC)²⁶.

Consecuentemente, las controversias de patria potestad que puedan generarse constante una unión estable de pareja, tienen el mismo tratamiento legal que las que se dan en una pareja matrimonial. Y así lo ha reconocido ampliamente tanto la doctrina²⁷ como

25. De diferente forma ocurre en derecho francés donde se crea un derecho común de la separación reagrupando las disposiciones aplicables al ejercicio de la autoridad parental en el Título IX del Libro I; aquéllas no están así pues desperdigadas entre el Título VI consagrado al divorcio y el Título IX consagrado a la autoridad parental. Las soluciones ganan en claridad, legibilidad, en igualdad.

26. GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO, «Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 8, febrero 2006, p. 72: Nada ha cambiado en las normas sobre relaciones paterno-filiales con la nueva ley... Muestra de ello es que los preceptos modificados no son los de la patria potestad (especialmente artículos 156 y 159), y sin embargo, no han sido afectados por la reforma. Pensemos que en España las leyes de reforma de 1981 incidieron en la situación de los hijos cuyos padres no convivían, pero no la abordaban desde una perspectiva coherente y única. Pese a que siguieron una tramitación prácticamente paralela en el Congreso, el resultado arrojado es una doble regulación, una, general en sede de patria potestad (artículos 156.5, 159 y 160 del CC) y, otra, especial ubicada en sede de las relaciones paterno-filiales, reglamentando las consecuencias que para los hijos tienen la separación, la nulidad o el divorcio.

En cualquier caso, como decimos, resulta paradójico en nuestro país que la regulación de una institución que afecta al ejercicio de la patria potestad y por tanto a las relaciones entre padres e hijos, se aborde en una Ley destinada a modificar la regulación de la separación y el divorcio, esto es, una ley cuyos destinatarios son los cónyuges que pretenden poner fin a su crisis matrimonial (artículos 90 y, fundamentalmente, 92), apartándose de la lógica que había seguido en las reformas de familia de 1981 en las que claramente se separaron las relaciones matrimoniales de las paterno-filiales con absoluta independencia entre ellas: las matrimoniales en el Título IV, las paterno-filiales en el Título V, ambos del Libro I del Código.

27. LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI, «Las uniones de hecho y las relaciones paterno-filiales», p. 584, en *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1997: Todos los derechos y obligaciones que el Código Civil establece en relación con los hijos matrimoniales son extensivos a los hijos no matrimoniales, en virtud del principio constitucional de igualdad afirmado en los artículos 14 y 39 de la CE. Nos permitimos recordar que el artículo 108.2 del CC establece que la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este

la jurisprudencia²⁸. Poco importa que estemos hablando de hijos en sede matrimonial o en sede de pareja no matrimonial, el interés a proteger ha de ser siempre el de los hijos menores²⁹. Y del mismo modo ocurre con las normas sustantivas reguladoras de las crisis matrimoniales (artículos 92 a 96 del CC) que también serán de aplicación a las relaciones paterno-filiales que se crean en las parejas de hecho cuando se produce la ruptura de la convivencia *more uxorio*³⁰.

En aplicación de éstas destaquemos que el ejercicio conjunto de la patria potestad está ligado a una vida en común, de tal modo que la ruptura de la pareja (si los padres se separan de hecho o no han vivido nunca juntos) conlleva su cese. En estos casos, sólo el padre guardián ejerce la autoridad parental salvo si el juez, instado por el otro padre, decide un ejercicio en común o un reparto entre los interesados de las diversas prerrogativas.

Así puede derivarse del último párrafo del artículo 156³¹ ya que si la unión paramatrimonial se rompe, puede entenderse aplicable la referencia a que los padres vivan separados, lógicamente de hecho, pues en el caso de que hubiera sido judicialmente acordada la separación, la resolución judicial hubiera acordado lo procedente respecto a la patria potestad ordinaria y a la general. Pero al no distinguir este precepto entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, podemos entender que en el caso de ruptura de la relación paramatrimonial,

Código (*vid. asimismo su obra Las uniones paramatrimoniales ante los procesos de familia*, 3.^a ed., 1999, ed. Colex, p. 279: Estando viva la convivencia de la pareja, las relaciones paterno-filiales no varían, en absoluto, de las que se producen dentro del matrimonio, tanto en los derechos como en las obligaciones de los hijos y de sus padres, p. 280: Los derechos y deberes entre los padres y los hijos habidos en una relación paramatrimonial son exactamente iguales a los que existen en las familias matrimoniales; en consecuencia son de aplicación plena los artículos 154 a 169 del CC).

En el mismo sentido, LÓPEZ AZCONA, *La ruptura de las parejas de hecho*, ob. cit., pp. 87 y ss.; PÉREZ UREÑA, *Uniones de Hecho. Estudio práctico de sus efectos civiles (Derecho sustantivo, cuestiones procesales, jurisprudencia y formularios)*, Colección práctica jurídica, 2007, pp. 185 y ss.; ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil Español*, ed. Civitas, Madrid, 1991.

28. En tal dirección se pronuncia la SAP de Madrid de 22 de marzo de 1995 (AC 195, 885) que, con base en los artículos 14 y 39.2 de la CE y el artículo 108.2 del Código Civil, declara que «(...) los derechos y deberes de los hijos matrimoniales y de los extramatrimoniales derivados de las relaciones paterno-filiales tienen que ser idénticos tanto en el aspecto personal como en el pecuniario o patrimonial». Y, asimismo, la SAP de Córdoba de 16 de julio de 1998 (AC 1998, 1294), según la cual «(...) es evidente la igualdad absoluta de los hijos nacidos de una unión de hecho, con respecto a los matrimoniales, dada la claridad del artículo 39 de la CE que asegura la protección integral de los hijos ante la ley con independencia de la filiación, por lo tanto en cuanto a los hijos cabe sostener la necesidad de aplicación de un mismo régimen jurídico sin introducir en modo alguno desigualdades, cuya naturaleza discriminatoria sí sería cuestionable»; SAP de Granada, Sección 4.ª, de 22 de octubre de 2001, al afirmar que «... aunque se trate de pretensión deducida en régimen de unión extramatrimonial, o también llamada de hecho, es claro que la cuestión aquí planteada, relativa a los hijos, en nada empece que tenga una solución jurídica como si se tratase de los habidos en régimen matrimonial, lo que no podría decirse de otros aspectos tal como ha tenido ocasión de pronunciarse el TS en el sentido de que las normas que regulan las relaciones matrimoniales no son extensivas a aquellas otras que escapan de esta esfera»; SAP de Valencia, Sección 6.ª, de 23 enero 1995.

29. PALAY VALLESPINÓS, «Las uniones estables de pareja: controversias de patria potestad y protección de menores», p. 272, en *Las uniones estables de pareja*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2003.

Al respecto estableció la Sala Primera del Tribunal Supremo en su Sentencia de 31 de diciembre de 1996, recurso 1743/1993, F. Cuarto, que «... La patria potestad es la institución protectora del menor por excelencia y se funda en una relación de filiación, cualquiera que sea su naturaleza (matrimonial, no matrimonial o adoptiva)».

30. PÉREZ UREÑA, *Uniones de Hecho*, ob. cit., pp. 185 y ss.; LÓPEZ AZCONA, *La ruptura de las parejas de hecho*, ob. cit., pp. 87 y ss. La SAP de Córdoba, Sección 1.ª, de 16 de julio de 1998 declaró que la doctrina es coincidente en aplicar, en relación a los hijos no matrimoniales, los efectos que el Código Civil desarrolla para los matrimoniales en los artículos 90 a 96 en el Capítulo IX del Título IV que se denomina «de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio».

31. Artículo 156, último párrafo, del CC: «Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio».

el progenitor con quien conviva el hijo será el que ejerza la patria potestad, sin perjuicio de las obligaciones alimentarias del otro progenitor³².

Los padres pueden establecer los pactos que estimen oportunos respecto de la custodia y patria potestad de los hijos habidos en su relación tal y como reconoce el artículo 159, cuando dice «si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo», y no distinguiendo si los padres están o no casados entre sí, nuevamente ha de presumirse que esta posibilidad de pacto se acepta con respecto a los hijos no matrimoniales. De otra parte, sigue diciendo este mismo artículo que, a falta de pacto, «el juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad».

De igual modo lo podemos derivar de lo dispuesto por el artículo 92.5 del CC en redacción dada por la Ley 15/2005³³ que continúa manteniendo como regla general el ejercicio unilateral mientras que el ejercicio conjunto se considera excepcional tan sólo para el caso de que ambos padres estén de acuerdo y así lo manifiesten, bien en el convenio regulador, bien a lo largo del procedimiento.

En definitiva, en los casos en que ambos padres ostentan la titularidad de la patria potestad la regla general es el ejercicio conjunto en supuestos de convivencia, y el ejercicio unilateral cuando vivan separados, en tanto en cuanto nada ha cambiado en las reglas sobre relaciones paterno-filiales aplicando conjuntamente los artículos 156, 159 y 92 del CC. No obstante, en este último caso, dicha regla puede ser excepcionada tanto por el común acuerdo de los padres como por decisión judicial a solicitud del padre o madre que no convive con el hijo.

Esta atribución unilateral como regla general ha sido criticada por la doctrina³⁴ con base en que ello no se corresponde ni con la teórica igualdad de los padres en sus relaciones con los hijos, ni constituye la mejor manera de salvaguardar el interés del menor. Con carácter general, lo mejor para el desarrollo integral de los hijos es el mantenimiento de las relaciones con ambos progenitores de la manera más plena e intensa posible. De ahí que, si el objetivo fundamental de la patria potestad es la protección del menor, el ejercicio compartido debería configurarse como la regla general ante una situación de crisis matrimonial o de unión de hecho.

32. LÓPEZ MUÑOZ, *Las uniones paramatrimoniales ante los procesos de familia*, 3.ª ed., 1999, ed. Colex, p. 286.

De opinión contraria PÉREZ-VILLAR —coord.—, *Estudio de derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida*, Themis, 2007: Se podría inferir que en supuestos de separación, nulidad o divorcio o ruptura de parejas de hecho el/la progenitor/a custodio/a tendría posibilidad de ese ejercicio unilateral. Pero ello no es así, pues la interpretación más generalizada viene a considerar que es de aplicación esta previsión legal, únicamente en aquellos supuestos en los que no se haya formalizado judicialmente la ruptura. Por tanto, en los procedimientos de separación, nulidad y/o divorcio, y en los procedimientos de regulación de las relaciones paterno-filiales de las parejas de hecho, la regla general es la de atribución de la patria potestad compartida a ambos progenitores, lo que no obsta para que en determinados supuestos se atribuya el ejercicio total o parcial a uno de los progenitores, con base en el interés del y de la menor, mediante acuerdo de aquéllos o por decisión judicial.

33. Artículo 92.5: «Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido procurando no separar a los hermanos».

34. GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO, «Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005», ob. cit., p. 95; CLAVIJO, *La custodia compartida y el interés del menor*, Asociación gallega de padres y madres separados (tesis doctoral web); ECHARTE FELIÚ, *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*, ed. Comares, Granada, 2000, pp. 25-26.

Es por lo que algunos autores hayan querido derivar del último párrafo de la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 («consiguientemente, los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso, determinarán, en beneficio del menor, cómo éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y *procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad*») la regla general del ejercicio conjunto de la patria potestad, que ha de regir la falta de estipulación clara o específica sobre éste. Lástima que tal principio no fuera introducido entre el articulado ahora reformado, tal como propuso alguna enmienda finalmente no atendida. La custodia de los hijos es una función más de las que conforman el contenido de la patria potestad, que se despliega en todos aquellos deberes parentales que requieren el contacto directo y constante con el menor. Igualmente, el ejercicio de la patria potestad por el progenitor custodio debe entenderse en sentido restringido, en relación a las funciones propias de la convivencia con el hijo; el ejercicio en sentido amplio, esto es, como poder de decisión sobre la vida del hijo, lo seguirán ostentando ambos padres. Para que ello no sea así, deberá determinarlo el juez en la correspondiente sentencia.

Para formalizar como regla lo que debe ser tal y al igual que se ha hecho en los ordenamientos más cercanos, el legislador español de 2005 debió ser más valiente y abordar de modo directo las normas relativas al ejercicio de la patria potestad, a fin de garantizar que, puesto que, como regla general, una relación paritaria y simétrica con ambos padres protege mejor el interés del menor que cualquier tipo de relación privilegiada con uno de ellos, la norma jurídica general fuera la cotitularidad y el coejercicio de todas las funciones tuitivas, tanto si los padres viven juntos, como si están separados³⁵. Debió aprovecharse la oportunidad para uniformar el CC de acuerdo a las modificaciones que se realizaron en la Ley 15/2005 respecto a la duplicidad sobre el ejercicio de la patria potestad y la custodia de los hijos, y no limitarse a cambios parciales sobre esta última figura jurídica³⁶.

II.2. Italia

En Italia una importante reforma del Derecho de Familia por una Ley de 1975 (artículos 315 a 337 del CC que regulan la denominada «*puissance parentale*») introdujo una solución similar a la que acabamos de ver en España. Si los padres viven juntos, dentro o fuera del matrimonio, ejercen conjuntamente hasta la mayoría de edad o emancipación de los hijos la patria potestad de pleno derecho por el solo hecho de la vida en común y a condición de que la filiación del hijo sea legalmente establecida respecto de cada uno de ellos. Por tanto, en el contexto de una filiación natural, la titularidad de la patria potestad la ostentarán ambos progenitores siempre y cuando sean convivientes y hayan reconocido ambos al hijo común. De este modo, el régimen jurídico de las relaciones entre los convivientes con descendencia común es el mismo que si se tratase de una familia legítima³⁷.

35. ZURITA MARTÍN, «Las últimas reformas legales en materia de relaciones paterno-filiales», p. 291 (*La reforma del matrimonio: Leyes 13 y 15/2005*, coord. Gavidia, Marcial Pons, 2007).

36. Lo comparte GUILARTE MARTÍN-CALERO, «Comentarios del nuevo artículo 92 del CC», en Guilarte Gutiérrez (dir.), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio (Ley 15/2005, de 8 de julio)*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 134 («... debiera haberse aprovechado esta reforma para terminar con esta duplicidad y dar una nueva redacción al artículo 156 del CC»).

37. ROVIRA SUEIRO, «La “familia de hecho” en Italia: Estado actual de la cuestión», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 12, enero-diciembre 1998, p. 287.

Si no viven juntos, el ejercicio de la patria potestad corresponde al progenitor con quien el hijo convive y si no convive con ninguno de los dos, al primero que le haya reconocido. En cualquier caso, se admite que el juez, actuando en beneficio exclusivo del hijo, pueda dictar una resolución por la que excluya a ambos progenitores del ejercicio de la patria potestad procediendo al nombramiento de un tutor (artículo 317 bis del CC)³⁸.

No obstante, en la actualidad hemos de matizar que si bien la patria potestad la ejercitan de común acuerdo ambos progenitores, para una parte de la doctrina, su ejercicio ya no se encuentra supeditado a la vida en común. Y ello en tanto en cuanto en el año 2006 se aprueba la Ley 54 de 8 de febrero («Disposiciones en materia de separación de los padres y custodia compartida de los hijos»), que introduce una innovación sustancial respecto al ejercicio de la potestad sobre los hijos menores en caso de separación, a través de la modificación del artículo 155 del CC, invirtiendo los criterios hasta entonces vigentes.

Pues bien, respecto al tema que nos afecta, el artículo 4, párrafo segundo, de esta Ley en sus Disposiciones Finales determina que las medidas que contempla «se aplicarán también en caso de nulidad de matrimonio y en los procedimientos relativos a niños de padres no casados»³⁹. Su fin no es otro que asegurar a la filiación natural formas de tutela idénticas a aquellas reconocidas a la filiación legítima, independientemente, por tanto, de la relación conyugal o de hecho o de la inexistencia de cualquier relación entre los padres⁴⁰.

En concreto dichas disposiciones han incidido sobre la regulación del ejercicio de la potestad de los padres. En este sentido es evidente el intento del legislador de introducir una disciplina sustancial unitaria de las relaciones entre padres e hijos, fundada sobre el principio de la custodia compartida y destinada a operar siempre que la crisis de la pareja de los padres comporte la cesación de la convivencia.

Se ha de valorar positivamente el hecho de que las nuevas normas se apliquen también a los hijos de los padres no casados realizando así de hecho una tutela que antes faltaba; en efecto, esta previsión colma una laguna del sistema que no contemplaba normas para la regulación de la disolución de la pareja de padres no casados, ni siquiera respecto a la custodia de los hijos. La disposición, pese a que ha creado alguna incerteza de carácter procesal⁴¹, representa un paso importante hacia la equiparación de la familia natural con la matrimonial, al menos con referencia al tratamiento de las relaciones de filiación, respecto

38. Vid. GIORGIANNI, en Cian/Oppo/Trabucchi, *Comentario al Diritto italiano della Famiglia*, Padova, Cedam, 1992, vol. IV, pp. 338 y ss.; MARTÍN CASALS, «Informe de Derecho comparado sobre la regulación de la pareja de hecho», *Anuario de Derecho Civil*, t. XLVIII, fascículo IV, octubre-diciembre MCMXCV, p. 1734.

39. Así lo ha reconocido también la Sentencia de 6 de diciembre de 2006, Tribunal de Varese: «en la hipótesis de crisis de la pareja natural y por consiguiente cesación de la convivencia entre los padres, se aplicará la disciplina de la custodia compartida».

40. ZECCA, «Esercizio della potestà sui figli naturali nella crisi delle unioni di fatto», <http://lnx.papaseparati.org/psitalia/affido-condiviso/la-struttura-della-famiglia-che-cambia-2.html>.

41. En este punto se discute sobre la competencia del tribunal de menores o de los tribunales ordinarios sobre la materia. Vid. TOMMASEO, «Le disposizioni processuali della legge sull'affidamento condiviso; sulle questioni in tema di competenza nei procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati». Vid. también BUCCI, «Affidamento e potestà genitoriale: tra tribunale per i minorenni e tribunale ordinario, alla luce della legge n. 54 del 2006», en *ALAF*, 2006, fasc. 1, pp. 68 y ss.; GIACOMO OBERTO, «Riflessioni sulla riforma in materia di affidamento condiviso (traccia ipertestuale di una relazione)», p. 105, n. 35.

En la jurisprudencia, la Corte suprema ha confirmado la competencia del tribunal de menores para decidir sobre la custodia de los hijos de padres no casados. Lo que constituye un reforzamiento de la tutela judicial de los hijos de las parejas de hecho (Confirma así la decisión del Tribunal de Milán de 20 de julio de 2006).

a las cuales el matrimonio pierde la *vis* que hasta ahora le hacía diferente⁴². Uniformidad, en consecuencia, de la disciplina reguladora de las relaciones padres-hijos evitando cualquier discriminación entre hijos legítimos y naturales como muestra de la tendencia hacia la irrelevancia del vínculo matrimonial.

Un primer problema que se ha planteado ha sido la contradicción derivada de lo dispuesto por el artículo 317 bis del CC y el nuevo artículo 155 en los supuestos de crisis, en cuanto que el primero de ellos atribuye el ejercicio de la potestad al padre con quien el hijo natural continúa viviendo, mientras que el segundo establece que la potestad es ejercida por ambos.

Según algunas interpretaciones, el artículo 317 bis ha sido implícitamente derogado en la parte relativa a los padres no convivientes, ya que prevé la regla de la custodia exclusiva, regla residual y excepcional con base en la disciplina introducida por la Ley 54/2006. Por tanto, también a falta de una intervención del juez debe considerarse que la potestad sobre el hijo natural corresponde a ambos padres aunque no convivan.

Algunos comentaristas, por el contrario, han considerado que el artículo 317 bis permanece en vigor estableciendo el primer y segundo párrafos parámetros para regular aquellas situaciones de hecho no conocidas por la autoridad judicial: para las hipótesis de único reconocimiento y en los casos en que, a falta de convivencia, ninguno de los padres haya acudido a la autoridad judicial para exigir la regulación del ejercicio de la potestad: en este caso la potestad sería ejercitada por el padre conviviente pero el juez, llamado a regular la custodia de uno de los padres, deberá aplicar los artículos 155 y siguientes.⁴³

Sin embargo, tal solución no parece pueda ser compartida porque el principio de la coparentalidad introducido por la ley ha de considerarse aplicable también como regla general antes de la intervención del juez.

Es por lo que, ante las disfunciones aplicativas apreciadas tras la aprobación de la Ley 54/2006, la Propuesta de Ley, presentada por COSTANTINI el 8 de febrero de 2007, prevé en su artículo 8 la sustitución del segundo párrafo del artículo 317 bis del CC no mencionado

42. SESTA, «Le nuove norme sull'affidamento condiviso: Profili sostanziali», <http://www.associazionemagistrati.it/incontri/minori/Sesta.doc>, p. 5.

43. GIACOMO OBERTO, «Riflessioni sulla riforma in materia di affidamento condiviso (traccia ipertestuale di una relazione)», p. 105, n. 36: El artículo 317 bis del CC ha de considerarse todavía en vigor (Dosi).

En efecto, la normativa sobre la custodia compartida sólo encuentra aplicación cuando los padres quieren llevar al juez una demanda referida a la custodia y al ejercicio de la potestad. En otras palabras, si los padres naturales no afrontan el tema de la custodia de sus hijos, la potestad continuará siendo atribuida únicamente al padre con quien convive el hijo reconocido por ambos. En tal caso el otro padre —como establece el último párrafo del artículo 317 bis— mantendrá el poder de vigilancia sobre la instrucción, educación y sobre las condiciones de vida del hijo menor.

Se podría objetar que, a diferencia de lo que ocurre en el caso de pareja casada, los padres naturales no tienen ninguna obligación de entablar un procedimiento de separación y que la reforma considera la coparentalidad un derecho del hijo, pero hay que considerar (cfr. Dosi) que el principio en el que se inspira toda la reforma es que el juez no interviene en la familia unida, sino solamente en la familia dividida a demanda de los padres. Si falta, por ello, una demanda dirigida al juez, la reforma no se aplica. La consecuencia es que si los padres naturales o uno de ellos quieren actuar los principios de la reforma lo deben pedir expresamente.

Lo que causa estupor es que el legislador haya equiparado a la situación de crisis conyugal no sólo y no tanto la crisis de la pareja de hecho (lo cual no se cuestiona), sino también la situación en que entre los padres no haya habido, ni siquiera por un día, convivencia. La previsión de la custodia compartida también en relación al hijo que sea el fruto de una relación ocasional o, al límite, de una relación violenta, parece realmente ir más allá.

en la Ley 54/2006 por el siguiente⁴⁴: «Si el reconocimiento es hecho por ambos padres, el ejercicio de la potestad corresponde conjuntamente a ambos cuando convivan. Se aplican las disposiciones del artículo 316. Si los padres no conviven, el ejercicio de la potestad es regulado en el sentido de cuanto es dispuesto por los artículos 155 a 155 sexies. El juez, en interés del hijo, puede también excluir el ejercicio de la potestad por ambos padres, nombrando a un tutor».

Con todo, lo dispuesto sobre el ejercicio de la potestad en la filiación natural asume una nueva perspectiva enriqueciéndose con los contenidos de la nueva Ley.

A partir de entonces, tanto para los hijos naturales como para los legítimos, cuando surjan controversias sobre su custodia tras la crisis de la unión de hecho, la regla es la custodia compartida (*affidamento condiviso*)⁴⁵ de ambos padres naturales que ejercerán conjuntamente la potestad, según las reglas propias del nuevo artículo 155, cuya disciplina se sobrepone, íntegramente, a aquella del artículo 317 bis, para la hipótesis en que el hijo natural haya sido reconocido por ambos padres no convivientes. Regla que, a la luz de la ley sobre la custodia compartida, dejará espacio a la custodia monoparental sólo como solución residual para el caso en que el interés moral y material del menor haga preferible tal solución.

El fin no es otro que el hijo pueda continuar manteniendo una relación equilibrada y continuada con ambos padres, estableciendo el principio-base de la coparentalidad bajo la convicción de que responde en mejor medida al interés del menor. Desde esta perspectiva la coparentalidad no constituye una legítima reivindicación del padre, sino un derecho subjetivo del menor, a situar en el ámbito de los derechos de la personalidad⁴⁶.

A los efectos que nos interesan, por consiguiente, es destacable el hecho de que la cesación de la convivencia entre padres naturales no supone ya la cesación del ejercicio de la potestad ejercitada por ambos padres, salvo la posibilidad para el juez de atribuir a cada padre el poder de asumir decisiones singulares sobre las cuestiones de ordinaria administración, debido a las dificultades de traducir en la práctica estos principios⁴⁷. De este modo, las decisiones de mayor relevancia para los hijos relativas a la instrucción, educación y la salud las tomarán ambos padres de común acuerdo teniendo en cuenta las capacidades, la inclinación natural y las aspiraciones de los hijos. En caso de desacuerdo las decisiones las tomará el juez. Y sólo para las decisiones sobre temas de ordinaria administración, el juez puede establecer que los padres ejerciten la patria potestad separadamente.

La diferencia es clara: Con anterioridad a la reforma, el juez debía determinar el padre que iba a quedarse con la custodia de los hijos, al cual se le atribuía además el ejercicio de la potestad (esto es, la separación si bien no incidía sobre la titularidad, sí determinaba la pérdida del ejercicio); el ejercicio de la potestad correspondía al padre custodio, mientras

44. Vid. en http://www.camera.it/_dati/lavori/schedela/apriTelecomando_wai.asp?codice=15PDL00216302231.

45. Para un análisis ver G. DOSI, «Le nuove norme sull'affidamento e sul mantenimento dei figli e il nuovo processo di separazione e di divorzio», *D. & G.*, núm. 23, 2006, pp. 3 y ss.

46. SESTA, «Le nuove norme sull'affidamento condiviso: Profili sostanziali», ob. cit., p. 3.

47. DI SABATO, *Sputtidi riflessione sulla potestà dei genitori alla luce di alcuni resentiti interveniente del legislatore*, *Rassegna di diritto civile*, 4, 2006, pp. 1003, 1007; FAILLA, *L'affidamento condiviso*, ...

el otro conservaba un mero poder de control sobre el ejercicio de la función⁴⁸. En la actualidad, por el contrario, el nuevo texto del artículo 155 del CC invierte la regla anterior y establece que el juez debe valorar prioritariamente la posibilidad de que los hijos menores sean confiados a los dos padres, los cuales, por tanto, continúan ejercitando en igual modo la potestad. En consecuencia, y como regla general, la patria potestad es ejercida por los dos padres separados. La atribución a un solo padre deviene la excepción (artículo 155 bis del CC) y el juez lo adoptará sólo cuando considere con resolución motivada que la custodia al otro sea contraria al interés del menor.

Ambos padres deben contribuir en condiciones de igualdad al ejercicio de la potestad. La separación, en definitiva, no constituye un evento necesariamente relevante a los fines del ejercicio de la potestad parental que, en línea general, corresponderá a ambos cónyuges que tienen la custodia de los menores.

II.3. Bélgica

En la misma línea el derecho belga, desde que se establece el vínculo jurídico de filiación, dispone las mismas reglas de ejercicio de la autoridad parental estén los padres casados o no, vivan juntos o no⁴⁹. Se inserta así en un movimiento de promoción de un derecho común familiar, es decir, de un conjunto de reglas indiferentes a los tipos de filiación y de pareja que ha sido seguido también, como después veremos, por la Ley francesa de 4 de marzo de 2002 (artículo 373.2 del CC).

Al respecto, un primer paso lo dio la Ley de 31 de marzo de 1987 que, consagrando la igualdad de trato entre los niños, admitió la misma solución que España e Italia, haciendo indiferente la formalización de la relación entre los progenitores. Posteriormente la evolución siguió con una Ley de 13 de abril de 1995 (en vigor el 3 de junio de 1995) que vino a reconocer que el ejercicio en común de la autoridad parental se encuentra fuera de toda condición de vida en común. Renuncia, pues, a la condición de cohabitación para conformar como regla general el ejercicio conjunto que subsiste a pesar de la ruptura (artículos 373 y 374)⁵⁰. Y así, salvo convención expresa o decisión contraria del juez, el principio es la autoridad conjunta, vivan los padres juntos o no; lo cual abarca tanto la situación de los padres del niño natural como la de los esposos casados y divorciados.

48. Al igual que en España, en este país el cese de la vida en común conlleva la cotitularidad de la patria potestad por parte de ambos padres, pero cesaba el ejercicio en común ya que sería atribuido a aquel que tuviera la guarda del menor, esto es, aquel con quien el hijo conviviera. No obstante, las decisiones que presentaban un mayor interés para el hijo, en principio, debían ser tomadas conjuntamente por los padres y uno podía acudir al juez en caso de oposición del otro.

En consecuencia, la ley distinguía entre la atribución de la *puissance parentale*, que es uno de los efectos ligados automáticamente al establecimiento de la filiación, y el ejercicio que, según las situaciones, era atribuido bien a los padres conjuntamente, bien a uno solo de ellos quien tenía entonces la guarda y en este último caso, el otro tenía un derecho de visita. La separación, pues, no incidía en la titularidad de la potestad pero determinaba la pérdida del ejercicio por parte del padre no custodio. La custodia de los hijos venía normalmente dispuesta por el juez a favor de uno u otro cónyuge (el consorte al que los niños habían sido confiados tenía el ejercicio exclusivo de la patria potestad, a menos que el juez decidiera de otra manera), y ello, aunque el artículo 155 del CC consentía la custodia conjunta.

49. De lo contrario, si la filiación sólo se establece respecto a un padre, será éste el único detentador de la autoridad (artículo 375 del CC). Del mismo modo, si uno de ellos fallece, es declarado ausente o es incapaz de manifestar su voluntad, será el otro quien la ostente. En caso de imposibilidad del padre o de la madre se abrirá la tutela.

50. Sobre la reforma, *vid.* RENCHON, «La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale», *RTDF*, 1995, p. 366; GRANET, *L'exercice de l'autorité parentale dans les législations européennes*, ob. cit., p. 82.

Dispone al efecto el artículo 374 del CC belga que «Cuando los padres no vivan juntos, el ejercicio de la autoridad parental se mantiene conjunto y se aplica la presunción prevista en el artículo 373.2». La separación de los padres no incide, por tanto, sobre las reglas del ejercicio de la autoridad parental; éste se mantiene tras la separación, primando el interés del menor sujeto siempre al control judicial. Por lo demás, la aplicación de la presunción aludida del artículo 373.2 respecto a los terceros de buena fe, supone que cuando el padre y la madre actúen de forma individual cuentan, salvo las excepciones previstas por la ley, con el consentimiento del otro, facilitándose así las relaciones con los terceros.

En este mismo artículo el legislador ha tomado precauciones en aquellas hipótesis en las que el acuerdo alcanzado por los padres es contrario al interés del menor, o incluso en casos de falta de entendimiento sobre la residencia del niño⁵¹ o sobre las decisiones importantes que afecten a su salud, educación, formación, ocio y sobre su orientación religiosa o filosófica, en cuyo caso el juez competente puede confiar el ejercicio exclusivo de la autoridad parental a uno de ellos⁵² (a diferencia del derecho español no se establece aquí ningún límite temporal)⁵³. Cuando, en interés del niño, el juez confíe el ejercicio a uno de los padres, el otro conservará el derecho de supervisión sobre la administración y educación del hijo. Será informado de las cuestiones importantes y sólo podrá rechazarse el derecho de visita y contacto por motivos graves. En contrapartida, deberá entonces respetar la obligación de sustento. Por su parte, el progenitor que la ejercita tiene el derecho de administrar los bienes y ostenta la representación legal del menor –artículo 376 del CC–.

En cualquier caso, el Tribunal siempre tiene la posibilidad de ordenar o modificar, en interés del menor, toda disposición relativa a la autoridad parental a solicitud de ambos padres o de uno de ellos o del *Procureur du Roi* (Ministerio Fiscal) (artículo 387 bis). A estos efectos, el mismo artículo en su párrafo segundo (modificado por la Ley de 18 de julio de 2006) intenta potenciar el recurso a la mediación (instituida por la Ley de 19 de febrero de 2001), instrumento que, en caso de disensiones entre las partes, puede resultar muy provechoso⁵⁴.

51. Tengamos en cuenta que en Bélgica, a falta de convivencia entre los progenitores, éstos, de conformidad con la regla general de ejercicio conjunto de la autoridad parental, deberán consensuar el lugar de residencia de los menores; el acuerdo será homologado por el Tribunal, salvo si es manifiestamente contrario al interés de los hijos.

A falta de acuerdo, en caso de autoridad parental conjunta, el Tribunal examinará «prioritariamente» (no obligatoriamente) la posibilidad de fijar el alojamiento del menor de forma igualitaria entre el padre y la madre, siempre y cuando sea solicitado por uno de los progenitores. No obstante, si el Tribunal estima que la residencia igualitaria no es la fórmula más apropiada puede fijar una residencia no-igualitaria. En estos casos, el Tribunal decide a través de una resolución motivada y teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso y el interés de los menores, así como de sus progenitores.

De este modo ha sido reconocido por una Ley de 18 de julio de 2006 que establece el sistema de residencia alterna como el modelo general de custodia (PÉREZ-VILLAR –coord.–, *Estudio de derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida*, ob. cit., p. 54). Basada, pues, sobre la doble residencia, se inspira en los mismos conceptos de la Ley francesa de 4 marzo 2002 sobre la residencia alterna pero más avanzada que ésta, porque prevé, además, que los tiempos de permanencia con los padres sean equilibrados.

Sobre el tema GILLES CARNOY, «L'hébergement des enfants prioritairement égalitaire, Loi du 18 juillet 2006»: <http://www.droit-fiscalite-belge.com/article1183.html> (miércoles 6 septiembre 2006); KERIM MAAMER, «Loi sur l'hébergement partage espoir ou miroir?», *Banc Public* n.º 156, Janvier 2007, *Annales parlementaires*: 8 juin 2006.

52. La característica de tal recurso judicial es precisamente no volver a plantear el ejercicio conjunto de la autoridad parental y tender solamente a resolver la diferencia que recae sobre el cumplimiento de uno o varios actos concretos relativos a la persona del menor. El tribunal puede así autorizar a uno de los padres a cumplir un solo acto determinado.

53. PÉREZ-VILLAR –coord.–, *Estudio de derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida*, ob. cit., p. 30.

54. En este sentido el artículo 3 de la Ley de 18 de julio de 2006 completa el artículo 387 bis, diciendo que «Sin perjuicio del artículo 1734 del Código de procedimiento, el tribunal intentará conciliar a las partes. Les dará todo tipo de información útil sobre el procedimiento y en particular sobre el interés de acudir a la mediación tal como está prevista en la parte séptima del Código de procedimiento. Si constata que un acercamiento es posible, puede ordenar el aplazamiento del procedimiento

II.4. Francia

Por lo que a Francia se refiere, la atribución de la autoridad parental ha pasado también por diversas fases.

En una Ley promulgada en 1907 se reconoce la *puissance paternelle* al autor del primer reconocimiento y se atribuye al padre en caso de reconocimiento simultáneo. Ello venía a instaurar una especie de «carrera de velocidad»⁵⁵. Lo que ocurría era que en la mayoría de los casos estos niños eran cuidados por su madre.

Posteriormente, la Ley de 4 de junio de 1970 abole la *pusissance paternelle* y la sustituye por la *autorité parentale* («autoridad parental» que viene a equivaler a nuestro concepto de patria potestad). Se trata de una ley claramente matriarcal ya que incluso cuando el hijo no matrimonial es reconocido por sus dos padres, se atribuye la autoridad parental a la madre, salvo decisión contraria del tribunal⁵⁶.

No obstante, ya en la época contemporánea, las reivindicaciones de ejercicio de prerrogativas de autoridad parental de los padres naturales, por un lado, y la igualdad de los niños, por otro, llevan a introducir un ejercicio conjunto de la autoridad parental, a semejanza del hijo legítimo.

Es a partir de 1987 cuando se suceden numerosas reformas dirigidas hacia la igualdad y la supresión de discriminaciones entre padres casados o no casados y entre hijos legítimos (concebidos o nacidos en el matrimonio y amparados por la presunción de paternidad) e hijos naturales (nacidos fuera del matrimonio)⁵⁷. En este sentido, la Ley de 17 de julio de 1987 (denominada «*Ley Malhuret*»), como respuesta a los conceptos igualitarios de las Convenciones internacionales, otorga a los padres convivientes de hecho la posibilidad de obtener el ejercicio conjunto de la potestad emitiendo una declaración ante el juez de menores (artículo 374.1 del CC), el cual ha de limitarse a recibir la declaración sin poder oponerse a ella. Sin embargo, esta medida tiene poco éxito en la práctica, bien porque los padres la desconocen, bien porque en aquellos casos en que la relación no es problemática se considera innecesario recurrir a una declaración formal⁵⁸.

Posteriormente, la Asamblea Nacional propone extender el principio de ejercicio conjunto a los padres no casados; la propuesta se encuentra con una fuerte oposición en el Senado y da lugar a una solución de compromiso que es la que finalmente se adopta. En este sentido podemos decir que es la reforma de 8 de enero de 1993 (Ley núm. 93-32) la que va

con el fin de permitir a las partes recoger todas las informaciones útiles a este respecto y empezar el proceso de mediación. La duración del aplazamiento no puede ser superior a un mes.

55. BOULANGER, *Les rapports juridiques entre parents et enfants*, ob. cit., p. 70.

Es cierto no obstante que, cualquiera que fuera el modo de establecimiento de la filiación la *puissance paternelle* debía coexistir con una «alta tutela» primero judicial, después administrativa y que los tribunales tengan siempre el poder «si el interés del niño lo exigía» de modificar judicialmente las reglas de atribución.

56. A lo sumo estaba previsto que «a demanda de los dos padres o del ministerio público», el tribunal pudiera decidir que la autoridad fuera ejercitada por el padre solo o los dos conjuntamente (artículo 374.2).

57. Sobre esta evolución, *vid.* COURBE, *Droit de la famille*, 3.^a ed., 2003, Armand Colin, pp. 385 y ss.; N. 1021; BOULANGER, *Les rapports juridiques entre parents et enfants*, ob. cit., pp. 70 y ss.

58. MARTIN CASALS, «Informe de Derecho comparado sobre la regulación de la pareja de hecho», ob. cit., p. 1725.

a instituir por primera vez una autoridad parental conjunta de pleno derecho sobre el hijo natural, de tal modo que se atribuye a los convivientes el ejercicio conjunto de la potestad igual que a los cónyuges. Así, modificando las reglas sobre autoridad parental tras la entrada en vigor de la Convención Internacional de Nueva-York en la línea del artículo 18 («los dos padres tienen una responsabilidad común respecto a los cuidados del niño y para asegurar su desarrollo»), el legislador francés afirma una igualdad de principio con la filiación legítima en el artículo 372 del CC: «el padre y la madre ejercitan en común la autoridad parental», sin que se realice al efecto ninguna alusión a la calidad de la filiación ni se distinga si los padres están o no casados.

En concreto el artículo 373.2 del CC hace depender el ejercicio conjunto de una triple condición: 1) que ambos progenitores hayan reconocido al hijo voluntariamente; 2) que este reconocimiento se haya producido dentro del año a contar desde la fecha del nacimiento; esta prontitud del reconocimiento, se afirma, tiene por objeto poner de manifiesto que los padres se interesan por el hijo, y 3) que los progenitores convivan en el momento del reconocimiento conjunto o bien, en los supuestos de reconocimiento sucesivo, que lo estén haciendo en el momento del segundo reconocimiento⁵⁹.

La idea de partida era ligar el ejercicio común de la autoridad al hogar que constituye la familia de hecho; el problema radicaba en que unir el reconocimiento a una edad tan temprana del niño podía traer como consecuencia una autoridad común cuando la pareja ya estaba separada⁶⁰.

La reforma fue criticada, entre otras razones, porque obligaba a los padres a convivir si querían ejercer conjuntamente la potestad sobre el hijo; se entiende, que si no se pueden llevar lo suficientemente bien como para vivir juntos, tampoco pueden ejercer conjuntamente la potestad por mucho que así lo deseen tanto ellos mismos como su hijo⁶¹.

59. BOULANGER, *Les rapports juridiques entre parents et enfants*, ob. cit., p. 73: Si la filiación se establece respecto a los dos padres, según modalidades distintas a las previstas en el artículo 373 (fundamentalmente en el caso de reconocimientos tardíos), la autoridad común deberá resultar de la declaración conjunta de los dos padres (artículo 374, párr. 2). Desde la Ley de 8 de febrero de 1995, es el secretario del tribunal de gran instancia quien recibe la declaración, lo que señala el carácter administrativo de la misma como en Suecia o Noruega.

Cuando la filiación sólo se establece respecto a un padre, el ejercicio individual tiene carácter provisional, si el juez de familia, a demanda del padre, de la madre o del ministerio público, modifica las condiciones (artículo 374, párr. 3).

Es interesante subrayar que el niño, aunque principal interesado, no es actor en la atribución de la autoridad. El artículo 374.3 no le otorga la posibilidad de pedir al juez de familia una modificación. Si al menos a partir de una cierta edad, los derechos suizos y austríacos permiten al niño oponerse al derecho de visita y en la jurisprudencia alemana, la resistencia del niño ha podido ser un obstáculo a la atribución conjunta de la autoridad, no ocurre de igual modo en derecho francés.

Igualmente es interesante destacar que según el artículo 371.5 del CC, en redacción dada por Ley de 31 de diciembre de 1996 sobre la necesidad de no separar a los hermanos salvo si esto no es posible o si su interés exige otra solución, dicha disposición parece exigir una solución idéntica en materia de atribución de la autoridad de la filiación natural.

60. BOULANGER, *Les rapports juridiques entre parents et enfants*, ob. cit., p. 72.

61. GAREIL, *L'exercice de l'autorité parentale* (El ejercicio en común de la autoridad parental: Un principio general para traducir una noción incierta: la coparentalidad), n. 366 y ss.: Este autor estima que el favor del ejercicio en común de la autoridad parental por las Leyes de 1987 y 1993 es especialmente peligroso e inapropiado en razón de los escollos inherentes a su funcionamiento. Diversos autores ya habían señalado bajo la Ley de 1993 los riesgos y critican esta generalización. Así MALURIE: «La autoridad conjunta, cuando no hay verdadero entendimiento entre los padres divorciados naturales, es un verbalismo más dañoso que útil» (MALAURIE & L. AYNES, *La familia*, par Ph. MALURIE, Cujas, 5.ª ed, 1995/1996, si bien el autor no lo ha retomado en la última edición de su obra). Por su parte, CARBONNIER recordaba a propósito del principio del ejercicio unilateral de la autoridad parental a la madre en la familia natural que «más vale consagrar la autoridad de la madre educadora que encerrarse en una concertación con un padre más o menos desertor» (CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V République*, Flammarion, 1996).

Sobre este punto va a incidir la Ley 2002-305 de 4 de marzo, operando un cambio de perspectiva⁶². En este sentido, transfiere los artículos del capítulo relativo al divorcio hacia el relativo a la autoridad parental: disocia simbólicamente la cuestión del divorcio de aquella de las relaciones de los niños con cada uno de sus padres, desplazando el conjunto de reglas referidas a los efectos del divorcio sobre los niños para trasladarlas al régimen general de la autoridad parental bajo un título común a todas las situaciones: «Del ejercicio de la autoridad parental por los padres separados» (artículo 373.2 del CC), aplicable a todo niño cuyos padres no cohabitan⁶³. Y así, a semejanza de la legislación belga, este artículo en su párrafo 1.º, sin distinguir entre padres casados o no tras su separación, establece que «La separación de los padres (hemos de entender tanto el divorcio de los progenitores como el cese de la convivencia en las parejas de hecho) no tendrá efectos en las normas de atribución del ejercicio de la patria potestad» que queda confiada a ambos padres, excepto en el caso en que el interés del menor imponga confiar el ejercicio de tal autoridad a uno solo de los padres (la mayoría de las veces a la madre), motivando en este caso su decisión⁶⁴.

La nueva ley, por tanto, suprime la condición de vida en común impuesta anteriormente. La afirmación es importante para estas familias naturales, porque el reconocimiento de la coparentalidad se encuentra facilitada por el hecho de que el ejercicio conjunto de la autoridad parental ya no está condicionado por una comunidad de vida entre los padres en el momento del reconocimiento del niño y se sitúa en la misma línea que los padres legítimos⁶⁵. Mientras la reforma de 1993 sólo contemplaba un ejercicio conjunto de pleno derecho bajo ciertas condiciones, la nueva ley configura el ejercicio conjunto como principio general⁶⁶ y sólo bajo ciertas circunstancias será unilateral; es deseo del legislador que ello devenga de forma excepcional⁶⁷.

Estas excepciones al ejercicio conjunto entran en juego al concurrir los siguientes hechos: «cuando la filiación se establezca respecto de uno de ellos transcurrido un plazo supe-

62. Entre los principales objetivos de esta Ley podemos destacar: –Recordar a cada uno de los padres los derechos y deberes derivados de la autoridad parental y su finalidad, que reside en el interés del hijo. –La igualdad entre el padre y la madre estén o no casados juntos y entre niños nacidos en el matrimonio o fuera de él. –Extender el ejercicio en común de la autoridad parental haciendo de éste el principio general cuando los padres no están casados juntos, como era la regla ya aplicable antes a los esposos durante el matrimonio y en caso de divorcio o separación. Estableciendo el principio de que la separación entre los padres no incide sobre las reglas de atribución de la autoridad parental, no solamente cuando se trate de un divorcio o de una separación (que era ya la regla en el derecho anterior) sino también cuando se trate de una separación entre concubinos. (Con precedentes ya en leyes de 1987 y 1993, como señala MESTROT, «Aspects consensuels et conflictuels de la résidence alternée dans la loi relative à l'autorité parentale», *Petites affiches*, 13 de agosto de 2004, núm. 162, pp. 3-11). –Se autoriza una residencia alternada para el menor cuando los padres se separan. –Y se favorecen los acuerdos entre los padres en el ejercicio de la autoridad parental. La mediación familiar puede serles propuesta por el juez en caso de desacuerdo.

Respecto a los primeros comentarios de la Ley, *vid.*, entre otros, BOULANGER, *Modernisation ou utopie?*: D. 2002, 1571; FULCHIRON, *L'autorité parentale renovée*: Defrenois 2002, 959; REBOURG, «La réforme de l'autorité parentale»: JCP 2002, Act, 178...

63. BÉNABENT, *La famille*, pp. 510, 513; COURBE, *Droit de la famille*, n. 1029 y ss.

64. El juez no puede entonces rechazar un derecho de visita y alojamiento al otro padre más que por motivos graves y por decisión especialmente motivada (nuevo artículo 373.2.1, párr. 2, del CC) Este padre conserva el derecho y el deber de vigilar la educación del niño; debe ser informado de las decisiones importantes relativas a la vida del menor (artículo 373.2.1, párr. 3, del CC) y debe contribuir a su sustento.

65. F. BELLIVIER y J. ROCHFELD, *RTDciv*, Avril/Juin 2002, núm. 2, pp. 377 y ss.

66. Critica esta extensión GAREIL, *L'exercice de l'autorité parentale*, ob. cit., n. 368: No comparte que un principio tan poco claro dicte la generalización inconsiderada del ejercicio en común de la autoridad parental. «Su reconocimiento entraña una generalización de esta modalidad sin ninguna seguridad de que el clima familiar se preste a ello totalmente» (n. 387).

67. No obstante, se pone de relieve que, en la práctica, lejos de constituir una excepción, el ejercicio por uno solo de los padres es frecuentemente pronunciado por las jurisdicciones civiles: HILT, *Loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale: les juges ne suivent pas toujours*, 2003, p. 288.

rior a un año desde el nacimiento del niño cuya filiación haya sido ya establecida respecto del otro, sólo éste quedará investido de la patria potestad. El mismo principio se aplicará cuando la filiación se declare judicialmente respecto del segundo progenitor». Proceden, pues, excepciones de dos tipos⁶⁸: En primer lugar, ante una determinación tardía de la filiación; concretamente cuando haya sido establecida respecto de uno de los progenitores, transcurrido un plazo superior a un año desde el nacimiento del menor, cuya filiación haya sido ya establecida respecto del otro. Y, en segundo lugar, ante el establecimiento forzoso tras una acción de investigación; esto es, cuando la filiación sea declarada judicialmente respecto del segundo progenitor del menor.

Como podemos comprobar, se trata de casos que ponen de relieve poco afecto hacia el niño; manifiestan un desinterés suficiente para que se pueda presumir que es de interés del niño que sólo el otro padre sea investido del ejercicio de la autoridad parental. No obstante, incluso en estos supuestos de reconocimiento tardío o judicial del menor en los que el ejercicio de la autoridad parental corresponde de forma exclusiva al progenitor que hubiera reconocido la filiación inicialmente, podrá ser ejercida en común si ambos progenitores manifiestan que éste es su deseo mediante la realización de una declaración conjunta ante el secretario judicial del *Tribunal de Grande Instance* o por decisión del Juzgado de Familia (artículo 372.3 del CC)⁶⁹. Pone ello de relieve el empeño del legislador por favorecer esta solución y su extensión en tanto sea posible, haciendo entonces del acuerdo de voluntades una vía subsidiaria.

Con todo, la nueva Ley de 2002 hace desaparecer definitivamente toda supremacía legal de la madre y trata de reequilibrar las prerrogativas de autoridad parental a favor del padre. Reafirma así la igualdad entre los padres a través del principio de corresponsabilidad por encima del cese de la convivencia o disolución del matrimonio de los progenitores, ya regulado desde las reformas de 1987 y 1993, situándolo en el corazón de la reforma. Unifica con algunas reservas, los modos de ejercicio de la autoridad parental para los hijos legítimos y naturales, poniendo así fin a las diferencias ligadas a la obligación de los dos padres de reconocer conjuntamente al hijo natural y de vivir juntos en el momento de este reconocimiento o del reconocimiento ulterior por uno de ellos⁷⁰. Se instaura, pues, un derecho común de esta situación, cualquiera que sea el ligamen entre los padres. Y así, pese a la disolución de la «pareja conyugal» la perennidad de la función de padre se asegura a través del mantenimiento de la «pareja parental»⁷¹. Es precisamente en los casos de separación de los padres donde la puesta en práctica de la autoridad parental común alcanza todo su esplendor.

Para concluir, si los hijos son legítimos, durante el matrimonio la autoridad parental es ejercitada en común como antes ocurría (artículo 372.1 del CC). Mientras que si hablamos

68. Igualmente los derechos parentales serán ejercidos por uno solo de los padres de forma automática, cuando el padre o la madre no puedan manifestar su voluntad en razón de su incapacidad, de su ausencia o de cualquier otra causa (artículo 373). Por decisión judicial, el ejercicio puede también ser confiado a uno si el interés del niño lo exige (artículo 373.2.1).

69. Como vimos, en 1987, la declaración debía ser efectuada ante el juez de menores. La Corte de casación había establecido que este magistrado debía proceder al registro conjunto sin poder apreciar la oportunidad, ni controlar los motivos. Del juez de menores, la competencia pasó en 1993, al juez de familia y después en 1995, al secretario judicial del *tribunal de grande instance*. Esta simplificación ha podido ser criticada, porque transforma la declaración conjunta en una vaga fórmula administrativa y sin que pueda ejercerse un control judicial en interés del niño.

70. Nadia KESTEMAN, «L'actualité du droit civil de la famille: l'autorité parentale» (septembre 2002), *Recherches et prévisions*, núm. 70-2002, pp. 105 y ss.

71. F. BELLIVIER y J. ROCHFELD, *RTDciv*, Avril/Juin 2002, núm. 2, ob. cit., pp. 377 y ss.

de hijos naturales, hemos de diferenciar según que la filiación del hijo sea establecida respecto de cada uno de sus padres o sólo respecto de uno de ellos. En el último caso, sólo éste es titular de la autoridad parental y de su ejercicio. En el primer caso, es decir, cuando ha sido establecida respecto de los dos padres, en principio la autoridad parental es ejercitada en común de pleno derecho (nuevo artículo 372.1 del CC). La nueva ley ya no exige la cohabitación de los padres; eso sí, la filiación materna y paterna ha de ser legalmente establecida antes de un año desde el nacimiento del niño. Y excepcionalmente será atribuida a uno solo de los padres (nuevo artículo 372.2 del CC) cuando la filiación se haya determinado después del año del nacimiento o bien cuando no haya sido voluntariamente establecida. En cualquier caso, en estas dos hipótesis, siempre con la posibilidad de que los padres puedan convenir un ejercicio común ante el secretario judicial del *Tribunal de Grande Instance*.

II.5. Países Bajos

Los Países Bajos han tenido sobre este punto una evolución interesante⁷²:

Antes de 1995 sólo la madre era tutora del niño natural sin que ningún derecho se le reconociera al padre, salvo decisión judicial.

En 1995⁷³, se admitió el principio de la autoridad parental conjunta pero subordinado a una declaración registrada ante el juez de menores, lo que exigía el consentimiento de la madre.

Posteriormente, en 1997, tras la Ley sobre parejas registradas⁷⁴, se abrió la posibilidad de compartir la autoridad con la pareja «no padre», otorgando así una oportunidad de ejercicio de la autoridad parental derivada no de un vínculo de filiación sino de una relación de pareja. De tal forma que, si desde el momento del nacimiento existe otro padre, es factible que se conceda conjuntamente la patria potestad al miembro de la pareja que es padre o madre del niño y a su cónyuge o pareja (que no es el padre o la madre)⁷⁵.

72. Vid. Sosson, «Les enfants concubins», ob. cit., pp. 393 y ss.

73. Ley de 6 de abril de 1995 sobre autoridad parental y derecho de visita, StBl., 240, que entró en vigor el 2 de noviembre de 1995.

74. Ley de 30 de octubre de 1997 sobre parejas registradas, StBl., 524, que entró en vigor el 1 enero 1998.

75. El tribunal puede en ese caso, a instancia del padre o madre que posee en solitario la patria potestad y de su cónyuge o pareja, conceder a los dos conjuntamente la patria potestad. Esto sólo puede hacerse si: –El cónyuge o pareja del padre o de la madre tiene una estrecha relación personal con el niño; –Si el padre o la madre ha tenido la patria potestad sobre el niño durante un período mínimo ininterrumpido de tres años, y –Si el padre o la madre y su cónyuge o pareja han cuidado conjuntamente del niño durante al menos un año.

Sobre el tema, vid. BONINI BARALDI y MARIEKE ODERKERK, *Il diritto di famiglia nell'Unione Europea*, ob. cit., p. 230: En Holanda, la unión registrada no hace surgir ningún vínculo de filiación entre el menor y el *registered partner* del padre, sea del mismo o de diferente sexo. Para superar la falta de vínculo de filiación entre el padre «social» y el hijo del *partner*, la Ley de 30 de octubre de 1997 ha adoptado una solución salomónica, consistente en disociar el ejercicio de la potestad de la cualidad de padre. Por decirlo brevemente, de este modo el *partner* del padre, que sea un padre de hecho o «social» respecto al menor, puede ejercitar la potestad conjuntamente con el padre (artículo 253t.253 y CC). Hasta el 1 de enero de 2002 tal posibilidad podía verificarse en concreto sólo tras el pronunciamiento del juez, a condición de que el padre «social» tuviese una «estricta relación personal» con el menor y que el padre biológico (o adoptivo) ejercitase la potestad de modo exclusivo. La obtención del ejercicio conjunto es más gravoso cuando el menor tenga vínculos de filiación también con el otro progenitor.

El ejercicio conjunto de la potestad se admite también con una persona del mismo sexo del padre.

A partir del 1 de enero de 2002 entran en juego modificaciones importantes en cuanto a los casos que pueden hacer surgir el ejercicio conjunto de la potestad. Por cuanto se refiere al matrimonio contraído entre personas del mismo sexo y la *registered partnership*, el artículo 253sa del CC establece hoy que un padre y el propio cónyuge, o *registered partner*, que no sea padre ejercitan conjuntamente la potestad sobre el hijo nacido en constancia de la relación, salvo que éstos tengan vínculos de filiación

Finalmente, frente al principio de que el ejercicio conjunto de la autoridad parental fuera del matrimonio necesita una declaración común de los padres, la Ley de 4 de octubre de 2001 (en vigor el 1 de enero de 2002), dictada en el contexto de la apertura del matrimonio homosexual, ha instaurado el principio de un ejercicio de pleno derecho de la autoridad parental conjunta desde el nacimiento, para los niños nacidos en el marco de un matrimonio de lesbianas, principio que igualmente ha sido extendido a todas las parejas registradas heterosexuales (*registered partnership* –artículo 253aa del CC–)⁷⁶. Es, por tanto, por la vía de una evolución a favor de las parejas homosexuales casadas que se llevó a cabo una evolución sustancial para las parejas de padres heterosexuales no casados siempre que tengan ambos vínculos jurídicos de filiación con el nacido (lo que significa que el padre natural ha reconocido al hijo), estableciendo que el ejercicio conjunto surge ahora automáticamente y desde el nacimiento, sin necesidad de acudir al juez.

Con lo cual, si nace un hijo en un matrimonio entre un hombre y una mujer, ambos cónyuges tendrán desde el momento del nacimiento automáticamente la patria potestad sobre el niño. Y desde 2002, ambos cónyuges o miembros de la pareja adquieren automáticamente desde el momento del nacimiento la patria potestad sobre el niño nacido en: –El matrimonio entre dos mujeres, o –La pareja de hecho registrada formada por dos mujeres (pese a que en estos dos casos no existe relación de filiación biológica entre el niño y uno de los miembros de una pareja), o –La pareja de hecho registrada formada por un hombre y una mujer. La condición es que no haya ningún otro padre (jurídico).

III. COPARENTALIDAD POR ACUERDO DE VOLUNTADES

Frente a la situación anterior de ejercicio de la autoridad parental en común de pleno derecho, nos encontramos en segundo lugar con otro grupo de países en los que la coparentalidad está subordinada a una declaración conjunta de los padres (incluso administrativa), que exige al mismo tiempo la voluntad del padre y el asentimiento de la madre, la cual no ha perdido toda su influencia en el desencadenamiento del proceso. Es un sistema, pues, que valora los acuerdos de voluntades en interés del hijo.

Esta solución se configura como un término medio en política legislativa ya que abre la vía a un ejercicio en común sin, no obstante, imponerlo a la madre ni al padre. Supone la acepta-

con el otro padre. Los objetivos de dicha regla son fácilmente intuibles: se dirige a colmar la laguna creada por la decisión de no aplicar la presunción de paternidad al caso de hijo nacido en constancia de unión registrada o matrimonio entre personas del mismo sexo. La ventaja entre matrimonio (entre personas de sexo diverso) y *registered partnership* (entre personas de sexo diverso o del mismo sexo) ha sido, por tanto, reducida mediante la previsión de la automática atribución del ejercicio conjunto de la potestad al «*partner* registrado» independientemente del sexo (y al cónyuge del mismo sexo).

Finalmente precisamos de nuevo el ámbito de operatividad de la regla. Dado que el ejercicio conjunto automático de la potestad no opera cuando el hijo mantenga vínculos de filiación también con el otro padre, es claro que el artículo 253sa del CC se aplica fundamentalmente al caso de pareja formada por dos mujeres que hayan utilizado técnicas de procreación asistida: en tal caso el donante del semen no puede instaurar vínculos jurídicos de filiación con el nacido a través de la utilización de sus gametos. En el caso de pareja formada por dos hombres, sin embargo, el hijo eventualmente generado por uno de los dos durante una relación precedente con una mujer tendrá siempre una madre jurídica (artículo 198 del CC), evento que impide la aplicación de la regla ex artículo 253sa del CC.

Sobre Países Bajos, *vid.* <http://www.begoak.com/doc/infobolandesa.pdf>; FAQ, «El matrimonio entre dos hombres o dos mujeres. Preguntas y respuestas sobre la Ley Holandesa de Acceso al Matrimonio», 2003 (<http://www.minbuza.nl/binaries/en-pdf/pdf/q-a-el-matrimonio-entre-dos-hombres-o-dos-mujeres.pdf>).

76. GONZÁLEZ BEILFUSS, «Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea», ob. cit., p. 38.

ción de la madre y una implicación positiva del padre pues juntos deben hacer la declaración en las formas exigidas por la ley y, en ciertos Estados, bajo reserva de un control de oportunidad. Se hace necesario por tanto que el padre se interese por el hijo y tenga la intención de participar en el ejercicio de la autoridad parental; pero en caso de rechazo de la madre y salvo ciertos correctivos previstos en algunas ocasiones, no podría desempeñar su papel, incluso cuando lo hubiera deseado y contribuyera además al mantenimiento del menor.

Encuentra aún en estos últimos tiempos un notable éxito en los legisladores europeos, ya que a semejanza de la legislación danesa o sueca, diversas leyes bastante recientes la han adoptado, como la ley holandesa⁷⁷, alemana⁷⁸, portuguesa⁷⁹, luxemburguesa, suiza⁸⁰, griega⁸¹ y, con algunas particularidades, el derecho anglosajón⁸², mientras que la ley francesa de 4 de marzo de 2002, como hemos visto, adopta una solución subsidiaria a partir de entonces independiente de toda condición de vida en común (artículo 372, párrafos 2 y 3, del CC)⁸³.

Correlativamente este sistema marca una regresión respecto al sistema de atribución en exclusiva a la madre, lo que no impide la fijación de la residencia habitual del menor junto a ella en virtud del acuerdo alcanzado con el padre en los Estados donde la declaración conjunta de ejercicio en común de la autoridad paternal no esté subordinado a la cohabitación.

Analicemos con mayor detenimiento la situación de los diversos países que acogen este sistema:

III.1. Las legislaciones escandinavas

Bajo la influencia de las Convenciones Internacionales, el principio de atribución de la autoridad a la madre aparece atemperado en mayor o menor medida. El ejemplo más claro lo ofrecen las legislaciones escandinavas, donde no existe una atribución de derechos de las responsabilidades parentales a los dos padres, que se traduciría en una equiparación total del régimen de la unión libre al matrimonio. Es, por el contrario, la atribución individual la que tiende a configurarse como regla general, si bien otorgan un lugar destacado a los acuerdos de voluntades en derecho de familia con el fin de erradicar los conflictos y, en este caso, para conseguir el ejercicio de una autoridad conjunta.

Tres principios les distinguen de las otras legislaciones⁸⁴:

77. Ley de 4 de octubre de 2001 (en vigor el 1 de enero de 2002).

78. Ley de 16 de diciembre de 1997 –*kindschaftsrechtsreformgesetz*– (en vigor el 1 de julio de 1998).

79. Ley 30 de junio de 1999.

80. Ley de 26 de junio de 1998 (en vigor el 1 de enero de 2000). Además de las disposiciones consagradas a la reforma del divorcio, modifica las reglas aplicables a la autoridad parental cuando se trata de hijos nacidos fuera del matrimonio.

81. Ley núm. 1329 de 1983.

82. Children Act, 1989.

83. GRANET, *L'exercice de l'autorité parentale dans les législations européennes*, ob. cit., pp. 74 y ss.

84. REBOURG, ob. cit., p. 64.

1) El papel muy amplio y la simplificación de las peticiones de autoridad conjunta formuladas por los dos o uno solo de los padres. El ejercicio de una autoridad común sobre los niños no supone necesariamente de partida la iniciativa de los dos padres; uno solo puede formular la demanda –generalmente el padre–, tanto en Noruega, como en Suecia desde 1990 (salvo oposición formal de la madre).

Al menos en Noruega y en Suecia, el control judicial de la oportunidad ha sido prácticamente suprimido y la petición «banalizada» por su carácter administrativo, una vía en la que se ha empeñado el derecho francés⁸⁵. Sólo en Dinamarca el acuerdo de los padres se encuentra judicialmente controlado en nombre del interés del niño.

2) La posibilidad, poco común en derecho comparado, de que sólo el padre se beneficie de la atribución judicial de la autoridad. Los tribunales se la atribuyen teniendo en cuenta su aptitud y el afecto anterior que tenía por el niño, frente a la indiferencia o incapacidad de la madre.

En caso de autoridad conjunta, la muerte de la madre trae como consecuencia la transferencia al padre, si bien Dinamarca exige la verificación judicial del interés del niño y, como en Noruega, la vida común anterior con éste. En cualquier caso, se beneficia de un derecho de contacto o de visita con aquellos a quienes se les ha rechazado la atribución del cuidado (*soin parental*⁸⁶), una regla que en el origen sólo jugaba para los padres divorciados.

3) Se tiene en cuenta la voluntad del menor en este ámbito, incluso para rechazar el derecho de visita: en Noruega, desde los 13 años, en Dinamarca desde los 14.

Pese a todo, estos países niegan que la equiparación de efectos para las uniones estables pueda confundirse con el matrimonio institucional propiamente dicho y de ahí la negación sistemática de extender la equiparación en relación con la patria potestad y la adopción de menores, pese a la insistencia en este sentido y continuas protestas de los influyentes colectivos de gays y lesbianas⁸⁷.

Así, si se toma el ejemplo de Dinamarca, desde una reforma realizada en 1985, los padres no casados, vivan juntos o no, pueden ejercer en común la autoridad paternal si alcanzan un acuerdo en este sentido, el cual se inscribirá por la autoridad administrativa local salvo que comprometa el interés del menor, sometiéndose, pues, a un control de oportunidad. De no alcanzarse, corresponderá a la madre.

En el caso de interrupción de la cohabitación, el padre natural puede pedir la custodia del menor. Cuando la pareja haya cohabitado durante un período prolongado, el juez decidirá en consideración del prevalente interés del menor. El hecho de que la actual le-

85. En Noruega se establece un registro en cada distrito a estos efectos. Una decisión de carácter administrativo admite la autoridad común de los padres bajo la única constatación del carácter estable de la pareja formada. En Suecia, es una comisión comunal la que se pronuncia, cuando la petición se liga a un reconocimiento de paternidad.

86. Considerada hoy la expresión patria potestad, autoridad parental,... demasiado jerárquica, ha sido sustituida en la familia jurídica germano-escandinava por el término «*soin parental*», «*omvårdnad*» del derecho sueco, «*sorge*» del & 1626 BGB alemán y los artículos 296-297 del CC suizo, «*obsorge*» del & 144 del ABGB austriaco. Con ello se pretende indicar el hecho de que los padres más que ejercitar un poder o una potestad deben cuidar a sus hijos.

87. RAMS ALBESA, «Perspectivas legislativas sobre las uniones estables de pareja», ob. cit., pp. 110 y ss.

gislación no reconozca una presunción de mayor idoneidad de la madre en los cuidados de la prole, representa un ejemplo de la creciente relevancia reconocida a los padres no casados. También en el caso en que la pareja haya cohabitado por un breve período —o no haya cohabitado— se le reconoce al padre el derecho a pedir la custodia exclusiva del hijo. Sin embargo, la madre gozará de una posición privilegiada, porque corresponderá al padre demostrar que su reclamación responde al principal interés del menor⁸⁸.

En la misma línea en Suecia la titularidad de la responsabilidad parental es de ambos progenitores si están casados y tan sólo de la madre si no han contraído matrimonio; si bien, igualmente, se permite a los padres naturales hacer una declaración de ejercicio conjunto⁸⁹.

III.2. Países Bajos

Por lo que a los Países Bajos se refiere, esta responsabilidad corresponde a ambos progenitores de forma conjunta si están casados en el momento del nacimiento del hijo. Ahora bien, si los progenitores del menor no están casados, excepto las salvedades vistas introducidas por la Ley de 4 de octubre de 2001, el principio de autoridad parental conjunta fue admitido desde 1995 pero subordinado a una declaración registrada ante el juez de menores, lo que exigía el consentimiento de la madre. Sólo puede rechazarlo en algunos casos taxativamente enumerados, fundamentalmente cuando uno de los padres es incapaz de ejercer la autoridad parental o ha sido privado de ésta, o incluso si el padre titular ejerce ya con un tercero «la autoridad común». La ley no exige la cohabitación de los padres. Además, como las otras legislaciones europeas que también admiten el ejercicio en común de la autoridad parental por declaración conjunta, el CC holandés no enuncia condición de edad para el hijo en el momento del reconocimiento parental (es una diferencia con el artículo 372.2 del CC francés⁹⁰). Hay que poner de relieve que a falta de consentimiento de la madre sobre el reparto de la autoridad parental, el padre puede, después de haber reconocido al niño, superar el obstáculo a través de una demanda al juez para que se le atribuya autoridad parental conjuntamente con la madre, en cuyo caso el juez estimará lo procedente atendiendo al interés del menor.

Por su parte, el cese de la pareja de hecho no pone fin al ejercicio en común de la autoridad parental: el acuerdo entre los padres continúa produciendo sus efectos dado que no estaba subordinado a su vida en común. Sin embargo, la presencia de desacuerdos repeti-

88. LINDA NIELSEN, «Separazione, divorzio, affidamento dei minori: L'esperienza danese» (en *Separazione, divorzio, affidamento dei minori: quale diritto per l'Europa?*), ob. cit., pp. 156 y ss.

89. Si los padres no están casados al nacer el niño, la madre obtiene automáticamente su custodia exclusiva. [...] No obstante, pueden obtener la custodia compartida mediante una notificación conjunta por escrito dirigida al Comité de Bienestar Social, acompañada de un documento de reconocimiento de paternidad. Todos los padres pueden hacerlo, con independencia de su nacionalidad. La responsabilidad parental se convierte en compartida de forma automática en el momento en que los progenitores contraen matrimonio, siempre y cuando se haya determinado legalmente la paternidad. Si los padres desean obtener la custodia compartida en fecha posterior al nacimiento y no tienen intención de contraer matrimonio, la pueden conseguir solicitándola conjuntamente a la Autoridad Fiscal en que el niño esté registrado. Sin embargo, un requisito para la solicitud es que ambos padres y el niño sean ciudadanos suecos y que la custodia no haya sido establecida previamente por un tribunal o mediante un acuerdo aprobado por el Consejo de Bienestar Social [Informe Reencuentro. «Divorciarse cuando se tienen hijos» (*«Getting divorced when you have children»*): Consejo Nacional de Salud y Bienestar (*Socialstyrelsen*) de Suecia; PÉREZ-VILLAR –COORD.–, *Estudio de derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida*, ob. cit., p. 77].

90. GRANET, *L'exercice de l'autorité parentale dans les législations européennes*, ob. cit., pp. 74 y ss.

dos tras la ruptura puede llevar a uno de los padres a solicitar al juez la guarda exclusiva en interés del menor. Concorre en este punto una inquietud de realismo que se encuentra en Alemania, en Suiza y en Inglaterra.

III.3. Grecia

En Grecia, cuando un hijo nace fuera del matrimonio, la patria potestad atribuida a la madre con el nacimiento, se extiende también al padre después de que éste reconozca al hijo como propio. Sin embargo, no la puede ejercitar a menos que la madre sea impedida por motivos legales o de hecho (artículo 1515 de la AK)⁹¹.

Por consiguiente, los *soins parentaux* son ejercitados por la madre cuando no estén casados. En cualquier caso, el padre natural lo podrá compartir con la madre a condición al mismo tiempo de que haya reconocido voluntariamente al niño, que la madre esté de acuerdo y que una decisión judicial se pronuncie en este sentido en interés del niño; el consentimiento de la madre y el interés del menor constituyen, pues, factores importantes y decisivos, respectivamente, en la decisión del Juzgado [artículo 1515.c).2]. En estos supuestos, el tribunal puede admitir un reparto general o limitado tan sólo a ciertas prerrogativas⁹².

Esto ocurre a menudo cuando los padres conviven o en el caso en que mantienen una buena relación, independientemente del hecho de que vivan juntos o no. Por el contrario, en el caso en que el padre discute el reconocimiento de la paternidad, no es posible que adquiera la patria potestad y menos que sustituya a la madre. Salvo que el Tribunal decida de otro modo, cuando sea conforme al interés del niño y siempre que venga a menos la potestad de la madre o ésta no pueda ejercitarla por razones legales o de hecho, o en caso en que los padres hayan convenido precedentemente en tal sentido [artículo 1515.c).3 de la AK]. La ratio de la disposición radica en la constatación de que un hombre que discute su propia paternidad, en realidad, no puede tener ningún deseo de establecer una relación con el hijo y que, por tanto, no es en interés de este último que la potestad sea confiada al padre⁹³.

III.4. Austria

En Austria, la titularidad de la responsabilidad parental (*Obsorge*) sobre los menores viene atribuida a ambos progenitores desde el momento de su nacimiento, si se trata de un hijo matrimonial, mientras que si se trata de un hijo extramatrimonial, el principio es a favor

91. El hecho de que pueda darse una subrogación, o sustitución automática e inmediata de la madre en el ejercicio de la potestad, crea algunos problemas serios especialmente en caso de muerte de ésta. Es ciertamente opinable que un padre pueda ocupar automáticamente el puesto del tutor en el ejercicio de la potestad del hijo con el cual tal vez no hubiera tenido ninguna relación hasta aquel momento, cuando el primero, quizás pariente de la madre fallecida, sea calificable como mejor candidato en interés del hijo. En efecto, en el caso en que un hombre decida voluntariamente reconocer la paternidad del hijo tras la muerte de su madre, no es necesario ningún otro consentimiento, sino que es suficiente su declaración. No se hace precisa la intervención del juez y menos verificar si tal ejercicio de la potestad corresponda al pleno interés del hijo, que vendrá separado del tutor, para estar junto a un hombre, hasta aquel momento desconocido: Theofano PAPAZISSI, *Il diritto di famiglia nell'Unione Europea*, ob. cit., p. 115.

92. PÉREZ-VILLAR —coord.—, *Estudio de derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida*, ob. cit., p. 66.

93. DELIGIANNIS, «The Children born without marriage», en *Dikaio Kai Politiki*, n. 4, 1983, p. 18: Theofano PAPAZISSI, *Il diritto di famiglia nell'Unione Europea*, ob. cit., p. 115.

de la atribución de responsabilidad a la madre (artículo 166 de la ABGB)⁹⁴. No obstante, el ejercicio en común de la autoridad parental puede pronunciarse por una decisión judicial, en virtud del § 167 del CC, a petición conjunta del padre y de la madre dirigida al tribunal si no es perjudicial al interés del niño y, decía la ley, cuando cohabiten («comunidad doméstica duradera»).

Tras la reforma introducida mediante el *Kindschaftsrecht-Änderungsgesetz* de 2001, en cuanto a los hijos naturales nacidos de una convivencia *more uxorio*, la potestad sigue correspondiendo en principio exclusivamente a la madre (§ 166 de la ABGB), salvo que ambos progenitores realicen una declaración conjunta al respecto. Pero si antes sólo se concedía en los casos en que los padres naturales vivían en «comunidad duradera de vida doméstica» con los hijos, tras la reforma, por contra, podrán obtenerla cuando ello no ocurra así (§ 167.c).2 de la ABGB]. De este modo, la disciplina de la potestad en caso de divorcio (§§ 177-177.b) de la ABGB)⁹⁵ vale también para la separación de los padres naturales⁹⁶.

III.5. Alemania

En Alemania, el derecho de la infancia ha sido objeto de una amplia reforma por tres leyes en 1997 y 1998 que han entrado en vigor el 1 de julio de 1998⁹⁷, tomando como principal eje la igualdad de los niños. En armonía con los compromisos contraídos tras la ratificación de la Convención de Nueva York relativa a los derechos del niño (en vigor en Alemania desde el 5 de abril de 1992), estas leyes han operado un cambio real de la legislación, fundamentalmente del derecho de la filiación y de la patria potestad.

Antes la patria potestad (*elterliche sorge* que podríamos traducir como «cuidado paterno») estaba sometida a una Ley de 18 de julio de 1979 que en su momento vino a significar un cambio de perspectiva en esta materia en tanto en cuanto el centro de gravedad de la relación paterno-filial se trasladó desde la posición del padre a la posición del hijo, adquiriendo preferencia el interés superior de éste.

Respecto a la situación del hijo extramatrimonial, sólo a partir de 1969 se le considera pariente del padre, pero aun así no llega a equipararse con el hijo matrimonial ya que el monopolio de la patria potestad lo tenía únicamente la madre (1705 antiguo BGB) o asistida

94. El padre se beneficia de un derecho de visita, bajo reserva de su supresión en razón del clima de hostilidad que reina entre los padres (§ 148), así como de ser informado de las circunstancias excepcionales que afectan a los niños. El niño debe ser oído y, estima la jurisprudencia, no se le puede imponer la visita del padre más allá de los 14 años: DEIXLER-HÜBNER, Scheidung, Ehé, und Lebensgemeinschaft, 3.^a ed., Viena 1996 (Orac), 249; BOULANGER, *Les rapports juridiques entre parents et enfants*, ob. cit., p. 61.

95. Tras la reforma, se reconoce por primera vez a los padres separados la posibilidad de mantener tras el divorcio la potestad conjunta, siempre que no presenten al Tribunal un acuerdo en el que lo establezcan de forma distinta (§ 177.c).1 de la ABGB].

En efecto, con carácter general la legislación austríaca atribuye a ambos progenitores el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental durante la convivencia y en los supuestos de ruptura no se prevé legalmente la modificación del ejercicio de dicha responsabilidad, conservándose a favor de ambos progenitores el ejercicio conjunto; pero sí contempla la posibilidad de que ambos progenitores, con anterioridad a su ruptura, establezcan pactos en relación con la atribución del ejercicio de la responsabilidad para el caso de que se produzca el cese de la convivencia: PÉREZ-VILLAR —COORD.—, *Estudio de derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida*, ob. cit., p. 57.

96. BRAUN, *Il diritto di famiglia nell'Unione Europea*, ob. cit., pp. 16, 32.

97. La ley de reforma del derecho de la infancia (*das Kindschaftsrechtsreformgesetz*), la Ley sobre asistencia legal (*das Beistandtschaftsgesetz*) y la Ley sobre la igualdad de los hijos en materia sucesoria (*das Erbrechtsgleichstellungsgesetz*).

en ciertos casos por un curador encargado de representar o de asistir al niño (antiguo 1709 BGB)⁹⁸. El padre natural estaba privado de toda prerrogativa en la materia, salvo si legitimaba al niño o le adoptaba (antiguos § 1723 y § 1741, párrafo 3, BGB), fórmulas de poca trascendencia pues estaban subordinadas la mayoría de las veces al consentimiento de la madre⁹⁹.

Como podemos comprobar la postergación del padre es absoluta ya que no podía adquirir la patria potestad ni por disposición judicial ni por acuerdo con la madre¹⁰⁰; el padre no casado carece tanto del derecho a ser titular como del derecho a ejercer la patria potestad, incluso si lo desea y si la madre está de acuerdo¹⁰¹.

Este rechazo del padre natural, admisible hace algunas décadas cuando podía presumirse su desinterés respecto del niño, había perdido toda justificación ante el aumento considerable de la proporción de hijos naturales conviviendo con sus dos padres.

De ahí que dichos principios fueran objeto de repetidos ataques ante la Corte Federal Constitucional por atentar contra el artículo 18 de la Convención Internacional de los derechos del niño y contra el artículo 6.5 de la Constitución de Bonn que establecía la necesidad de asegurar iguales condiciones de desarrollo a los niños legítimos e ilegítimos¹⁰². Con todo, la patria potestad sometida a la Ley de 18 de julio de 1979 devino obsoleta¹⁰³, especialmente

98. El principio de la autoridad parental en provecho de la madre sólo existe como tal desde 1969. Hasta entonces la debilidad del niño natural había traído como consecuencia una vigilancia judicial y administrativa con la instauración de una tutela pública, si bien desde 1961, el Tribunal de menores podía transferir la autoridad parental (devenida «cuidado parental» por la Ley de 1979) a la madre. En todo caso, la madre podía pedir al tribunal la supresión de la curatela que se comprobaba contraria al interés del niño (& 1707.2): BOULANGER, *Les rapports juridiques entre parents et enfants*, ob. cit., p. 59.

99. La inferioridad de la condición del padre natural se manifestaba en muchos sentidos:

– El & 1711 subordinaba el derecho de contacto o de visita del niño a la madre: Quedaba condicionado a no comprometer sus relaciones con el otro padre o sus modalidades de educación. A falta de voluntad materna, el tribunal podía intervenir para autorizar el contacto del padre y del niño que se revelara favorable a este último; pero su decisión era revocable.

– El fallecimiento o la mala conducta de la madre no confería la autoridad al padre, sino que se abría la tutela y el tribunal disponía de un poder de apreciación en cuanto a la posibilidad para el padre, a instancia de otros parientes, de ser designado como tutor (& 1779.2).

– Para adquirir la autoridad parental era necesario que el padre del niño le adoptara o formulara en su favor una declaración de legitimidad ante el tribunal. Pero tenía como consecuencia romper el ligamen preexistente con la madre y no había lugar a una fórmula de responsabilidad conjunta del niño.

100. MARTÍN CASALS, «Informe de Derecho comparado sobre la regulación de la pareja de hecho», ob. cit., p. 1754: Señalaba la doctrina más autorizada, en relación al hijo no matrimonial «el padre puede ser tutor, y también guardador, pero nunca titular de la patria potestad». A diferencia del padre matrimonial (& 1634), tampoco tiene ningún tipo de derecho de comunicación con el hijo. En todas estas materias coincidía la doctrina alemana de modo unánime que se imponía una reforma urgente que permitiera al padre acceder a la patria potestad sobre el hijo no matrimonial.

101. Tenía declarado el TC, desde 1981, que las diferencias a favor del matrimonio respecto de las restantes uniones convivenciales no lesionaban el principio de igualdad de sexos previsto en el artículo 3 de la misma norma constitucional.

102. Desde una Sentencia de 24 de marzo de 1981 la legislación existente sobre el derecho de contacto del & 1711 fue condenada. Para la Corte, el rechazo de los padres a contraer matrimonio o de prolongar sus relaciones no dispensaba al legislador de igualar la situación de los padres.

Asimismo el Tribunal Constitucional alemán en una Sentencia de 7 de mayo de 1991 exigió que la patria potestad fuera común en estos supuestos. El bien del menor exigía que esta situación no perdurase (KÖSTER, Thomas, *Sorgerecht und Kindeswohl. Ein Vorschlag zur Neuregelung des Sorgerechts*, Frankfurt, 1996, p. 2).

103. Por regla general la autoridad parental sólo podía ser atribuida a uno de los padres (antiguo & 1671, párrafo 4, BGB), mientras que la atribución conjunta estaba en principio prohibida por la ley, salvo si el interés del menor lo exigía. No obstante, esta solución había sido declarada inconstitucional por la Corte constitucional federal en una decisión de 3 de noviembre de 1982 sobre la base de que la preclusión de una custodia conjunta viola el principio de igualdad entre los padres. Todo ser humano, desde el momento del nacimiento, es titular de un derecho irrenunciable al mantenimiento de una relación con ambos padres. Esta relación padre-hijo dura toda la vida y no se interrumpe en caso de separación de los padres. Se trajo a colación, además, el principio afirmado en numerosas decisiones en materia de derecho de familia, según el cual la intervención del Estado en las relaciones entre los cónyuges no es en principio admisible y representa una excepción (BVerfG, 3 nov.

respecto a los niños nacidos fuera del matrimonio de tal modo que algunas disposiciones que les afectaban fueron declaradas inconstitucionales.

La nueva ley sobre filiación y las relaciones con los padres¹⁰⁴ viene a representar una fórmula de compromiso. Tras la reforma, el BGB establece en el § 1626a que corresponde la patria potestad compartida a los padres que al nacer su hijo no estuvieran casados uno con otro si manifiestan ambos que quieren ejercerla conjuntamente o si se casan uno con otro; añade el artículo que en otro caso tendrá la madre la patria potestad¹⁰⁵. La reforma ha innovado, pues, al abrirse por primera vez la posibilidad de atribuir la patria potestad en común al padre y a la madre cuando los padres no están unidos en matrimonio, si bien no llega a igualar la posición del hijo extramatrimonial respecto al matrimonial ya que la hace depender del consentimiento materno.

Ello dio lugar a que dicha reforma fuera objeto de un recurso de inconstitucionalidad; finalmente el Tribunal Constitucional alemán en Sentencia de 29 de enero de 2003 consideró que la norma no se apartaba de lo constitucionalmente permitido. La prioridad de la madre soltera para el ejercicio de la guarda y custodia del menor (es decir, para ser titular de la patria potestad) respecto al otro progenitor se consideraba constitucional¹⁰⁶.

Vivan juntos o separados, comparten la guarda del niño natural con la condición de que antes o después del nacimiento hagan una declaración conjunta ante un notario o ante la Oficina de la Juventud (*Office de la jeunesse*). Su declaración es simplemente registrada, sin ningún control de oportunidad por la autoridad que recibe la declaración. Igualmente puede atribuirse la patria potestad en común cuando se casen, solución que no se pone en entredicho por anulación del matrimonio (§ 1626a, párrafo 1, BGB)¹⁰⁷.

En caso de desacuerdos reiterados entre los padres sobre las decisiones a tomar respecto al niño, el más diligente tiene la facultad, en interés del menor, de acudir al tribunal, el cual

1982, BVerfGE 61, 358) (Vid. FURKEL, «De la dernière discrimination des sexes en Allemagne: La responsabilité parentale dans la filiation naturelle et en cas de desunion du couple marié», *RIDcomp.* 1992, p. 609; BUZZELLI, *Diritti del minore nella crisi coniugale e affidamento condiviso*, p. 494). Sobre la base de esta sentencia inició la evolución el ordenamiento alemán que concluyó con la Ley 16 de diciembre de 1997.

104. Ley de 16 de diciembre de 1997 (*Kindschaftsrechtreformgesetz*) que reforma el derecho de la infancia, modificando fundamentalmente los § 1626 y ss. BGB, que entró en vigor el 1 de julio de 1998. Vid. FURKEL, «Le nouveau droit de l'enfance en République federale d'Allemagne»: *RTDciv.*, 1998, p. 815.

105. En este contexto se comprende la reforma del § 1626 BGB. Párr. 1.º: el padre y la madre tienen el deber y el derecho de ejercer la autoridad parental sobre su hijo menor; el derecho de guarda les pertenece conjuntamente respecto a la persona del niño y la administración de sus bienes.

Párr. 2.º: para la educación y el mantenimiento del menor, los padres toman en consideración el desarrollo de sus capacidades y de sus necesidades, necesario para un comportamiento independiente y responsable. Según el grado de madurez del niño, discuten con él las modalidades de su derecho de guarda esforzándose por alcanzar un acuerdo.

Párr. 3.º: El bienestar del niño (o más común entre nosotros «interés del niño») implica el mantenimiento de relaciones con cada uno de sus padres y que pueda conservar los ligámenes que ha adquirido con terceros si tal es su interés para su desarrollo. Es además en esta perspectiva en que el nuevo § 1685 BGB reconoce un derecho de visita a personas próximas al niño.

106. MOTZER, Stefan, «Gesetzgebung und Rechtsprechung zur elterlichen Sorge und zum Umgangsrecht seit dem Jahr 2001», *FamRZ*, 15 de junio de 2003, p. 793; DE TORRES PEREA, «Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán», *Anuario de Derecho Civil* (abril 2006), p. 690.

107. Sobre un análisis más detallado es interesante FURKEL, *Le nouveau droit de l'enfance en République Federale d'Allemagne*, ob. cit., pp. 804 y ss.; EVA WENNER, «La réforme du droit de la filiation en Allemagne», *Annales de l'Université de Toulouse*, t. XLV, 1997, pp. 118-119; GRANET, *L'exercice de l'autorité parentale dans les législations européennes*, ob. cit., pp. 94 y ss.

puede otorgar la patria potestad exclusivamente a uno de ellos, como ocurre en el caso de padres divorciados o separados.

Por otra parte, la cesación de la pareja de hecho no va a implicar tampoco la de los efectos de la declaración conjunta tendiente al reparto de la responsabilidad parental. Si bien la ruptura podría generar circunstancias que conducen a uno de los padres a pedir el ejercicio exclusivo y se le podría satisfacer por el tribunal de la familia en interés del niño.

En ausencia de declaración o de matrimonio, la madre queda como titular exclusiva de la patria potestad y la ejerce también sola (§ 1626a, párrafo 2, BGB), incluso cuando vive con el padre.

Se observa, por lo tanto, un favor hacia la madre que no desaparece ni siquiera con esta reforma, ya que el padre tan sólo puede pedir que también le venga atribuida la potestad si la madre lo consiente. (Conviene precisar que, incluso, el consentimiento de la madre no puede ser otorgado durante el procedimiento sino que se exige un consentimiento preventivo, para evitar que ya la instauración del procedimiento comporte una perturbación en la relación de la madre con el hijo o, en todo caso, en las relaciones entre los padres.)

Si la madre fallece, el padre puede obtener la patria potestad si no es contrario al interés del niño (§ 1680, párrafo 2, BGB). En este punto la reforma ha abrogado la regla según la cual se abría la tutela sobre el hijo natural y era confiada a un tercero a pesar de la existencia del padre, regla que se aplicaba incluso cuando los padres habían vivido juntos (al padre sólo se le podía otorgar la patria potestad cuando la madre le había designado tutor por testamento).

En caso de atribución de la patria potestad a uno solo de los padres, el otro tiene derecho a mantener relaciones personales con su niño y un derecho de visita (§ 1684 BGB)¹⁰⁸. Ello ha supuesto un cambio importante ya que con anterioridad el padre carecía de estos

108. En este punto la legislación alemana sufre transformaciones importantes respecto a los padres ilegítimos. Mientras el padre divorciado, muy raramente titular de la autoridad parental bajo la antigua ley, poseía un derecho de visita acompañado de un derecho a ser informado sobre la vida del hijo, tratándose de un niño nacido fuera del matrimonio, el padre no tenía ni derecho de visita, ni derecho de información; no podía tener contactos personales con su hijos más que si la madre quería. Y si el padre no estaba satisfecho con la situación, siempre podía apelar al *Vormundschaftsgericht* para obtener el derecho de visita, sobre la base del interés del menor a tal contacto (§ 1711 BGB).

Con la reforma del derecho de filiación esta diferencia entre hijos legítimos y naturales desaparece. El derecho de visita del padre ya no vendrá relacionado con la existencia presente o pasada de un vínculo matrimonial (§ 1684 BGB).

En la propuesta del *Kindschaftsrechtsreformgesetz* se preveía: «todo padre tiene el derecho de visita frente al hijo». Contra esta formulación en el curso del debate legislativo se objetó que el derecho de visita no es tanto un derecho del padre como un derecho del hijo. En sostenimiento de esta tesis se ha apelado a la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos de menores, que establece (artículo 9, párr. 3): «Los países adherentes a la Convención reconocen el derecho del menor, compartido por uno o ambos padres, a tener relaciones personales regulares con ellos y directamente a mantener el contacto, en tanto esto no sea contrario al interés del menor». El derecho de visita no es sólo un derecho del padre, sino también un derecho del hijo, y en este sentido la norma establece ahora (§ 1684, párr. 1, BGB) que «el hijo tiene el derecho de visita frente a cada padre; cada padre es obligado y autorizado a visitar al hijo». Así, la nueva reglamentación traduce una armonización con la mayoría de los países europeos, de tal modo que el derecho de visita del padre natural se equipara en adelante con la del padre legítimo. A semejanza de este último, tiene el derecho y el deber de mantener relaciones con el niño; los modos de ejercicio de este derecho, que no depende de la voluntad de la madre, son regulados por el tribunal de la familia. Cada padre además, sea legítimo o natural, dispone de un derecho de información (*Auskunft über persönlichen Verhältnisse des Kindes*, § 1686, párr. 1) que le permite pedir al otro informaciones personales sobre el niño si la demanda no es contraria al interés de éste. He aquí, pues, en favor del padre natural, soluciones igualitarias que ponen punto final al arcaísmo de un sistema frecuentemente denunciado: *vid.* DIETER HENRICH, «Separazione, divorzio, affidamento dei minori: l'esperienza tedesca» (en *Separazione, divorzio, affidamento dei minori: quale diritto per l'Europa*), p. 52; FURKEL, *Le nouveau droit de l'enfance en République fédérale d'Allemagne*, ob. cit., p. 813.

derechos y sólo podía tener contactos personales con su hijo si la madre quería (antiguo § 1711 BGB). Tras la reforma se le otorga un derecho de visita, a semejanza de la situación de que disfrutaba el marido tras la separación o el divorcio. El padre natural, como el marido separado o divorciado, tiene el deber y el derecho de mantener relaciones personales con su niño y ello según las modalidades establecidas por el tribunal y no por la madre. Correlativamente se establece que el niño tiene derecho a mantener relaciones con cada uno de sus padres (§ 1681, párrafo 1, BGB). Al respecto la Sentencia del Tribunal europeo de Derechos humanos de 11 de octubre de 2001¹⁰⁹ condenó a la República Federal de Alemania a indemnizar al padre biológico de una menor de doce años por habersele denegado la posibilidad de mantener el más mínimo contacto con su hija. Evidentemente se trataba de una normativa que marginaba al padre soltero siendo contraria al interés del menor, normativa ya reformada, que dio lugar a que el Alto Tribunal europeo condenase al Estado alemán al pago de una fuerte indemnización¹¹⁰.

III.6. Luxemburgo

En Luxemburgo, constante el matrimonio, el padre y la madre ostentan la patria potestad, que es ejercitada de forma conjunta. Tratándose de una pareja de hecho, el padre o la madre que voluntariamente reconozca al menor, la ostentará si el reconocimiento se realiza tan sólo por uno de ellos. Si el reconocimiento de la filiación se realiza por los dos, la patria potestad corresponde a la madre. Ahora bien, no existe impedimento para que los progenitores ejerciten la autoridad parental en común sobre su descendiente si realizan una declaración conjunta ante el Juzgado competente¹¹¹. Por consiguiente, la ley subordina el ejercicio común simplemente a la declaración conjunta de los padres, en cuyo caso, el juez de menores debe registrarlo sin proceder a ningún control de oportunidad (ver artículo 380, párrafo 1, del CC).

III.7. Portugal

En Portugal, la potestad de los hijos (*puissance paternelle*) viene ejercitada conjuntamente por ambos padres, tanto en el matrimonio como en las uniones de hecho. En este último caso los padres convivientes deberán declarar ante el encargado del Registro Civil que quieren ejercitar conjuntamente la potestad¹¹². Por lo tanto, ejercicio en común por los padres pero con la doble condición de que hagan la declaración conjunta ante la autoridad competente y que vivan juntos, ya que de otro modo le corresponderá en solitario a la madre (artículo 1911 del CC).

109. BVerfG 29.1.2003, *FamRZ*, 2003, p. 287.

110. DE TORRES PEREA, *Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán*, ob. cit., p. 722.

111. PÉREZ-VILLAR —COORD.—, *Estudio de derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida*, ob. cit., p. 72.

112. GUIMARAES Y MOTA, *Il diritto di famiglia nell'Unione Europea*, ob. cit., p. 304.

III.8. Suiza

En Suiza, una ley de 1998¹¹³ ha permitido a los padres no casados ejercer en común la autoridad parental cuando se dan las condiciones del nuevo artículo 298. a del CC: deben presentar una petición a este fin y debe ser conforme al interés del menor. A su petición, los padres deben adjuntar una convención que fije su participación respectiva en el cuidado del niño. La petición está sometida a la ratificación de la autoridad tutelar de vigilancia. Si bien es verdad que la ley no distingue según que vivan juntos o no y por tanto no contempla ninguna exigencia sobre este punto, se ha constatado que en la práctica la autoridad tutelar lo concede de mejor grado en caso de vida en común; dicho elemento, pues, no es neutro en el control de la oportunidad y en la apreciación del interés del hijo¹¹⁴.

Por su parte, la ruptura de la pareja de hecho podría constituir un hecho nuevo capaz de justificar la sustitución del ejercicio en común por un ejercicio individual, acorde con lo que podría deducirse del artículo 298, párrafo 2, del CC, según el cual a petición del padre o madre o del hijo, o a iniciativa de la autoridad tutelar de vigilancia, aquélla puede modificar las modalidades de ejercicio de la autoridad parental cuando nuevas circunstancias lo exijan en interés del hijo.

III.9. Inglaterra

En fin, en Inglaterra y en el País de Gales, la regla tradicional del *Common Law* en relación a la patria potestad consideraba al hijo no matrimonial como «hijo de nadie» y, por lo tanto, no le atribuía una relación jurídica con su madre ni, mucho menos, con su padre. A pesar de ello, la jurisprudencia y diversas leyes especiales fueron otorgando a la madre una potestad parecida a la del padre del hijo matrimonial¹¹⁵. Hasta 1959 el padre del hijo no matrimonial únicamente podía obtener la guarda bajo la protección de los tribunales, circunstancia que le permitía —como a cualquier otro padre— la guarda legal o, como mínimo, el derecho de comunicación con el hijo, pero no el ejercicio conjunto de la patria potestad con la madre, a pesar de que así lo desearan tanto los dos progenitores como el propio hijo. La Family Reform Act 1987 equiparó los hijos matrimoniales y los no matrimoniales, con la única diferencia de que si los progenitores no estaban casados entre sí se atribuía la patria potestad, de modo automático, únicamente a la madre¹¹⁶. Por tanto, pese a la supresión de distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, no se abandona la regla de atribución de autoridad a la madre.

113. La Ley de 26 de junio de 1998 que reforma el divorcio, entró en vigor el 1 de enero de 2000, y, además de las disposiciones consagradas al divorcio, modifica las reglas aplicables a la autoridad parental cuando se trata de hijos nacidos fuera del matrimonio.

114. *Vid.* GRANET, *L'exercice de l'autorité parentale dans les législations européennes*, ob. cit., pp. 74 y ss.

115. *Vid.* FLAUSS-DIEM, «L'introduction de la responsabilité parentale en droit anglais», en *Les petites affiches*, 7 août 1991, núm. 94, pp. 41 y ss.

116. MARTÍN CASALS, «Informe de Derecho comparado sobre la regulación de la pareja de hecho», ob. cit., p. 1742; STEPHEN M. CRETNEY, *Elements of Family Law*, 2nd ed., London, Sweet & Maxwell, 1992, p. 224; BRENDA HOGGETT, *Parents and Children*, 4th ed., London, Sweet & Maxwell, 1993, pp. 32 y ss. También PRIEST, *Families Outside Marriage*, pp. 167-170 y PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, pp. 116-136.

Con posterioridad y en la misma línea, la Children Act 1989 continúa atribuyendo tan solo a la madre la *parental responsibility* automática¹¹⁷. El padre de un niño tendrá responsabilidad parental automática si está casado con la madre en la fecha del nacimiento del niño o si se casa posteriormente. Mientras que si no está casado sólo la obtiene en ciertos casos. En concreto la regla cuenta con diversas excepciones que permiten al padre adquirir la potestad sobre el hijo no matrimonial:

– La novedad de la Ley de 1989 fue reconocer un valor jurídico al pacto concluido entre los padres. Y así cuando los padres no están casados juntos y abstracción hecha de una vida común o no entre ellos (aunque en la práctica esta solución corresponde generalmente a una situación de vida en pareja), el padre natural puede adquirir la responsabilidad parental con la madre si los dos alcanzan un acuerdo en este sentido, acuerdo sometido a las condiciones de forma y de fondo establecidos reglamentariamente [Children Act 1989, Sec. 4 (1) (b) *parental responsibility agreement*]¹¹⁸.

– En caso de oposición o desinterés de la madre, el padre natural tendrá la posibilidad de acudir a los tribunales con el fin de que se le otorgue la responsabilidad parental. En este sentido, influido por la Convención Europea de Derechos Humanos, el legislador permite al padre que pueda superar el obstáculo del rechazo de la madre y que obtenga del juez la atribución de la responsabilidad parental con la condición de demostrar de forma convincente que ello responde al interés superior del niño, permaneciendo la madre también investida¹¹⁹ («a petición del padre, el tribunal podrá ordenar que éste tenga la potestad sobre su hijo») [Children Act 1989, Sec. 4 (1) (a)]. Será precisamente el bienestar del menor la principal consideración a tener en cuenta por los tribunales: además son factores importan-

117. La atribución originaria de la responsabilidad parental depende del hecho de que sus autores estén o no casados juntos desde el nacimiento del niño: «Si los padres están casados, ambos serán titulares de la responsabilidad parental; –Por el contrario cuando no están casados, el párr. 2 del artículo 2 dispone que en este caso «la madre tendrá la responsabilidad parental respecto del niño y el padre no la tendrá, a menos que no la adquiera conforme a la presente ley». Sólo en caso de muerte o impedimento de la madre se le pueden atribuir las cargas al padre.

El Gobierno pensó que una atribución automática al padre natural podría ser perjudicial para algunas madres solteras y para algunos niños: El razonamiento de la regla se explicó por BALCOMBE, L.J. en *Re H* («Illegitimate Child: Father: los Derechos Paternales») (No. 2) [1991] 1 FLR 214, at 218.

Sobre el tema tuvo igualmente oportunidad de pronunciarse la Corte europea de Derechos Humanos en el caso *B v. Reino Unido* (2000) 1 FLR 1, donde se argumentó que dado que puede haber grandes diferencias de compromiso de los padres no casados hacia un niño, había una razonable y objetiva justificación para las diferencias de trato entre padres casados y no casados respecto a una adquisición automática de la responsabilidad parental bajo la *Children Act*. Mientras en el derecho nacional se ofrezca un mecanismo por el que pueda reconocerse la relación del padre no casado con su hijo (como ocurre en s. 4 *Children Act*), parece que la falta de reconocimiento de los mismos derechos a todos los padres se considera justificado por la Corte Europea.

Sobre el tema, ver también la Corte europea de derechos humanos en *MCMichael c. United Kingdom* (application núm. 16424/90) (1995) 20 EHRR 205; y *M v. United Kingdom* (Application núm. 6635, 15 septiembre 2005).

118. Prescripciones contenidas en «*Parental Responsibility Regulations 1991*» (núm. 2). Respecto a la forma, el acuerdo debe ser firmado por ambos en presencia de testigos y registrado en el «*Principal Registry of the Family Division*», que no dispone más que de un control de regularidad formal. Y en cuanto al fondo, el padre deberá justificar un compromiso suficiente hacia el niño. *Vid.* CRETNEY ET MASSON, *Principles of Family Law*, 1990, p. 514; FLAUSS-DIEM, *Le droit de la famille en Europe*, Strasbourg, 1992, p. 421.

Aunque un tribunal tiene la posibilidad de negarse a emitir una orden en virtud de la Sección 4, aun cuando ambos padres estén de acuerdo, la autoridad local no puede impedir a la madre que tiene el cuidado de un niño que alcance un acuerdo de responsabilidad parental con el padre [RE X (2000) 1 FLR 517, 2 WLR 1031 1; FCR 379 (Wilson J)].

119. ¿Qué consecuencia produce la atribución de la responsabilidad parental a otra persona sobre la situación del titular original? La ley afirma que cuando una persona ha tenido la responsabilidad de un niño, no pierde esta responsabilidad por el solo hecho que otra persona la adquiera posteriormente. Lo que viene a decir que todas las personas que obtienen la responsabilidad parental de un niño deberán añadirse al detentador original diseñado por la ley: FLAUSS-DIEM, «L'introduction de la responsabilité parentale en droit anglais», ob. cit., p. 42.

tes, entre otros, el grado de compromiso mostrado hacia el menor, el apego que exista entre ellos, las razones por las que lo solicita...¹²⁰.

– Incluso, el padre natural puede beneficiarse de una orden de residencia¹²¹ en interés del niño. A toda persona que obtiene una orden de residencia en su favor, se le ha de atribuir la responsabilidad parental si no era ya titular (artículo 8). No obstante, si bien en los casos anteriores el padre va a mantenerse como titular de la responsabilidad parental hasta el vencimiento normal de la función, a través de esta vía sólo se mantiene mientras subsiste la orden de residencia.

En definitiva, la responsabilidad parental fuera del matrimonio sólo es atribuida a la madre cuando no haya acuerdo entre los padres sobre una atribución a uno u otro, fundamentalmente como consecuencia del rechazo de la madre, y a falta de decisión judicial a favor del padre¹²².

Fuera de estos supuestos, la desigualdad entre los padres se mantuvo en la familia natural. El monopolio de la madre es sólido porque, sin su acuerdo, el padre no puede establecer su paternidad de forma extrajudicial. De tal modo que el padre no tiene derecho a ser consultado e informado sobre las decisiones corrientes, ni incluso *a fortiori* sobre las cuestiones graves que afectan al niño. El establecimiento del lazo de filiación parental fuera del matrimonio no implica automáticamente la atribución de la responsabilidad parental ni, en consecuencia, cualquier ejercicio de ésta. El derecho inglés mantenía en este punto una discriminación difícilmente justificable en detrimento del padre natural en relación al padre legítimo y se situaba por detrás en relación a las legislaciones continentales, mientras que inversamente mantenía un enfoque bastante abierto del ejercicio de la responsabilidad parental en la hipótesis de una separación conyugal.

Con todo, como podemos apreciar, se precisaba una mejora de la situación del padre natural ya que no se le reconocía la responsabilidad parental sin el consentimiento de la madre

120. En Re H (Minors) (Local Authority: Parental Rights) (No. 3) [1991], BALCOMBE, L.J. destacó precisamente estos factores. Sin embargo, aunque hayan sido aplicados en los casos siguientes (*vid.*, por ejemplo, Re CB (Parental Responsibility Order) [1993] 1 FLR 920; y Re G (A Minor) (Parental responsibility Order) (1994) 1 FLR 504), la Corte de apelación ha establecido que éstos son sólo un punto de arranque y que otros factores pueden ser tenidos en cuenta (*vid.* Re H (Parental Responsibility) [1998] 1 FLR 855).

Pese a la disposición de las cortes para otorgar la responsabilidad parental, en casos excepcionales puede rechazarse, como muestra Re M (Contact: Parental Responsibility) [2001] 2 FLR 342; Re H (Parental Responsibility) [1998] 1 FLR 855 (el padre había injuriado al hijo); Re P (Parental Responsibility) [1998] 2 FLR 96 (se encontró al padre en posesión de fotografías escenas de su hijo); Re P (Parental Responsibility) [1997] 2 FLR 722 (el padre estaba cumpliendo condena por robo); M v. M (Parental Responsibility) [1999] 2 FLR 737...; Kate Standley, Family law, 5.^a ed., 2006, pp. 281 y ss.

121. La orden de residencia es la investidura judicial que confiere la responsabilidad parental, sin necesitar la vida común de los padres: Cuando el Juzgado dicta una orden de residencia a favor del padre le está además atribuyendo la responsabilidad parental si aún no la tuviera (sección 12.^a, punto 1). Ahora bien, su ejercicio por esta vía se encuentra circunscrito a la duración de la orden de residencia. Además, existen una serie de restricciones al ejercicio de la responsabilidad parental así obtenida y que se concretan en la sección 12.^a, puntos números 2 y 4.

En estas hipótesis, el derecho inglés establece una responsabilidad concebida como una función común a los padres, pero del cual cada uno hace un ejercicio independiente y sin autorización del otro para garantizar el bienestar del hijo: el padre gozará entonces de la autonomía más completa en su actuación, salvo aquellos actos para los cuales la ley exige el consentimiento de ambos. En caso de conflicto la Corte debe intervenir para dirimir la controversia y limitar el eventual ejercicio abusivo inhibiendo, por ejemplo, la transferencia del hijo fuera de la nación, o valorando la necesidad de someter al menor a tratamientos médicos irreversibles.

122. Entendía BAINHAM [«When is a parent not a parent? reflections on the unmarried father and his child in english law», *International Journal of Law, Policy and the Family*, 1989 3(2):208-239], que la reforma no había ido suficientemente lejos.

o por una orden de la Corte, con la consecuencia que las limitaciones conexas a la ausencia de tal título repercutían inevitablemente sobre la posición del menor, comprometiendo las garantías que el mismo ordenamiento había establecido en tutela de la prole. En cualquier caso, la tendencia del sistema a favorecer el bienestar del menor ha llevado a eliminar las diferencias entre hijos naturales y legítimos y a privilegiar la relación padre-hijo. Ante las injusticias que esta situación podía crear se planteó una reforma sobre este punto, si bien al legislador no le pareció conveniente otorgar una responsabilidad automática y prefirió que esta situación persistiera en la actualidad tan sólo para el padre natural que no hubiera incluido su nombre en el certificado de nacimiento del hijo (lo que venía a evidenciar un cierto compromiso por parte del padre¹²³), y para los padres de menores nacidos antes de enero de 2004¹²⁴. De este modo, a partir de diciembre de 2003, se abre una nueva posibilidad de adquisición automática de la responsabilidad parental registrando el nacimiento del niño con la madre¹²⁵ y ¹²⁶ y en aquellos casos en que no se registre podrá utilizar el resto de medios indicados.

Al respecto decir que los padres tienen un deber de registrar el nacimiento del niño: Bajo la Births and Deaths Registration Act 1953, si la madre y el padre están casados, ambos pueden hacerlo. Si no están casados, el deber sólo le corresponde a la madre, y el registrador no puede incluir el nombre de cualquier persona como el padre del niño a menos que: ambos padres asistan juntos y hagan una petición conjunta; o uno de ellos haga una petición para registrar el nacimiento del niño y proporcione una declaración que reconozca la paternidad. Adquirida la responsabilidad paternal por el registro del nacimiento no es permanente ya que puede terminarse por orden judicial¹²⁷.

En conclusión, en la actualidad, según la Sección 2.^a Children Act 1989 y la regulación contenida en la Adoption and Children Act 2002¹²⁸, la madre siempre ostenta la responsabilidad parental. Sin embargo, respecto del padre, hay que distinguir varios supuestos (Sección 4 del Children Act 1989): La adquisición automática sólo se produce si está casado con la madre en el momento del nacimiento del niño, situación que se hace hoy extensible al miembro de la pareja homosexual registrada. Mientras que si no está casado y el certificado de nacimiento se encuentra registrado antes del 1 de diciembre de 2003, el padre no adquirirá automáticamente la responsabilidad parental, pero puede optar por las vías antes vistas (acuerdo con la madre, decisión judicial, obtención de una orden de residencia, o contraer matrimonio con la madre del niño; a estos mecanismos podemos añadir el hacerse guardián

123. Si realmente se exige como requisito previo un indicador de compromiso entre el padre y el niño, podría observarse que la firma del registro del nacimiento de un niño resulta un indicador más directo que la firma de un certificado de matrimonio.

124. CINZIA VALENTE, *Il diritto di famiglia nell' Unione Europea*, ob. cit., p. 324; Penny Booth and Lieke Quanjel-Schreurs, *The Legal Position of the Married and Unmarried Father Under English and Dutch Law: Sharing Parenting or Just Going Dutch?*, Springer Netherlands, vol. 25, núm. 2, enero 2004, pp. 135-158.

125. En Irlanda tal innovación se introdujo con la Family Law (Northern Ireland) Act 2001.

126. Esto vendrá a atribuirle automáticamente la potestad con los derechos y cargas conexas, pero, del mismo modo, le garantizará el derecho a intervenir en el procedimiento de adopción del hijo, que en la legislación anterior, se podía concluir sin su participación (Adoption Children Act 2002).

127. KATE STANDLEY, *Family Law*, ob. cit., 2006.

128. Se prevé que una entrada en vigor como la English Adoption and Children Act 2002 traiga como consecuencia una ampliación de los titulares de la responsabilidad parental, de modo que los *step-parents* adquieran una posición similar a la de los padres no casados en virtud de un acuerdo formal o por orden judicial: ESPINOSA CALABUIG, *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, ob. cit., p. 111.

del niño a la muerte de la madre, adoptarlo o bien obtener una orden de protección especial (v. 16.18). Finalmente, la Sección 4.^a Children Act 1989, referida a la adquisición de la responsabilidad parental por el padre, tras la reforma operada por la Sección 111 de la Adoption and Children Act 2002 (que entró en vigor el 1 de diciembre de 2003), permite que el padre no casado pueda obtener la responsabilidad parental cuando su nombre se encuentre incluido en el certificado de nacimiento del niño¹²⁹.

Una vez un padre ha adquirido la responsabilidad parental tiene los mismos derechos que un padre casado, con la salvedad de que puede terminarse por decisión judicial. A este respecto, los padres solteros están todavía discriminados¹³⁰.

Finalmente apuntar que un acuerdo entre los padres sobre un reparto de responsabilidad parental no pierde sus efectos por la ruptura de la pareja, a no ser que sea excluida por orden de los tribunales; no está además condicionado por la existencia de una vida en común. La crisis de pareja, así pues, no afecta a la titularidad ni al ejercicio de las responsabilidades parentales; ambos progenitores siguen ostentando las mismas obligaciones respecto de sus descendientes. (La disciplina quiere privilegiar la relación padre-hijo fundándola sobre la necesidad de que el hijo mantenga el contacto con ambos padres.) No obstante, conflictos incesantes pueden llevar al juez a adoptar la guarda exclusiva.

IV. REFLEXIONES FINALES

Del análisis realizado de los derechos positivos se desprende que la oposición entre las fórmulas de atribución exclusiva en provecho de un padre, normalmente la madre, y aquellas de responsabilidad conjunta de los dos padres, no tiene en realidad nada de absoluto¹³¹. Las prerrogativas de la madre sola podrían así ser ampliamente atenuadas por la concesión del derecho de visita o derecho de contacto del padre con una vigilancia acrecida sobre las decisiones tomadas. A la inversa, la concesión de la autoridad conjunta podrá ser sometida a condiciones más o menos severas, fundamentalmente de vida común de los padres y de conformidad al interés del niño. A ello se une en casi todos los sistemas un papel creciente de los acuerdos parentales y de la intervención judicial en la atribución de la autoridad. Con lo cual, parece que no puedan tomarse decisiones concluyentes sobre la mejor fórmula de ejercicio de la autoridad parental.

Se pone de manifiesto en este punto la existencia de diferentes tendencias paralelas pero no exentas de ciertas contradicciones en las diferentes legislaciones. Así, junto a movimientos de igualdad del estatuto de los niños que evite toda discriminación entre ellos, por una parte, y entre parejas casadas y no casadas, de otra, se constata un tercer movimiento que tiende a crear desigualdades pero esta vez entre los padres y madres en el seno de las parejas

129. PÉREZ-VILLAR –coord.–, *Estudio de derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida*, ob. cit., p. 40.

130. En este punto hay que reseñar la precariedad de la responsabilidad parental otorgada al padre natural. En efecto, tanto el acuerdo entre los padres naturales como la decisión que atribuye la responsabilidad parental al padre natural pueden finalizar tras una decisión del juez tomada a este fin por un titular de la responsabilidad parental o por el niño mismo. Con lo cual, sólo el padre natural puede ser desposeído de la responsabilidad parental.

131. BOULANGER, *Les rapports juridiques entre parents et enfants*, ob. cit., p. 56.

no casadas. En este sentido se confieren cada vez más poderes a las madres, no sólo sobre la procreación misma, sino también por lo que se refiere al establecimiento del vínculo jurídico de filiación entre un padre no casado y su niño (a través del consentimiento necesario para el reconocimiento en algunas legislaciones) y al ejercicio de la autoridad parental en tanto en cuanto la coparentalidad en la pareja no casada requiere todavía en muchos países el acuerdo de la madre (a través de una declaración común) mientras que sólo es reconocida de pleno derecho en muy pocos sistemas jurídicos. Esto es, al lado de la igualdad creada entre todos los niños, de una parte, y entre los diferentes tipos de parejas, de otra, paradójicamente estas medidas acentúan una desigualdad en el interior de la pareja formada por los padres y madres no casados¹³².

Parten de una concepción equivocada de que las respectivas posiciones legales del padre y del niño se pueden mantener distintas. En este punto sería deseable que el principio del interés preferente del menor continúe desarrollándose en todos los países y sistemas, pero también sería deseable una revalorización del concepto de autoridad paterna dirigida siempre al servicio del hijo. En un momento en que se está redefiniendo la paternidad como concepto legal primario, es un momento oportuno para abrir de nuevo estos debates. Aunque, encontrar el equilibrio en esta materia, no es cuestión fácil.

Si previsiblemente el matrimonio tradicional coexistirá en pie de igualdad con otras formas de relaciones entre adultos, parece lógico centrar el núcleo del Derecho de Familia en torno a las relaciones paterno-filiales, en línea con una tendencial irrelevancia del matrimonio respecto a la filiación. El principio de no discriminación de menores, así como el interés superior del niño que según el Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niño debe informar toda medida legislativa, judicial o administrativa sobre menores, explica que estas cuestiones deban tratarse de manera independiente a la unión, matrimonial o no, de quienes ejercen la responsabilidad parental¹³³. Ha de darse una legislación en materia de protección de menores aplicable a todos los niños independientemente de su filiación. Se configura así el interés del menor como criterio que debe presidir toda regulación y lo mejor para éste será garantizar una relación estable con su padre con independencia de que sea marido de su madre.

De ahí que en esta materia, como ocurre en otros campos, los ejes conyugales y maritales aparecen separados. Ambos tipos de vínculos se reglamentan por principios jurídicos diferentes; es por ello que los diferentes tipos de oficialización ofertados a las parejas no casadas, no inciden sobre el estatuto jurídico de los niños de estas parejas.

La consecuencia es clara: si es generalmente aceptado que ya no se debe diferenciar entre niños que nacen dentro de un matrimonio y niños que nacen dentro de otra relación, la mutua relación de los padres no ha de influir en su capacidad para obtener la responsabilidad parental, entendida sobre todo en sentido funcional, es decir, como instrumento para

132. SOSSON, «Les enfants concubins», ob. cit., Conclusión, p. 405.

Dando un paso más, la voluntad claramente expresada en diferentes países de igualdad de las parejas heterosexuales y homosexuales plantea la difícil cuestión del acceso a la parentalidad por las parejas del mismo sexo, cuestión de una importancia capital que pone en cuestión el sentido mismo de la filiación ya que consistiría en admitir que un niño pueda tener dos padres o dos madres, o más que un padre y una madre.

133. GONZÁLEZ BEILFUSS, «Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea», ob. cit., p. 65.

realizar los intereses y el bien del menor. Sólo su relación legal con el niño es relevante; o dicho de otro modo, dado que el interés primario de la prole ha de ser preordenado a cualquier otro principio, la naturaleza de la relación entre padres pierde relevancia.

A este respecto, con buen criterio a nuestro modo de entender, el Principio 19 del Council of Europe's White Paper establece que «1. La responsabilidad parental debe en principio pertenecer en común a ambos padres. 2. En casos en que sólo un padre tiene la responsabilidad parental por ley, el otro padre tendría una oportunidad de adquirir la responsabilidad parental a menos que vaya contra el interés del niño. La falta de consentimiento o la oposición del otro padre que tiene la responsabilidad parental no debe ser como tal un obstáculo para tal adquisición»¹³⁴.

Obligar a los padres a hacer una declaración conjunta es resucitar la vieja idea de que el padre natural no ejerce de pleno derecho la autoridad parental¹³⁵. Cuando, en realidad, la tendencia a favorecer el bienestar del menor ha de llevarnos a eliminar toda diferencia entre hijos legítimos y naturales y a privilegiar la relación padre-hijo. De ahí la necesaria adecuación de aquellos ordenamientos que reconocen un derecho de veto a la madre impidiendo al padre el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental. Ha de ofrecerse a éste la posibilidad de adquirirla sin que ello pueda dejarse al mero arbitrio de la madre sino, en última instancia, al juez quien decidirá lo procedente en caso de conflicto atendiendo siempre al interés del menor.

La cuestión se torna especialmente relevante en un momento en el que la creciente movilidad de personas entre los Estados y el potencial conflicto de leyes, hace necesario cada vez más urgentemente un juego mínimo de derechos para los padres no casados¹³⁶. Y todo

134. BOELE-WOELKI, «Parental responsibilities, Cefl's initial results», p. 152, en Boele-Woelki (ed.), *Common Core and Better Law in European Family Law*, ob. cit.

135. RUBBELIN-DEVICHI, *Le concubinage: mise a tour*, *Melanges D. Huet-Weiller*, 1994, p. 413.

136. En el ámbito de la Unión Europea se ha producido una auténtica revolución en materia de Derecho de Familia, ya que la libertad de circulación y establecimiento en todo el territorio, ha dado lugar a que cada vez sean más frecuentes las situaciones en las que sus miembros se hallan dispersos en distintos Estados de la Unión. Esta realidad social ha obligado a las instancias comunitarias a elaborar normas uniformes para determinar la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y para permitir la libre circulación de decisiones judiciales en todo el territorio comunitario.

A estos efectos, el Reglamento 1347/2000 discriminó claramente respecto a la responsabilidad parental de los hijos habidos fuera de una unión matrimonial, en tanto en cuanto, sólo contemplaba las cuestiones de responsabilidad parental sobre los hijos comunes de los cónyuges en el marco de un procedimiento de nulidad, separación o divorcio. De ahí que las principales críticas se centraran en este punto (CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000», en AA.VV., *Mundialización y Familia*, coord. A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel, Madrid, Colex, 2001, p. 235; ESPINOSA CALABUIG, *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, ob. cit., pp. 114 y ss.; H. GAUDEMET-TALLON, «Le règlement 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs», *JDI*, 2001, p. 387; ...). Tal restricción en su ámbito de aplicación propiciaba la desigualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, lo que atentaba contra el orden público de todos los Estados miembros, como es el caso del nuestro, ya que fácilmente podría plantearse la inconstitucionalidad de esta discriminación claramente incompatible con el artículo 14 de nuestra Constitución. (En este sentido se ha manifestado el Tribunal Constitucional al poner de relieve que «cualquier opción legislativa de protección de los hijos» que quebrante el principio de igualdad de éstos ante la ley con independencia de su filiación, «incurre en una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el artículo 14 de la Constitución» (STC de 18 de marzo de 1998).

Pronto, sin embargo, empezarán los trabajos en pro de una extensión de su ámbito aplicativo de modo que, tal como manifestó el Comité Económico y Social en su Dictamen sobre la Propuesta de Reglamento (apartado 25), «el principio de protección de la parte más débil debe confirmarse sin ambages». Y, por ello, el 6 de septiembre de 2001 se presenta a la Comisión una propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental, en cuya Exposición de Motivos se pone de relieve la necesidad de ampliar el principio de reconocimiento mutuo a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, incluidas aquellas que establecen un derecho de visita, con el fin de garantizar la igualdad de todos los niños (p. 5).

ello en línea con los importantes avances que se están dando hacia la armonización del derecho civil y de familia en Europa ante el flujo constante y creciente de ciudadanos de un país a otro y la consiguiente europeización e internacionalización de las relaciones familiares.

Por otra parte, los matrimonios no tienen el monopolio de las crisis de pareja y por ello toda unión de hecho puede fracasar y llevar a los convivientes a una confrontación similar a la que mantienen los cónyuges¹³⁷.

Pues bien, tras la ruptura de un concubinato, las soluciones son diversas.

Hay países en los que tras la ruptura de la comunidad de vida se continúa con el ejercicio común de la autoridad parental. En este sentido el derecho belga desde 1995 ha sabido solventar la dificultad renunciando a distinguir entre padres casados o no y cohabitantes o no, orientación que se encuentra en la Ley francesa de 4 de marzo de 2002. No es ello sino derivación de la igualdad de trato entre los niños que conlleva a la no exigencia de cohabitación para conformar como regla general el ejercicio en común; estén o hayan estado o no casados, desde la lógica de la igualdad de los hijos, debe resultar indiferente¹³⁸.

En otros, por el contrario, la ruptura de la comunidad de vida conlleva el cese del ejercicio conjunto de la autoridad parental y obliga a distinguir según que los padres estén o no casados. Es el caso de España donde el ejercicio conjunto de la autoridad parental está ligado a la vida común, de tal modo que la ruptura del concubinato lo pone fin. Así, como en los casos de divorcio, sólo el padre guardián ejerce la autoridad parental salvo si el juez, instado por el otro padre, decide un ejercicio en común o un reparto entre los interesados de las diversas prerrogativas.

En los otros Estados, las soluciones se matizan: En principio el cese del concubinato no conlleva el cese de los efectos de la declaración conjunta tendente al reparto de la responsabilidad parental, si bien la ruptura podría generar circunstancias que conduzcan a uno de los padres a pedir el ejercicio exclusivo y podría serle otorgada en interés del hijo.

Es cierto que hasta el momento, el principio del mantenimiento del ejercicio en común ha adquirido amplitud tras un divorcio o una separación más que con ocasión de la

Se ensalza así la protección del menor como uno de los objetivos prioritarios del legislador comunitario con la elaboración del Reglamento 2201/2003 y la derogación del texto anterior, desapareciendo la referencia a los hijos comunes y, en definitiva, también la vinculación de los litigios sobre dichas materias con un litigio matrimonial. Todo ello se habría hecho para garantizar la igualdad de trato a todos los niños, contemplado en los ordenamientos jurídicos de todos los Estados de la Unión y también en la normativa convencional internacional en materia de protección de menores, como respuesta a una necesidad social. Opta, pues, el nuevo Reglamento de manera decidida por el interés del menor, en cuanto criterio que debe presidir toda su regulación (VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, «La protección de menores en la Unión Europea: El Reglamento comunitario 2201/2003», *Revista electrónica de Estudios internacionales*, 2006, p. 17, www.reei.org).

137. PÉREZ MARTÍN, *Derecho de familia*, vol. 1 («Procedimiento contencioso. Separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos. Aspectos sustantivos»), Lex Nova, 2007, p. 155.

138. En este sentido es curioso cómo los Principios de disolución de la familia del American Law Institute's se refieren a la disolución de la familia y no del matrimonio en cuanto se aplican tanto a las relaciones formales como informales, con lo cual intencionadamente se ha querido extender a las familias que viven en convivencia no marital y tanto heterosexuales como homosexuales que han formado parejas de hecho. De este modo, los derechos y deberes de los padres que no están casados con sus hijos se rigen, en general, por las mismas normas que los padres casados: capítulos 2 y 3. Sobre el tema, *vid.* KAY HILL, «Cuestiones de Género en el Divorcio: Comentarios sobre el American Law Institute's», *Duke Journal of Gender Law & Law Policy*, t. 8, Primavera/Verano 2001; MARYGOLD, S. Melli, «Principios de disolución de la familia dictados por la American Law Institute's», Ponencia a las XIII Jornades de Dret Català a Tossa (<http://civil.udg.edu/>).

ruptura de una pareja de hecho. No obstante, si de verdad se quiere generalizar un sistema respetuoso con el interés del menor y con la igualdad en los roles de los padres, lo lógico sería modificar los preceptos relativos a la patria potestad y establecer como regla general el ejercicio simétrico por ambos padres y, como excepción, el ejercicio asimétrico o incluso unilateral, cuando así se justificase judicialmente en aras al interés del menor. Si el ejercicio conjunto y compartido es la regla cuando los padres viven juntos, debe procurarse que también lo sea cuando los padres viven separados, salvo que el interés del hijo aconseje otra cosa¹³⁹.

139. GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO, «Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005», ob. cit., p. 95.

DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES EN LOS LITIGIOS DE FAMILIA EXTRACOMUNITARIOS

ANNA M. VIDAL I CARDONA

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Mataró. Doctora en Derecho

RESUMEN

En este artículo se analiza la determinación de la competencia judicial internacional en los procedimientos de familia. Cuestión esta cada vez más importante a la luz de la movilidad transnacional de personas procedentes tanto de países comunitarios como extracomunitarios y no sólo entre las clases más adineradas sino en todos los estratos sociales e incluso entre los ciudadanos económicamente más desfavorecidos. Esta generalización de la internacionalización de la familia hace necesario un buen análisis de la competencia judicial internacional ya que afecta a un gran número de ciudadanos y es una cuestión ya habitual en el día a día de todos los operadores jurídicos. El artículo estudia la normativa contenida en los reglamentos comunitarios de aplicación directa en los distintos Estados miembros y el efecto de esta normativa sobre la normativa interna. A través del análisis de diferentes casos prácticos reales donde intervienen litigantes extracomunitarios se estudian las distintas posibilidades que nos brinda la normativa y la respuesta jurisprudencial en los últimos años.

ABSTRACT

This paper analyses how the jurisdiction of Courts in the international family proceeding shall be determined. This question is more and more important due to transnational movement of population within EU countries and also outside the EU. These movements are now among all social positions and not only between powerful people. For that reason a good study is needed due to the daily importance of legal agents and also for a lot of people. This paper studies the EU regulations about this subject and its effect over the national laws of Member States. Through the analysis of different real affairs with non European citizens we will see all the possibilities in order to know which courts have the jurisdiction in this kind of proceedings and we will also analyze the Court's decisions made in the recent years.

Sumario

I. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LA FAMILIA

II. LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL SÍ DE LA UNIÓN EUROPEA. EL DESPLAZAMIENTO DE LAS NORMAS INTERNAS

III. LAS NORMAS SOBRE COMPETENCIA JUDICIAL RECOGIDAS EN LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS

III.1. Separación, divorcio y nulidad matrimonial

III.2. Responsabilidad parental

III.3. El mantenimiento de la aplicación del Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre, a las reclamaciones de alimentos en el sí de una ruptura matrimonial

III.4. Aplicabilidad del Reglamento en las medidas previas y coetáneas a la demanda y a las medidas cautelares

IV. LAS OTRAS NORMAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN JUEGO

IV.1. La LOPJ

IV.2. Las normas de competencia judicial contenidas en convenios bilaterales

V. LA APLICACIÓN DE ESTA NORMATIVA A LOS LITIGIOS DE FAMILIA EXTRACOMUNITARIOS: ANÁLISIS DE SUPUESTOS PRÁCTICOS

V.1. Supuestos extracomunitarios con elementos de extranjería localizados en distintos países

V.2. Supuestos extracomunitarios sin residencia en España

V.3. Supuestos extracomunitarios de difícil determinación del punto de conexión: el caso del domicilio desconocido del demandado

VI. DIFICULTADES PRÁCTICAS EN LA APLICACIÓN DEL SISTEMA DE COMPETENCIA JUDICIAL DESCRITO

VI.1. La poca actividad judicial dedicada a la comprobación de oficio de la competencia por parte de los tribunales españoles

VI.2. La fragmentación del litigio familiar con elemento de extranjería

VII. CONSIDERACIONES FINALES

I. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LA FAMILIA

La sociedad del siglo XXI es una sociedad global, con todo lo que ello comporta. La movilidad transnacional ya no sólo afecta a las empresas o a las personas y familias adineradas sino que la internacionalización afecta a todas las capas de la sociedad y muy a menudo a las más desfavorecidas.

En nuestra sociedad actual contamos con una nueva ciudadanía venida de más allá de nuestras fronteras que no dispone de una situación acaudalada sino que precisamente muchas veces se instala en nuestro país en búsqueda de una vida mejor.

Por todo ello cada vez hay más familias con elementos de extranjería que continúan realizando sus actos propios: contraen matrimonio, tienen hijos, se separan, se divorcian.

Muchas de estas familias tienen además un bagaje cultural y social diferente del nuestro y a veces muy alejado.

A menudo las soluciones clásicas de derecho internacional ya no dan respuesta a esta nueva realidad.

Estos casos ya no son pocos y todos los operadores jurídicos en mayor o menor medida están llamados a darles respuesta, con los mecanismos legales de que se disponen pero también con una mirada abierta que permita aportar nuevas soluciones.

II. LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL SÍ DE LA UNIÓN EUROPEA. EL DESPLAZAMIENTO DE LAS NORMAS INTERNAS

Junto con estos cambios sociales han llegado algunos cambios legislativos, pero no sólo del ámbito de la normativa española sino también de las instituciones comunitarias, a través de normas de aplicación directa que vienen a desplazar a las normas internas y a las que los operadores jurídicos deben estar cada vez más atentos.

El tratado de Ámsterdam es el punto de partida de la llamada comunitarización de los asuntos de cooperación judicial y es a partir de entonces en que se empieza a avanzar en la unificación del derecho internacional privado a nivel comunitario¹.

Una de las primeras plasmaciones de esta comunitarización fueron los Reglamentos 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo² y el Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre³.

1. El tratado de Maastricht es el que recogía el término «cooperación judicial» en materia civil y la definía como materia de interés común. Es el tratado de Ámsterdam, que entró en vigor el 1 de mayo de 1999, el que en sus artículos 61.c), 65 y 67, apartado 1, del TCE el que introduce esta materia como materia objeto de competencia legislativa comunitaria. Es también a partir de este tratado cuando se empieza a hablar de unificación de Derecho Internacional Privado en el ámbito comunitario y a valorar sus posibilidades reales por parte de la doctrina.

2. Reglamento (CE) núm. 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000. DO L 160 de 30 de junio de 2000.

3. Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000. DO L 12/1 de 16 de enero de 2001.

El primero de estos reglamentos que estuvo en vigor desde el 1 de marzo de 2001 hasta el 1 de marzo de 2005, era el heredero del llamado Convenio Bruselas II sobre competencia y reconocimiento de sentencias en materia de familia que nunca llegó a estar en vigor y que fue el primer intento de extender el funcionamiento del Convenio de Bruselas de 1968 a las materias de familia.

El segundo de los Reglamentos mencionados fue la comuniterización directa del Convenio de Bruselas de 1968 sobre reconocimiento de resoluciones judiciales en materia civil que ya había funcionado a lo largo de los años pero pasándolo al rango de norma directamente aplicable en todos los estados miembros. Aunque este reglamento, como ya hacía el Convenio de Bruselas, excluye claramente las materias de derecho de familia, continúa manteniendo dentro de su ámbito de aplicación material las reclamaciones de alimentos entre parientes y por ello continúa siendo de importancia en los litigios de familia.

El Reglamento 1347/2000 ha sido sustituido por el Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de diciembre de 2003⁴, que es ahora el que está en vigor y que además amplió a su ámbito de aplicación a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de menores, aunque no deriven de un procedimiento matrimonial. El motivo de esta ampliación del ámbito de aplicación se debe, según parece, a una voluntad de garantizar la igualdad de todos los hijos, sean o no matrimoniales. Por lo tanto, este nuevo Reglamento viene a suplir aquella carencia que se apuntaba en el anterior, si bien este nuevo ámbito de aplicación continúa dejando fuera las resoluciones que versen propiamente sobre la regulación de las parejas de hecho. El nuevo Reglamento sólo afectará, pues, a los hijos en su relación respecto de los padres, dando cabida ahora también a los hijos que no sean fruto de una unión matrimonial.

Estos reglamentos recogen normas de competencia judicial internacional, que tendrán incidencia directa en todos los estados miembros habida cuenta de que los reglamentos son el instrumento comunitario de aplicación directa en los estados miembros⁵.

Estas normas, ya no establecidas por el legislador nacional vienen a desplazar las normativas internas que quedarán limitadas a un pequeño margen de acción. En este sentido ha sido constante la doctrina española y europea en la materia. Así Bertrand ANCEL y Horatia MUIR WATT⁶ consideraron ya con la entrada en vigor del Reglamento 1347/2000 que este Reglamento unificaba en gran medida en su ámbito material el derecho de la competencia internacional directo de los estados miembros. Según los mismos autores, esta configuración del Reglamento hace imprescindible que cualquier juez de un estado miembro tenga que analizar primero este Reglamento comunitario a la hora de decidir si es o no competente en caso de que el procedimiento matrimonial presente un elemento de extranjería. Y eso, aunque, por ejemplo, este elemento de extranjería sólo consista en que uno de los litigantes sea residente fuera del país o nacional de otro estado. Si este Reglamento no le da la respuesta,

4. Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003. DO L 338 de 23 de diciembre de 2003. Su considerando (28) dice claramente: el presente Reglamento sustituye al Reglamento (CE) núm. 1347/2000, que consecuentemente queda derogado.

5. Cabe tener en cuenta los posibles regímenes especiales como es el caso de Dinamarca.

6. ANCEL, B. y MUIR WATT, H., «La désunion européenne: le Règlement dit “Bruxelles II”», *Rev. Crit. Dr. Internat. Privé*, 90 (3) juillet-septembre 2001.

y sólo con carácter subsidiario, podrá recurrir a su derecho común (sus normas internas de Derecho Internacional Privado) para determinar o no su competencia.

En el caso español los diferentes autores han destacado también esta gran incidencia del Reglamento Comunitario⁷, desplazando las normas internas sobre competencia judicial internacional para los diferentes litigios de familia, recogidas básicamente en la LOPJ o dejándolos un muy pequeño campo de actuación, ya que se considera que prevalecen las normas del Reglamento. La jurisprudencia española, como siempre muy lenta a la hora de asimilar las normas sobre Derecho Internacional Privado ya sean en materia de competencia judicial o ley aplicable, continuó durante mucho tiempo utilizando los criterios de la LOPJ sin plantearse nada más. De hecho, muchas veces lo que pasaba era que sencillamente no se hacía un análisis detallado de la competencia judicial o se hacía de manera incorrecta.

Afortunadamente esta tendencia de la jurisprudencia ha cambiado en los últimos años y ya son numerosas las sentencias que fundamentan correctamente la competencia judicial internacional en aplicación de los reglamentos comunitarios⁸.

Cabe mantenerse en esta postura porque la tendencia actual es profundizar cada vez más en esta normativa comunitaria en el ámbito de la familia y no sólo limitada a la materia de competencia judicial internacional sino a la materia de ley aplicable a las relaciones familiares, como pretende el proyecto de modificación de reglamento comunitario⁹.

III. LAS NORMAS SOBRE COMPETENCIA JUDICIAL RECOGIDAS EN LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS

III.1. Separación, divorcio y nulidad matrimonial

Las normas sobre competencia judicial en materia de separación, divorcio y nulidad matrimonial que recoge el Reglamento 2201/2003 no han sufrido variaciones respecto del reglamento anterior. Son una serie de fueros alternativos, no subsidiarios, donde prevalece el criterio de la residencia habitual.

El artículo 3 del Reglamento 2201/2003 determina concretamente: En los asuntos relativos al divorcio, a la separación judicial o a la nulidad del matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del estado miembro: a) en el territorio del cual se encuentre:

7. ESPLUGUES MOTA, C., *El divorcio internacional (Jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras*, Tirant lo Blanch «Abogacía práctica» 24, Valencia, 2003.

VIRGOS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Civitas Ediciones SL. Primera edición 2000. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho de familia internacional*, Ed. Colex, Colección el derecho de la globalización, 2003.

8. A título de ejemplo se señalan: Sentencia de la AP de Murcia de 12 de mayo de 2003 núm. 166/2003 (AZ AC 2003/1676). Sentencia de la AP de Málaga de 31 de marzo de 2004 (AZ JUR 2004/128865).

9. Propuesta de Reglamento de 17 de julio de 2006 modificando el Reglamento 2201/2003 en lo relativo a la competencia e instituyendo las reglas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial. Propuesta de 15 de diciembre de 2005 relativa a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de decisiones y cooperación en materia de obligaciones comunitarias.

- la residencia habitual de los cónyuges o
- el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos todavía resida allí, o
- la residencia habitual del demandado o,
- en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges o
- la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante como mínimo un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda o
- la residencia habitual del demandante en caso que haya residido allí como mínimo los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y que sea nacional del estado miembro en cuestión, o en el caso del Reino Unido y de Irlanda, tenga allí su *domicile*; b) de la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del *domicile* común.

Cada uno de estos fueros se pueden aplicar indistintamente, no son subsidiarios los unos de los otros y, por lo tanto, dan cabida a múltiples posibilidades.

Los artículos 6 y 7 son la cláusula de cierre del sistema. Parece que la voluntad del artículo 6 es asegurar que cuando hay un mínimo de punto de conexión con el territorio comunitario ya sea porque alguno de los litigantes tenga su residencia habitual, o porque sean nacionales o tengan su *domicile* en el caso de Gran Bretaña e Irlanda, sean precisamente alguno de los tribunales de estos estados miembros los que conozcan del procedimiento en materia matrimonial y no los tribunales de un estado tercero. El artículo 7 establece el cierre legal del sistema. Por una parte, cuando en virtud de este Reglamento no resulte competente ningún tribunal de ningún estado miembro, la competencia entonces se verificará de acuerdo con las normas internas de cada estado. Por otra parte, cuando uno nacional de un estado miembro, tenga su residencia habitual en otro estado miembro, podrá invocar en este otro estado donde resida las normas que le sean aplicables contra una parte demandada «extracomunitaria», es decir, cuando no sea nacional y no resida habitualmente en un estado miembro o que en el caso de Gran Bretaña e Irlanda no tenga su *domicile*. El alcance de este artículo también ha sido discutido por la doctrina. Aunque la postura mayoritaria entiende que se trata de un artículo de alcance general y que afecta a todo demandado con independencia de su nacionalidad o residencia¹⁰, hay otros autores que consideran que este artículo no es de alcance general y que podría dar lugar a la incompetencia de los tribunales españoles ya que si el demandado es nacional de un país comunitario o tiene en él su residencia habitual sólo puede ser demandado en base a los criterios de competencia judicial del Reglamento comunitario y no le puede ser aplicable el artículo 7 aunque los tribunales

10. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho de familia internacional*, Ed. Colex, Colección el derecho de la globalización, 2003, en el caso español y, por ejemplo, ANCEL, B. y MUIR WATT, H., «La désunion européenne: le Règlement dit "Bruxelles II"», *Rev. grito. Dr. Interna. Privé* 90 (3) juillet-septembre 2001, en el caso francés. Igualmente en el Infome A. Borrás, explicativo del Convenio celebrado de acuerdo con el artículo K3 del Tratado de la Unión Europea sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial. DOCE, serie C, núm. 221, 16 de julio de 1998, pp. 27-65, se recoge esta postura y se hace referencia a las normas concretas que en el caso de España se aplicarían.

que resulten competentes no sean los de un estado miembro¹¹. El TJCE, por su parte, se ha encargado de precisar la interpretación de este artículo al resolver una cuestión prejudicial presentada a raíz de un caso de divorcio entre una nacional sueca y un nacional cubano. El TJCE deja claro el alcance general de este artículo incluso respecto de las personas que no sean nacionales de un estado miembro o no tenga su residencia habitual en un estado miembro y determina claramente que el Reglamento núm. 2201/2003 también se aplica a los nacionales de estados terceros que presenten vínculos suficientemente profundos con el territorio de uno de los estados miembros, no pudiendo en estos casos los estados miembros aplicar sus normas internas más allá de lo que permite el artículo 7 en caso de que no resulte competente ningún tribunal de ningún estado miembro¹².

III.2. Responsabilidad parental

En el ámbito de la responsabilidad parental es donde el Reglamento 2201/2003 ha introducido más modificaciones respecto del Reglamento anterior. Antes de fijar los fueros de la competencia judicial, el artículo 1 del Reglamento, a la hora de delimitar su ámbito de aplicación, concreta mucho las materias que quedan incluidas en este Reglamento y que son las siguientes: a) **El derecho de custodia y el derecho de visita**. Materia que, evidentemente, es la que más se plantea en cualquier procedimiento de familia. b) **La tutela, la curatela y otras instituciones análogas**. Materias que a menudo se tratarán en un procedimiento aparte del procedimiento matrimonial. c) También se incluyen en este Reglamento todas aquellas resoluciones que tengan por objeto **la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, representarlo o prestarle asistencia**. Con esta redacción parece que también podrán tener cabida aquellas resoluciones judiciales que se dicten en protección de los menores en casos de desamparo. También las resoluciones dictadas por las administraciones encargadas de la protección de los menores. De acuerdo con la redacción de este apartado y de las definiciones que se hacen después en el artículo 2 del Reglamento, la definición de órgano jurisdiccional, juez o autoridad engloba toda autoridad con competencia sobre las materias que entran dentro del ámbito de aplicación del convenio. Por lo tanto, dentro de esta definición ampliarían las resoluciones que dicten las autoridades administrativas sobre desamparo y protección de menores. d) **El acogimiento del menor** ya sea en una familia o en un establecimiento. e) **Las medidas de protección del menor** relativas a la administración, conservación y disposición de sus bienes.

Queda claro que el Reglamento no se aplica a la adopción, a la impugnación y determinación de la filiación, al nombre y apellidos del menor, a la emancipación, a la obligación de alimentos [que dado su contenido económico, ya están recogidas en el Reglamento 44/2001 (CE) heredero del Convenio de Bruselas de 1968], ni tampoco a las cuestiones de fideicomisos y sucesiones, ni a las medidas adoptadas como consecuencia de infracciones penales cometidas por menores.

11. ARENAS GARCÍA, R., *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Universidad de Santiago de Compostela, 2004.

12. STJCE de Asunto C-68/07 Kerstin Sundelind López contra Miguel Enrique López Lizazo. DOUE C 22 de 26 de enero de 2008.

Por otra parte, el artículo 2 se dedica a hacer definiciones de diferentes términos jurídicos que podrían tener significados diferentes en los diferentes estados con el fin de unificar también este criterio y no dejar que sean los diferentes estados los que den contenido a una misma expresión como podía pasar en el Reglamento anterior¹³. Entre estas definiciones destacamos el término «responsabilidad parental» que es definido como los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita.

Pero el mismo artículo también define qué se tiene que entender por este derecho de custodia y derecho de visita. Derecho de custodia es, entre otros, los derechos y obligaciones relativos al cuidado de una persona menor y en especial el derecho a decidir sobre el lugar de su residencia. Derecho de visita es el derecho a trasladar a un menor a un lugar diferente al de su residencia habitual durante un período de tiempo limitado.

De este detalle exhaustivo podemos deducir que el Reglamento 2201/2003 pretende dar más contenido a la regulación de lo que es la responsabilidad parental, no circunscribiéndola sólo a las cuestiones de régimen de visitas y guarda y custodia, que son las íntimamente y básicamente vinculadas a los procesos matrimoniales, ampliándolo en lo que pretende ser un tratamiento integral de la protección del menor. Por lo que a menudo tendremos normas administrativas dictadas para la protección de estos menores que, entiendo deberían quedar incluidas en el ámbito de aplicación de este Reglamento. A la competencia judicial en este ámbito el Reglamento dedica 9 artículos contenidos en la Sección 2.^a del Capítulo II.

El sistema de competencia en materia de responsabilidad parental, a diferencia del fijado para las materias de carácter matrimonial, se basa en una competencia general (artículo 8), acompañada de normas para supuestos de conflicto móvil (artículo 9) y de toda una reglamentación exhaustiva en casos de traslado de menores y posibles subtracciones (artículos 10 y 11), que se cierra con la posibilidad de prórroga de la competencia (artículo 12), la competencia basada en la presencia del menor (artículo 13) y una cláusula de cierre final (artículo 14), que antes ya he comentado.

A diferencia, pues, de la gran libertad que se deja a las partes en el ámbito matrimonial, en el caso de la responsabilidad parental parece basarse en el criterio básico de protección del menor.

El fuero general es la residencia habitual del menor en el momento de presentar la demanda. Si el menor cambia de residencia legalmente los órganos jurisdiccionales de la anterior residencia continuarán siendo los competentes durante los tres meses siguientes para modificar la resolución sobre derecho de visita que se hubiera adoptado en el estado de residencia anterior, si es que el titular de este derecho de visita continúa viviendo en este estado miembro habitualmente y no ha aceptado la competencia del nuevo estado miembro.

13. Con el Reglamento 1347/2000 se cuestionaba, por ejemplo, si la custodia de los hijos es una medida a incluir en el concepto de responsabilidad parental. Parte de la doctrina había entendido que el concepto debía ser definido por cada estado miembro, argumento que provocaría una aplicación no uniforme del Reglamento comunitario. Comentario extraído del CARRASCOA GONZÁLEZ, J., «Crisis matrimoniales internacionales: foro de necesidad y derecho extranjero», *REDI*, vol. LVI (2004) I.

Los artículos 10 y 11 están destinados a regular la competencia en casos de sustracción de menores y traslados ilícitos. Básicamente lo que se pretende en este ámbito es que conserven la competencia los órganos jurisdiccionales del estado de origen, si es que no ha pasado ya suficiente tiempo y el menor se ha adaptado plenamente al nuevo estado, siempre que no haya prosperado una demanda de restitución.

Más allá de la regla de competencia general matizada por estos supuestos de sustracción de menores, el Reglamento 2201/2003 fija otras posibilidades. La primera de ellas nombrada «prórroga de competencia» que permite que sean competentes los mismos órganos jurisdiccionales que son competentes para la separación matrimonial, divorcio o nulidad matrimonial, de acuerdo con los fueros del artículo 3 si la materia sobre responsabilidad parental nace unida o vinculada a un procedimiento matrimonial y uno de los padres tiene atribuida la responsabilidad parental del menor y se ha reconocido la competencia de este tribunal y eso sea lo mejor en interés del menor. El texto del artículo 12 del Reglamento 2201/2003 es más amplio y favorecedor del tratamiento conjunto de la competencia. Admitiendo también la competencia de los órganos jurisdiccionales con los que el menor esté estrechamente vinculado (fuera de los procedimientos familiares) aunque no resida en él, si uno de los titulares de la responsabilidad parental tiene en este estado su residencia o el menor es nacional de este estado y siempre que las partes admitan la competencia o sea lo mejor para el interés del menor¹⁴.

Con estos complementos de competencia entiendo que lo que se pretende es dar un tratamiento unitario a la competencia en los procedimientos matrimoniales, evitando que en un mismo litigio tenga que haber necesariamente diferentes órganos competentes. Este cambio

14. Artículo 12.1 del Reglamento 2201/2003: «Los órganos jurisdiccionales del estado miembro en que se ejerza la competencia de acuerdo con el artículo 3 en una demanda de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial tendrá competencia en las cuestiones relativas a la responsabilidad parental vinculadas a esta demanda:

a) cuando como mínimo uno de los dos cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el menor,

y

b) cuando la competencia de estos órganos jurisdiccionales haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por los cónyuges o por los titulares de la responsabilidad parental en el momento de someter el asunto delante del órgano jurisdiccional y responda al interés superior del menor.

La competencia ejercida en virtud del apartado 1 cesará:

a) cuando sea firme la resolución estimatoria o desestimatoria de la demanda de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial,

o

b) cuando sea firme una resolución sobre responsabilidad parental, en aquellos casos en que en el momento indicado en la letra a) todavía estén en marcha procedimientos relativos a la responsabilidad parental,

o

c) en los casos considerados a las letras a) y b), cuando hayan concluido los procedimientos por otras razones.

Los órganos jurisdiccionales de un estado miembro tendrán igualmente competencia en materia de responsabilidad parental en procedimientos diferentes de los contemplados en el apartado 1:

a) cuando el menor esté estrechamente vinculado a este estado miembro, en especial por el hecho de que uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga en él su residencia habitual o porque el menor sea nacional de este estado miembro,

b) cuando su competencia haya sido aceptada expresamente o de cualquiera otra forma inequívoca por todas las partes en el procedimiento en el momento de presentarse el asunto ante el órgano jurisdiccional y la competencia responda al interés del menor.

Cuando el menor tenga su residencia habitual en el territorio de un tercer estado que no sea parte contratante del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, se presumirá que la competencia basada en el presente artículo es en beneficio del menor, en especial cuando un procedimiento resulte imposible en el tercer estado de que se trate».

de orientación, iniciado en el Reglamento 1347/2000, aunque en menor medida porque lo limitaba el hecho de que el menor residiera en el mismo estado miembro¹⁵, es importante porque permite avanzar en la idea de tratamiento unitario de todos los elementos que se producen en el ámbito de un procedimiento de familia (separación o divorcio). La fragmentación de las normas de competencia y también de las de la ley aplicable comporta que a menudo la jurisprudencia llegue a la conclusión que hace falta aplicar normas diferentes a todos los elementos que confluyen en una separación o divorcio y que también considere que podrían ser competentes tribunales diferentes, no llegando a situaciones nada prácticas e incluso absurdas.

Es absurdo que si, por una parte, se hacen normas de competencia judicial internacional en el ámbito convencional y en el ámbito de derecho comunitario para facilitar el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales y evitar duplicidad de resoluciones e, incluso, para poder luchar contra la sustracción de menores, no tiene sentido que, después, se plantee un esquema donde sean competentes unos tribunales sólo para la separación o divorcio, en la que las partes evidentemente plantearán cuestiones respecto de los hijos y que otros tribunales diferentes puedan ser competentes sólo para resolver cuestiones de guarda y custodia de los hijos, comportando una disgregación importante. Se puede entender el fundamento de esta disgregación por el hecho de que en otros países funcione separadamente el procedimiento de separación y/o divorcio del procedimiento para decidir sobre las relaciones paterno-filiales y que, por lo tanto, a la hora de realizar un instrumento legislativo común se intente dar cabida a todas las posibilidades, para, precisamente, buscar una cierta convergencia. Pero no hay que olvidar la perspectiva de esta unidad de tratamiento entendida según lo haga cada uno de los estados miembros¹⁶. Puede ser bueno pensar que no hay que unir las cuestiones ligadas al vínculo matrimonial con los efectos de la ruptura de éste y así no hacer depender la ruptura del vínculo de lo que se resuelva sobre sus efectos y no alargar innecesariamente una unión legal cuando ya no hay voluntad de continuar juntos. Es evidente, sin embargo, que al romperse el vínculo matrimonial hay muchas más cuestiones relacionadas sobre las que hay que dictar resoluciones judiciales, sobre todo a falta de acuerdo, entre ellas, las relaciones con los hijos una vez se ha roto la vida familiar en común. En este sentido, continúo pensando que la mejor manera de resolverlo es analizarlo todo en un solo procedimiento global, porque la ruptura de una unidad familiar necesita de un enfoque global y con los mínimos procedimientos judiciales posibles.

15. El artículo 3 del Reglamento 1347/2000 decía:

«Los órganos jurisdiccionales del estado miembro en los que se ejerza la competencia de acuerdo con el artículo 2 en la demanda de divorcio, separación judicial o nulidad del matrimonio, tendrá competencia en cuestiones relativas a la responsabilidad parental sobre el hijo común de los cónyuges cuando éste resida habitualmente en este estado miembro.»

16. Ver: Informe A. BORRÁS, explicativo del Convenio celebrado de acuerdo con el artículo K3 del Tratado de la Unión Europea sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial. DOCE, serie C, núm. 221, de 16 de julio de 1998, pp. 35-36, donde se hace referencia a las diferencias en este punto en los diferentes estados miembros. Así existen estados en que las resoluciones judiciales sobre cuestiones matrimoniales y sobre protección de los menores siguen vías totalmente diferentes. Por este mismo motivo en la explicación del artículo 3.1 del Convenio cuando se establece que tendrán competencia para las cuestiones de responsabilidad parental los órganos jurisdiccionales del estado miembro en los que se ejerza la competencia de acuerdo con el artículo 2 en la demanda de divorcio, separación judicial o nulidad del matrimonio, se indica que no necesariamente es una referencia hecha a las mismas autoridades, sino a que sean las autoridades del mismo estado. En este caso entiendo que a criterio de este estado que se estructura de esta manera, no hay disgregación propiamente de la crisis matrimonial internacional porque así ya se funciona en el ámbito interno cuando no hay elemento de extranjería y lo consideran un tratamiento global adecuado a las rupturas familiares.

Ver también, en relación al alcance de las decisiones del juez nacional en el ámbito del divorcio, la STJCE de 27 de febrero de 1997 (Sala Quinta) Van den Boogaard/Laumen Recueil de Jurisprudence 1997 p. I-01147 Asunto C-220/95 Ref. G1995J0220. En este caso el litigio estaba en relación a las decisiones económicas y alimenticias que se tomaban por el juez inglés en el caso de divorcio.

III.3. El mantenimiento de la aplicación del Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre, a las reclamaciones de alimentos en el sí de una ruptura matrimonial

El Reglamento 2201/2003 no se aplica a las obligaciones de alimentos. Lo deja muy claro en su artículo 1 al hablar de su ámbito de aplicación. El fundamento no es otro que el hecho de que la materia de obligaciones alimenticias ya se incluía en el Convenio de Bruselas de 1968 y, en consecuencia, se ha incluido en el Reglamento 44/2001. Esta opción mantiene la dispersión de tratamiento.

Cuando no teníamos ningún mecanismo de cooperación judicial más a nivel europeo, el Convenio de Bruselas de 1968 era la mejor solución y, por lo tanto, poder incluir en el ámbito de aplicación de este convenio las obligaciones alimenticias era una clara mejora. Ahora que se ha hecho un reglamento comunitario para las cuestiones familiares, habría estado quizás mejor vincular las obligaciones de alimentos que se reclaman en un procedimiento matrimonial a este mismo Reglamento.

La realidad actual es que para determinar la competencia judicial en materia de alimentos tendremos que ir al Reglamento Comunitario 44/2001, que es igualmente directamente aplicable a todos los estados miembros. A diferencia del Reglamento en materia de divorcio, separación y nulidad matrimonial y responsabilidad parental, ya comentados, el presente Reglamento en su artículo 4 deja muy claro que si el demandado no estuviera domiciliado en un estado miembro la competencia judicial en las materias objeto del Reglamento se determinaría por la ley interna de cada estado miembro.

En materia de obligaciones alimenticias habrá que estar pendiente del Reglamento del Consejo sobre esta materia, de momento pendiente de publicación, que concreta las normas de competencia judicial en la materia incluyendo novedades como la posibilidad de elección del foro¹⁷.

III.4. Aplicabilidad del Reglamento en las medidas previas y coetáneas a la demanda y a las medidas cautelares

Tanto el Reglamento 1347/2000, como el 2201/2003 y el 44/2001 destinan alguno de sus artículos a la regulación de las medidas cautelares y provisionales. En los casos del Reglamento 1347/2000 y del 2201/2003 una interpretación estricta nos lleva a entender que estas medidas tienen que ir limitadas a las relativas a la guarda y custodia y régimen de visitas de los hijos y como mucho a la anotación preventiva de la demanda de separación o divorcio en el registro, a la vista del ámbito material de los mencionados reglamentos que excluyen los alimentos. De nuevo aquí se constata la imposibilidad de disgregar todas aquellas materias que sí se recogen en el ámbito interno. Hay que recordar que en el caso de España se pueden adoptar como medidas previas o coetáneas a la demanda de separación o divorcio (artículos 771 y 773 de la LEC 1/2000) todas las que contemplan los artículos 102 y 103 del Código Civil y que recogen muchas más que las enumeradas, como, por ejemplo, las

17. Ver Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. 16 de diciembre de 2008. Expediente 2005/0259 (CNS). Número de documento 15736/08.

referidas al uso del domicilio familiar o a la contribución de las cargas del matrimonio y también aquellas encaminadas a la preservación del patrimonio familiar. El procedimiento a seguir será éste y único, y ante la necesidad de tener que distinguir la competencia de los tribunales en función de cada una de estas materias inherentes y totalmente vinculadas a la ruptura matrimonial se convierte en casi imposible y más si además se tiene que distinguir en las medidas previas y después en el pleito principal. Los reglamentos comunitarios no determinan con detalle cuáles son las materias sobre las que se pueden adoptar estas medidas, en las que se atribuye un carácter limitado en el tiempo (se confirmarán o no en el pleito principal) y en el espacio (sólo aplicables al territorio del estado que las haya dictado y, por lo tanto, no serían susceptibles de ejecución y reconocimiento en el exterior). La doctrina amparada en el informe Borrás¹⁸ admite que podrían afectar a materias no incluidas en su ámbito material, siempre que esté en casos urgentes y sobre bienes o personas que se hallen en el estado miembro donde se encuentra el tribunal con que las acuerde. En estos casos se atribuye a los tribunales miembros la competencia para adoptar medidas provisionales o cautelares, aunque no sean los tribunales competentes para conocer el procedimiento principal de divorcio, separación o nulidad matrimonial. Por lo tanto, lo que se está haciendo con esta previsión es dictar una norma de competencia judicial internacional directa, que tendrá carácter auxiliar, ya que es necesario que exista un pleito principal con un tribunal competente para resolverlo. El Reglamento 44/2001 también recoge una previsión parecida permitiendo el artículo 31 que se pueda recurrir en los tribunales de otro estado miembro para la adopción de medidas cautelares y provisionales aunque sea otro tribunal el competente para conocer el pleito principal. Con esta regulación de las medidas cautelares se impone más que nunca la necesidad de un tratamiento amplio y unitario de las crisis matrimoniales.

IV. LAS OTRAS NORMAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN JUEGO

IV.1. La LOPJ

De acuerdo con todo lo expuesto, la LOPJ entrará en juego, pues, respecto de la nulidad, separación y divorcio y responsabilidad parental de los hijos, cuando no sea competente ningún tribunal de un estado miembro. Igualmente entrará en juego la LOPJ en los supuestos ligados al Derecho de Familia, que salgan del ámbito material del reglamento: por ejemplo, las cuestiones ligadas a la ruptura y constitución de las parejas de hecho, no a los hijos de éstas, aunque la LOPJ tampoco establece ningún fuero específico para las parejas de hecho, pudiendo sólo aplicarse de forma clara los fueros generales. Por lo tanto, el campo de actuación de la LOPJ queda bien limitado. En el caso de la reclamación de alimentos las normas de la LOPJ entrarán en juego cuando el demandado no esté domiciliado en ningún estado miembro. El sistema de la LOPJ está claramente inspirado en el Convenio de Bru-

18. Ver el Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K3 del Tratado de la Unión Europea sobre competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial. DOCE, núm. C 221, de 16 de julio de 1998, elaborado por BORRÁS RODRÍGUEZ, A. Con respecto a la doctrina a favor de esta teoría, por ejemplo, CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho de familia internacional*, Ed. Colex, Colección el derecho de la globalización, 2003, discrepando, por ejemplo, ARENAS GARCÍA, R., *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Universidad de Santiago de Compostela, 2004.

selas de 1968 al determinar la existencia de fueros exclusivos, generales y especiales. En el ámbito del Derecho de Familia, queda claro que los fueros no son exclusivos, sino generales y especiales que son alternativos entre ellos.

Para poder analizar el juego que puede dar esta normativa en el análisis de los casos prácticos propuestos cabe recordar muy someramente el sistema de competencia judicial que describe la LOPJ.

Los fueros generales. Recogidos en el artículo 22.2 de la LOPJ, los fueros generales son dos: la sumisión a los tribunales españoles (expresa o tácita)¹⁹ y el domicilio en España del demandado²⁰.

Los fueros especiales. En el ámbito de los efectos personales o patrimoniales entre los cónyuges y en los casos de nulidad matrimonial, separación y divorcio, los criterios especiales son los contenidos en el artículo 22.3 de la LOPJ y que podríamos determinar en tres: 1) Cuando los cónyuges tengan su residencia habitual en España al tiempo de la demanda. 2) Cuando el demandante sea español y resida habitualmente en España. 3) Cuando los dos tengan nacionalidad española y promuevan la demanda de mutuo acuerdo. Estos fueros especiales son concurrentes con los generales antes expuestos de sumisión, expresa o tácita, y domicilio del demandado y el propio texto de la ley parece que así lo da a entender cuando dice al principio del artículo 22.3 «en defecto de los criterios precedentes».

IV.2. Las normas de competencia judicial contenidas en convenios bilaterales

Partimos de que el sistema español de determinación de la competencia judicial viene dado en primer término por los convenios internacionales existentes y que estos convenios internacionales no necesariamente tienen que ser multilaterales, por lo tanto lo que se pueda determinar en convenio bilateral es importante.

Existen muchos convenios de cooperación judicial con distintos países siendo imposible un análisis detallado de todos ellos en este breve artículo²¹.

Con carácter general cabe destacar que estos convenios bilaterales a menudo no reconocen normas de competencia judicial²², o son normas de competencia judicial indirecta pues son convenios que se enmarcan en el ámbito del reconocimiento de resoluciones judiciales.

19. A favor del alcance de la sumisión AMORES CONRADI, M.; GONZÁLEZ CAMPOS, A.; RODRÍGUEZ BENOT, A.; BORRÁS RODRÍGUEZ, A.; CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. En contra encontramos a ESPINAR VICENTE, J.M. y TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J.A.

20. Se aplica este fuero en la Sentencia de la AP de Barcelona de 7 de marzo de 2001 y en la Sentencia de la AP de Alicante de 5 de mayo de 2000.

21. Ver códigos de Derecho Internacional Privado donde se suelen recoger los convenios de cooperación judicial en vigor que pueden contener algunas normas de competencia judicial indirecta.

22. Es el caso, por ejemplo, del convenio con Marruecos, *Convenio España-Marruecos, 30 mayo 1997. Cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa, hecho en Madrid* (BOE núm. 151, de 25 de junio). En vigor desde el 1 de julio de 1999 por Anunci de 15 de junio de 1999.

A título de ejemplo y refiriéndose a países extracomunitarios hacemos una breve referencia al Convenio con Túnez de 24 de septiembre de 2001²³ y al Convenio con Argelia de 1 de mayo de 2005²⁴.

El primero recoge unas normas de competencia judicial indirecta que, aunque sólo pueden tener valor en el momento en que se pretenda el reconocimiento y ejecución de una resolución en el otro estado parte, son claramente más restrictivas²⁵.

En el segundo las normas de competencia judicial indirecta que se recogen determinan tres posibilidades generales: el domicilio del demandado, la sumisión expresa, siempre que no se oponga la ley de la otra parte, y la sumisión tácita, si no se plantea previamente a la defensa del fondo del asunto la correspondiente excepción de competencia de jurisdicción. No hay norma de competencia expresa en materia matrimonial.

Aun así lo que es imprescindible es tener en cuenta la existencia de estos convenios en la determinación de la competencia judicial en los litigios de familia extracomunitarios cuando el reglamento comunitario aplicable no determine la competencia de un tribunal de un estado miembro y no sólo quedarse con la normativa contenida en la LOPJ.

V. LA APLICACIÓN DE ESTA NORMATIVA A LOS LITIGIOS DE FAMILIA EXTRACOMUNITARIOS: ANÁLISIS DE SUPUESTOS PRÁCTICOS

A la vista de toda esta normativa debemos concluir que en el ámbito de los litigios matrimoniales (separación y divorcio) con un elemento de extranjería debe analizarse en primer lugar la competencia que determina el reglamento comunitario en vigor, sólo si las normas de competencia de este reglamento no determinan la competencia de un tribunal de un estado miembro entrarán en juego las normas de competencia judicial interna.

Ante esta situación en los litigios de familia entre ciudadanos no españoles, aunque no sean de nacionalidad de algún país de la Unión Europea, debe aplicarse la normativa comunitaria en los términos expuestos en el párrafo anterior.

Por ello este reglamento será el aplicable en primer lugar ante las crisis matrimoniales que se plantean entre ciudadanos no comunitarios pero residentes en España. Las normas internas de competencia judicial sólo entrará en vigor de manera subsidiaria.

23. Es el caso, por ejemplo, del convenio con Túnez o Argelia. *Convenio España-Túnez de 24 de septiembre de 2001. Asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, hecho en Túnez*. Instrumento de ratificación de 28 de octubre de 2002 (BOE núm. 52, de 1 de marzo 2003). Se aplica provisionalmente desde el 15 de septiembre de 2003.

24. Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre la República Argelina Democrática y el Reino de España (BOE de 1 de mayo de 2006).

25. En materia matrimonial el convenio con Túnez recoge: serán competentes los órganos jurisdiccionales del estado de origen cuando los dos cónyuges no tengan la nacionalidad del estado requerido. Si los dos cónyuges son nacionales de un tercer estado no se reconocerá la competencia jurisdiccional del estado de origen si la resolución no se reconoce también en el tercer estado. Si sólo uno de los dos cónyuges es nacional del estado requerido, los órganos jurisdiccionales del estado de origen sólo serán competentes si el demandado tiene la residencia habitual en el estado de origen en el momento de la iniciación del procedimiento o la última residencia habitual común hubiera sido situada en el estado de origen y uno de los dos cónyuges todavía residiera en este estado de origen en el momento del inicio del procedimiento.

Como ya hemos dicho, en los casos de divorcio que llegan mayoritariamente a nuestros tribunales donde toda la familia tiene nacionalidad extracomunitaria pero todos ellos son residentes en España la competencia judicial se determinará en base a los reglamentos. Así será sin lugar a dudas en el supuesto práctico típico de divorcio entre marroquíes con hijos menores también marroquíes, todos ellos residentes en España.

En este caso el tribunal competente determinado de acuerdo con los reglamentos será un tribunal español y ello porque España es el lugar de residencia habitual de los cónyuges y de los hijos menores en aplicación de los criterios de competencia de los artículos 3 y 8 del Reglamento 2201/2003.

El problema viene derivado de la ya apuntada complejidad de las relaciones familiares y la gran movilidad transnacional que puede dar lugar a situaciones más complejas, que tienen respuesta distinta en función del texto legal aplicable y, aquí por tanto, el razonamiento jurídico debe ser adecuado y preciso y no puede basarse en ningún caso en normas internas desplazadas por los reglamentos comunitarios.

Para analizar estos casos la complejidad es tal que es mejor partir de supuestos prácticos reales:

V.1. Supuestos extracomunitarios con elementos de extranjería localizados en distintos países

Supuesto de hecho: *Ra y Ab se casaron por haberlo arreglado así las familias. Ra tenía 19 años y era en el momento del matrimonio de nacionalidad española y residente en España desde pequeña, donde vino con sus padres y después accedió a la nacionalidad española. Ab tenía 25 años, era de nacionalidad marroquí y con muy buena formación, licenciado en una carrera tecnológica, hecho que hace que obtenga trabajo en una multinacional alemana. La pareja se casa en España y el matrimonio se inscribe en el Registro Civil español. Dado el trabajo de él, Ra y Ab instalan ya su primer domicilio matrimonial en Alemania. No tienen hijos, a Ra no le gusta la vida que lleva, y a los 7 u 8 meses vuelve con su familia a España.*

Petición formulada a la demanda: *Ab ante la situación, pasados más de dos años de la celebración del matrimonio y sin haber reiniciado la convivencia en todo este tiempo y queriendo volver a casarse en Europa con una europea, presenta demanda de divorcio en España, pero él continúa residiendo en Alemania.*

Los tribunales españoles en este caso son claramente competentes, ya que la residencia habitual de la demandada está en España. Dado que el marido hacía más de un año que residía en Alemania los tribunales alemanes podían ser también competentes, pero, como el matrimonio constaba inscrito en el Registro Civil español, el marido para facilitar la inscripción de la sentencia de divorcio plantea demanda en España.

La competencia de los tribunales españoles viene determinada por el Reglamento 2201/2003 y no por la LOPJ, que, en este caso, por aplicación del criterio especial al divorcio hubiera podido determinar que no eran competentes los tribunales españoles porque la residencia común de los dos cónyuges no estaba en España y porque la nacional española al momento de interponer la demanda no era la demandante sino la demandada, aunque

hubiera podido entrar en juego el fuero general de la LOPJ del domicilio en España de la demandada.

En el supuesto analizado no entra en juego la LOPJ porque el Reglamento determina que son competentes los tribunales de un estado miembro: los tribunales españoles, no siendo necesario recurrir a las normas de competencia internacional internas de la LOPJ. Además, para el caso de la demandada se respeta el establecido en el artículo 6 del Reglamento 2201/2003.

En la realidad, emplazada la demandada, ésta solicitó abogado de oficio y, analizando la demanda de divorcio, llegaron a un acuerdo, reconvirtiendo el procedimiento en un mutuo acuerdo, sin intervención del Ministerio Fiscal al no haber hijos. Ante un mutuo acuerdo la sentencia final ni siquiera entró a valorar ni la competencia internacional de los tribunales españoles detenidamente, ni la ley aplicable.

Supuesto de hecho: *Su y M son los llamados inmigrantes de segunda generación. Su nacida en Francia y M en España, cada uno con sus respectivas familias y permisos de residencia en vigor en los respectivos estados. Se casan un verano en Marruecos por intermediación familiar y viven un tiempo en Francia (primer domicilio) y después en España donde el marido establece un negocio que no funciona. Tienen dos hijos, el mayor nacido en Francia y el pequeño en España. Como el negocio del marido va mal, el marido busca trabajo y le sale la posibilidad de trabajar en Bélgica. El matrimonio se traslada a Bélgica, dejando a los hijos en España con los abuelos paternos. Después de un año y una vez acabado el contrato en Bélgica del marido, Su y M vuelven a España donde se plantean la ruptura. Su no sabe qué hacer, si quedarse en España o volver con su familia a Francia. En todo este tiempo ninguno de los dos ha adquirido la nacionalidad ni española, ni francesa, ni tampoco los hijos, por lo tanto, toda la familia tiene nacionalidad marroquí.*

Petición formulada: *consulta jurídica antes de decidir iniciar cualquier tipo de procedimiento judicial.*

Si Su se queda en España, los tribunales españoles serán competentes, ya sea en virtud del Reglamento o de la LOPJ. ¿Cuál es la norma jurídica que hay que aplicar? Creo que supuestos como éste son los básicos para determinar si el Reglamento comunitario en vigor sustituye o no a las normas internas. Planteada la demanda en España, se produce un elemento de extranjería, que no viene determinado por la residencia o nacionalidad en otro estado miembro sino por la nacionalidad de los dos litigantes y de sus hijos de un estado extracomunitario como es Marruecos. ¿Entra en juego el Reglamento comunitario en vigor? Si éste se aplica a los litigios matrimoniales (nulidad, separación y divorcio) sin más es evidente que sí y resultando competentes tribunales de un estado miembro, como son los españoles por aplicación de sus normas, no hace falta que entren en juego las normas de la LOPJ. La tendencia jurisprudencial como ya se ha apuntado ha sido ésta.

La residencia habitual de los cónyuges está en España y los hijos tienen residencia en España (es aquí donde los niños están escolarizados, donde tienen el resto de la familia paterna, donde ha vivido el matrimonio durante mucho tiempo, donde ha nacido un hijo y donde incluso el marido ha establecido un negocio). El traslado a Bélgica de los esposos sin los hijos es temporal.

Por lo tanto, de acuerdo con el artículo 3.1 del Reglamento 2201/2003, los tribunales competentes serán los españoles claramente con respecto a la separación o divorcio.

El artículo 8 del Reglamento 2201/2003 da también la competencia a los tribunales españoles con respecto a las cuestiones sobre responsabilidad parental, que claramente incluye la guarda y custodia y el régimen de visitas, ya que la residencia habitual de los menores es claramente España. El artículo 12 del mismo Reglamento permitiría también la competencia de los tribunales españoles por ser éstos los competentes en la materia de divorcio.

Si Su decide volver a Francia la cosa se complica. ¿Su puede recurrir entonces a los tribunales franceses para plantear demanda de separación o divorcio? No lo creo, a no ser que llevara residiendo allí un año aunque los tribunales españoles serían competentes porque era la residencia de la pareja y el marido continúa viviendo en España y porque es el lugar de residencia del demandado [artículo 3.1.a)] y siendo competente un tribunal de un estado miembro ya no entran en juego las reglas de competencia internacional internas francesas.

¿Y respecto de los hijos comunes? Si Su deja a los hijos en España, claro está que serán competentes los tribunales españoles (artículo 8 del Reglamento). Si Su se lleva a los hijos a Francia, al no ser competentes los tribunales franceses para el procedimiento de divorcio o separación, no tendrían competencia respecto de las decisiones sobre los hijos pues continuarían siendo competentes los tribunales españoles a no ser que se esperara un tiempo antes de presentar la demanda. Pero si hiciera eso el marido podría presentarla directamente en España ante unos tribunales que sí serían claramente competentes.

La residencia en Bélgica del matrimonio solo sin los hijos, durante un año, no creo que posibilite la competencia de los tribunales de este país, si ningún miembro de la familia (ni cónyuges ni hijos) continúa viviendo allí.

En la realidad este asunto nunca llegó a los tribunales porque la pareja se reconcilió y continuaron residiendo toda la familia en España. Los casos más difíciles son aquellos que podrían llevar a la posible incompetencia de los tribunales españoles. En este punto la doctrina discrepa. El supuesto práctico de partida podría ser el siguiente. Marido de origen marroquí pero naturalizado francés ya en el momento de casarse. La esposa también es de origen marroquí pero al casarse tenía ya nacionalidad española. Han vivido los últimos años de matrimonio en el Marruecos. Se separan, pero dado que las familias respectivas están en Europa la mujer vuelve a España e interpone demanda de divorcio.

En este caso, por aplicación del Reglamento comunitario, si la mujer no hace seis meses que reside en España los tribunales españoles no son competentes. Tampoco lo serán los franceses porque el marido continúa viviendo en Marruecos. Por lo tanto, no hay ningún tribunal de ningún estado miembro que sea competente. Según una parte de la doctrina en este supuesto no se podría aplicar la normativa interna porque el artículo 6 del Reglamento 2201/2003 determina que un nacional de un estado miembro no puede ser demandado ante los tribunales de otro estado miembro sino es por las normas de competencia del mismo Reglamento. Ante esta situación los tribunales españoles se tendrían que declarar incompetentes.

Otra parte de la doctrina afirma que a este caso le es aplicable igualmente el artículo 7 del Reglamento 2201/2003, ya que ésta es una norma general que afecta tanto a comunitarios como a no comunitarios y critica en este sentido la oportunidad que se ha perdido de fijar normas de competencia realmente homogéneas en el ámbito de los estados miembros. Estos artículos permiten que cuando por aplicación de las normas de competencia del Reglamento

no sean competentes los tribunales de un estado miembro, se puedan aplicar las normas internas de competencia judicial. Por lo tanto, en el ejemplo que hemos puesto al no ser competentes los tribunales de ningún estado miembro entrarían en juego las normas de la LOPJ que no pide al demandante español un tiempo mínimo de residencia para determinar la competencia de los tribunales españoles y, por lo tanto, entonces éstos serían competentes. A la vista de todos estos supuestos entiendo que los tribunales españoles sólo serían incompetentes dentro de las materias objeto del ámbito de aplicación de los Reglamentos comunitarios en caso de que estas normas no dieran la competencia a un estado miembro. Si los tribunales que se determinan como competentes en función de las normas de competencia judicial de los Reglamentos no son los tribunales de un estado miembro, los tribunales españoles sólo serán incompetentes si, de acuerdo con las normas de la LOPJ o de los posibles convenios internacionales existentes, no hay ninguna norma que le dé la competencia en los tribunales españoles. Caso que se podría dar, por ejemplo, si en el mismo caso del ejemplo la mujer española no vuelve a residir en España (le faltaría el requisito de la residencia que le pide la LOPJ) y el demandado no se somete a la competencia de los tribunales españoles.

V.2. Supuestos extracomunitarios sin residencia en España

Supuesto de hecho: *Kj es una mujer marroquí de unos 25 años que ha venido a España con una oferta de trabajo y, por lo tanto, visado de residencia y trabajo desde origen. Ha dejado marido e hijos en Marruecos. Con el marido no vivía casi y una vez en España ve la posibilidad de divorciarse. Le gustaría divorciarse del marido y traer a sus hijos pequeños. Kj hace unos tres meses que ha llegado pero una amiga suya establecida en España ha conseguido divorciarse del marido y se ha quedado ella con los hijos, el piso y todo eso en un procedimiento que ha durado unos seis meses y eso le hace pensar que ella también lo puede conseguir.*

Petición formulada: *consulta jurídica antes de plantear cualquier tipo de procedimiento judicial.*

El último domicilio común está en Marruecos, donde todavía viven marido e hijos, ella no lleva un año en España. Por lo tanto, no hay tribunal de estado miembro competente de acuerdo con las normas del Reglamento. Se puede recurrir entonces a la LOPJ, pero de acuerdo con esta ley tampoco son competentes los tribunales españoles. (Sí que serían competentes en este caso si se tratara de un matrimonio mixto y la mujer fuera española porque la LOPJ no pide un tiempo mínimo sólo residencia).

Sólo podrán ser competentes los tribunales españoles y por aplicación del Reglamento, cuando Kj lleve más de un año residiendo en España, claramente respecto del divorcio, pero respecto de la responsabilidad parental de los menores sería más discutible, por aplicación del Reglamento al no tener claro que la madre en su ley personal ejerza responsabilidad parental sobre sus hijos sobre todo si éstos continúan residiendo en el país de origen con el marido y padre²⁶.

Supuesto de hecho: *La mujer, residente en España, planteó demanda de separación contra su marido, también de nacionalidad senegalesa y residente en España, solicitando la guarda y custodia y alimentos para unos hijos comunes, menores de edad que habían dejado en Senegal con los abuelos. Los hijos, pues,*

26. Cabe tener presente la Mudawana marroquí que será la ley aplicable al divorcio y a las relaciones paterno-filiales.

nunca habían residido en España, ni tenían que residir a corto plazo, porque ninguno de los dos padres los había reclamado legalmente a través de un procedimiento de reagrupamiento familiar.

Petición formulada: *Desde la fiscalía se cuestiona la competencia de los tribunales españoles para determinar estas medidas respecto de los hijos, teniendo en cuenta también su poca efectividad práctica e informó en este sentido.*

Para la cuestión estrictamente matrimonial sí que eran competentes los tribunales españoles de acuerdo con el Reglamento Comunitario 1347/2000 al ser los dos residentes en España pero, con respecto a los hijos, no residiendo los hijos en ningún estado miembro es evidente que este Reglamento no era aplicable y, por lo tanto, había que recurrir a las normas internas, es decir, a la LOPJ. En este caso, la LOPJ parece dar competencia a los tribunales españoles si es que este aspecto se considera consustancial a la separación o divorcio porque se determina que los tribunales españoles serán competentes en materia de separación o divorcio cuando los dos litigantes tienen residencia habitual en España al tiempo de la demanda, como pasaba en el caso.

El mismo artículo 22 de la LOPJ en materia de filiación o relaciones paterno-filiales establece que son competentes los tribunales españoles cuando el demandante, en este caso la madre, resida habitualmente en España. En cambio, en materia de alimentos no serían competentes los tribunales españoles porque el acreedor de los alimentos (en este caso los hijos, realmente) no residen en España.

En esta situación, pues, la ley parece que daría la competencia a los tribunales españoles para determinar la guarda y custodia de estos hijos y en todo caso se cuestionaría la competencia respecto de los alimentos. Defendiendo una unidad de tratamiento siempre dentro de un mismo litigio, aunque esté la posibilidad de aplicar fueros diferentes, en este caso sería mejor aplicar a todo el conjunto de situaciones el fuero de competencia determinado para la ruptura del matrimonio y que los tribunales competentes fueran los españoles para regular todas las cuestiones que surgen en relación a esta ruptura, incluidas la guarda y custodia y los alimentos de los hijos, recogiendo, por ejemplo, una norma similar a la prórroga de competencia contenida en el Reglamento 2201/2003.

Además, en este caso, a pesar de la poca incidencia práctica que pueda parecer que tiene el hecho de regular en una sentencia de separación española la guarda y custodia y los alimentos de unos hijos residentes en el extranjero, sí que la tiene. Se debe tener en cuenta que durante tiempo los padres han ido enviando dinero a los abuelos para que cuiden de sus hijos, por lo tanto, es bueno saber que hay una obligación del marido y/o de la esposa de continuar enviando este dinero a sus hijos, no fijándose, por ejemplo, una pensión de alimentos a favor de los mismos y quizás no sólo como obligación del padre sino también de la madre, ya que los menores no viven con ninguno de los dos. Parecería que los padres que tienen que velar por sus hijos se tendrían que preocupar ellos mismos de enviar dinero a sus hijos, pero no siempre las personas actúan de la manera más correcta y en interés primordial de los menores, que es el objetivo a proteger por parte de la fiscalía y en general de las administraciones públicas, tienen que poder pedir la aplicación de medidas para que a los menores no les falten los alimentos. Por otro lado, cabe también pensar que en el futuro uno de los cónyuges decida reagrupar a estos hijos y que, constante una sentencia de separación o divorcio, la autoridad gubernativa les pregunte quién tiene la guarda y custodia. La ley y

el Reglamento en materia de extranjería así lo regulan. Por lo tanto, no es tan inverosímil poder resolver sobre estas cuestiones respecto de unos hijos que no viven con los padres en el mismo estado. Otra cuestión distinta es la ley que se tendrá que aplicar para determinar en este caso y en otros similares el fondo material del procedimiento, pero que la ley a aplicar sea la ley extranjera, no es motivo para que los tribunales españoles no sean competentes. A menudo los términos «ley aplicable» y «tribunales competentes» se confunden, incluso por algunos de los operadores jurídicos y han llegado a presentarse argumentos en las vistas diciendo que como se tiene que aplicar derecho extranjero, no pueden conocer del asunto los tribunales españoles.

El Reglamento 2201/2003 ha venido a paliar un poco esta problemática al permitir que estas cuestiones se puedan resolver por el juez competente para la separación o divorcio, ya que en este caso se cumplen los requisitos que fija el artículo 12 del Reglamento 2201/2003 para admitir la prórroga de competencia y es que los dos cónyuges en este caso ejercían la responsabilidad parental sobre los menores y habían aceptado claramente la competencia de los tribunales españoles.

V.3. Supuestos extracomunitarios de difícil determinación del punto de conexión: el caso del domicilio desconocido del demandado

De entrada, hay que analizar los conceptos «domicilio» y «residencia habitual». En el ámbito que estamos analizando, también hay que dejar claro que lo que nosotros entendemos como domicilio, no es el concepto de *domicile* que aparece en el Reglamento comunitario.

Con carácter general podríamos decir que a pesar de los textos legales internos que parecen asimilarlos, los conceptos «domicilio» y «residencia habitual» no necesariamente son lo mismo, ya que el domicilio es el lugar legal de residencia y, en cambio, la residencia habitual una situación de hecho, que indica el lugar en que se localiza el centro vida socioeconómica de una persona y, por lo tanto, esta residencia no sólo se puede determinar por circunstancias administrativas como puede ser el empadronamiento aunque éste pueda ser un elemento de prueba importante. Este concepto de residencia había venido avalado por la jurisprudencia, como es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 14 de enero de 1991 y otras resoluciones judiciales²⁷. Si recurrimos a los textos legales, en el ámbito español encontramos el artículo 40 que contrariamente al criterio expuesto dice que en el caso de las personas naturales su domicilio es el lugar de su residencia habitual, pero añade que también es domicilio aquel que designe la LEC. Parece así que este artículo determina un domicilio diferente para las cuestiones procesales. Por lo tanto, cuando se llega a un litigio y tenemos que interponer una demanda quizás entonces tengamos que aplicar otras normas para saber dónde tenemos que demandar a una persona. La LEC 1/2000 dice que el domicilio de una persona es el que se hace constar en la demanda, solicitud o petición con la que se inicia un procedimiento civil (artículo 155). La obligación de fijar este

27. La Sentencia de la AP de Castellón de 23 de abril de 2002 apuesta por este criterio y determina incompetentes a los tribunales españoles si no se da ninguno de los fueros previstos en el artículo 22 de la LOPJ.

Así las STS de Contencioso-Administrativo de 8 de marzo de 1983, STS de 10 de junio de 1966, STS de 4 de mayo de 1977, STS de 15 de noviembre de 1991 y STS de 30 de enero de 1992, citas extraídas de CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Crisis matrimoniales internacionales: foro de necesidad y derecho extranjero», *REDI*, vol. LVI (2004) I.

domicilio al inicio del procedimiento recaerá pues en el demandante. Si no se determinara ninguna otra cuestión el demandante podría indicar el domicilio que le complaciera a los efectos que él considerara más adecuados y, por ejemplo, fijar un domicilio del demandado que no es donde puede encontrarse sólo, por ejemplo, a efectos de determinar la competencia de un tribunal o juzgado determinado. Para evitar estas circunstancias el mismo artículo 155.3 determina cuál son los lugares que pueden considerarse domicilio de una persona: el lugar donde esté empadronado, el que conste oficialmente a otros efectos (por ejemplo, un domicilio fiscal), el que aparezca en un registro oficial (por ejemplo, el que pueda constar en un Registro de la Propiedad) o el lugar en que se ejerza una actividad profesional o laboral no ocasional.

A los efectos de entablar un litigio en el ámbito del Derecho de Familia, tratándose de una cuestión eminentemente procesal, cuando las normas de competencia nos determine que el criterio es el del domicilio, éste se podrá entender quizás como cualquiera de los lugares que determina la LEC 1/2000. Ahora bien esta ley procesal continúa sin describir qué es residencia habitual. En el Reglamento 1347/2000 y en su sucesor 2201/2003 no se hace tampoco ninguna definición de lo que tenemos que entender por residencia habitual cuando menos a efectos del propio Reglamento. Evidentemente, en el marco comunitario y a la hora de la aplicación del Reglamento sería bueno una definición común como el Reglamento 2201 ya ha hecho para otras cuestiones²⁸. Pero no existe ninguna definición común de lo que se entiende por residencia habitual en el texto del Reglamento. Ante esta falta de definición legal de lo que es residencia habitual podemos tener en cuenta diferentes criterios. Por una parte, aquella opinión de algunos autores ya comentada para quienes residencia es el lugar fáctico, no el domicilio y, por lo tanto, podrá ser residente en un lugar diferente del empadronado²⁹. Por otra parte, podemos utilizar un criterio fiscal y decir que es aquel lugar donde una persona vive durante más de 180 días en un año. También podemos interpretar que residencia habitual es igual a domicilio de acuerdo con el artículo 40 del CC y, por lo tanto, entonces en el ámbito de cualquier procedimiento de familia nos vuelven a servir todos los lugares delimitados por la LEC 1/2000³⁰. En este caso, lo que nos haría falta plantearnos es si podemos extrapolar esta definición interna que asimila domicilio a residencia habitual a los procedimientos con elementos de extranjería, cuando lo que pretendemos aplicar es el Reglamento comunitario. Podemos tener presente el criterio de residencia habitual que hace la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado³¹ en los diferentes convenios que pone el énfasis en el aspecto de hecho, entendiendo por residencia habitual aquélla donde una persona tiene su centro social de vida, es decir,

28. El TJCE ya ha dado su respuesta si bien no aplicando dicho convenio, aunque es utilizada en otros casos y en consecuencia se puede tomar como referencia (ver el *Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K3 del Tratado de la Unión Europea sobre competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial*. DOCE núm. C 221, de 16 de julio de 1998, elaborado por BORRÁS RODRÍGUEZ, A.)

29. Hay jurisprudencia que había mantenido la necesidad de empadronamiento para determinar el domicilio. STJPI de Estepona de 23 de febrero de 1990 (referenciada en CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho de familia internacional*, Ed. Colex, Colección el derecho de la globalización, 2003). SAP de Granada de 14 de enero de 1991. También hay autores que a pesar de mantener que hay equiparación entre residencia y domicilio en el derecho interno de acuerdo con el artículo 40 del CC, mantienen que ésta no va ligada al empadronamiento. Así también CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho de familia internacional...*, ob cit.

30. Esta equiparación, por ejemplo, la hace la SAP de Murcia de 12 de mayo de 2003, en relación a la aplicación del Reglamento 44/2001 en materia de alimentos.

31. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Crisis matrimoniales internacionales: foro de necesidad y derecho extranjero», *REDI*, vol. LVI (2004) I.

el lugar donde se produce el arraigo de una persona con un medio sociojurídico³². En igual sentido el informe Borrás³³ referido al llamado Convenio Bruselas II recogía la definición de residencia habitual como «el lugar en que la persona ha fijado con carácter estable el centro permanente o habitual de sus intereses que, a los fines de determinar esta residencia, tienen que tenerse en cuenta todos los elementos de hecho constitutivos». El Tribunal Supremo español también ha precisado desde hace tiempo elementos a tener presente para determinar que hay residencia habitual, no siendo determinante sólo la residencia durante un largo período porque éste puede ser por motivos de trabajo, enfermedad o estudios y eso no será residencia habitual³⁴. Tampoco tiene que incidir en este concepto si la residencia es legal o no al amparo de la Ley de extranjería³⁵. Otra parte de la doctrina considera que una persona puede tener diferentes lugares de residencia habitual y que se tendrá que precisar en cada caso concreto y en cada litigio³⁶.

A la vista de todas estas opiniones, entiendo que la equiparación de domicilio a residencia habitual que hace el artículo 40 del CC, no nos sirve para determinar qué tenemos que entender por residencia habitual. En este sentido, los criterios mínimos para determinar la residencia habitual, siguiendo además las tendencias en este sentido fijadas a nivel internacional y no únicamente basadas en la normativa interna, tendrían que ser presencia física de una persona durante un período de tiempo en un lugar determinado y con voluntad de quedarse en este lugar. Si no se piden unos mínimos el concepto de residencia habitual lo podría ser cualquier estancia. Para constatar esta permanencia durante un período de tiempo en un lugar, servirían como prueba todos los medios de prueba admitidos en derecho y entonces son válidos los registros públicos y todos los criterios que se recogen en el artículo 155.3 de la LEC 1/2000, pero también otros elementos como el lugar de escolarización de los hijos, la participación de padres e hijos en programas sociales, el lugar de residencia habitual del resto de familia, el lugar de trabajo habitual de los padres, etc. Teniendo que valorarse todos estos elementos en su conjunto y no aisladamente, dejando claro en todo caso que la residencia legal o no en un país, que es una situación administrativa, no determina en ningún caso la existencia o no de residencia habitual en los términos necesarios para determinar la competencia judicial y la ley aplicable³⁷.

32. ESPINAR VICENTE, J.M., *Residencia habitual (DIPR) Enc. Jur. Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 5876-5880 [cita extraída de CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Crisis matrimoniales internacionales: foro de necesidad y derecho extranjero», *REDI*, vol. LVI (2004) I].

33. Precisión recogida a partir del criterio fijado por el TJCE en otras ocasiones. Ver el *Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K3 del Tratado de la Unión Europea sobre competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial*. DOCE núm. C 221, de 16 de julio de 1998, elaborado por BORRÁS RODRÍGUEZ, A. (p. 38).

34. STS de 2 de julio de 1926, STS de 31 de diciembre de 1908, STS de 17 de noviembre de 1898, STS de 20 de noviembre de 1906, STS de 30 de abril de 1909, STS de 26 de mayo de 1944, STS de 24 de mayo de 1944, STS de 15 de enero de 1946 [cita extraída de CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Crisis matrimoniales internacionales: foro de necesidad y derecho extranjero», *REDI*, vol. LVI (2004) I].

35. Ver, en este sentido, las siguientes Resoluciones de la DGRN de 3 de diciembre de 1993, 23 de agosto de 1990, 25 de septiembre de 1995, 29 de agosto de 1992.

36. VAN HOOOSTRATEN, H.M., *La Codification par Traités en droit international privé dans le cadre de la Conférence de la Haye*, RCDA 1967, vol. 122, pp. 337-435; ESPINAR VICENTE, J.M., *Residencia habitual (DIPR) Enc. Jur. Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 5876-5880. Postura que parece corroborar CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. en su obra «Crisis matrimoniales internacionales: foro de necesidad y derecho extranjero», *REDI*, vol. LVI (2004) I.

37. Diversas Resoluciones de la DRGRN confirman este criterio: de 3 de diciembre de 1993, 23 de agosto de 1990, 25 de septiembre de 1995, 29 de agosto de 1992. Extraídas de CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., que es quien las cita en su obra «Crisis matrimoniales internacionales: foro de necesidad y derecho extranjero», *REDI*, vol. LVI (2004) I.

¿Qué pasa cuando el demandado, de nacionalidad de algún país no comunitario, por ejemplo, de un país del Magreb, no tiene ningún domicilio ni tampoco ningún lugar de residencia conocida en el momento en que se tiene que presentar la demanda?

En este supuesto y cuando se trate de plantear una demanda de nulidad, separación y divorcio y cuestiones de responsabilidad parental respecto de los hijos comunes, residiendo mujer e hijos en España, se tiene que aplicar el Reglamento comunitario y, por lo tanto, si la última residencia habitual de los cónyuges era España ya que vivían todos, estaban empadronados, los hijos iban a la escuela y el marido tenía un trabajo, y ahora, desaparecido el marido, la mujer y los hijos residen en España, son competentes los tribunales españoles.

Supuesto de hecho: *El caso de Al, también marroquí, es parecido pero más complicado. Al era divorciada de un nacional de Libia con el que había tenido una niña que vivía con ella. Al después del divorcio había vuelto a casa de sus padres en Marruecos, pero de allí se había marchado a Francia con su hija sin permiso de residencia ninguna de las dos. Allí conoció a un marroquí residente en España legalmente y vino con él con la promesa de matrimonio. No se llegó a casar pero tuvieron una hija. Cuando la niña tenía pocos meses, el compañero se marchó dejándola sin nada y no habiendo arreglado su permiso de residencia ni el de su propia hija (inscrita en el Registro Civil Español).*

Petición formulada: *Al no quería iniciar ningún procedimiento judicial, decía que su compañero nunca reconocería a su hija, la consulta venía motivada por la posibilidad de poder tener permiso de residencia para su hija.*

Finalmente, ante el miedo de que el padre de la niña vuelva y le reclame o se lleve a su hija, Al decide iniciar procedimiento judicial en reclamación de guarda y custodia de la menor. Litiga con abogado de oficio.

En este último caso referenciado no sería de aplicación la competencia en materia de divorcio al no existir matrimonio pero sí respecto de la responsabilidad parental. Viviendo la madre y la hija en España donde está escolarizada y donde además se localizaba la última residencia conocida del padre, la competencia debe ser de los tribunales españoles. En estos casos es evidente que el centro social de la vida de esta familia está en España. El hecho de que el marido o padre del menor se haya marchado y no quiera ser encontrado ni dé señales de vida no puede hacer variar este hecho.

El artículo 3 del Reglamento 2201/2003 da cabida a estos casos. En caso de que la última residencia habitual de la familia no fuera España, pero la mujer y los hijos y vivan desde hace más de un año también serían claramente competentes los tribunales españoles por aplicación del Reglamento. Más difícil sería si el marido no hubiera venido nunca a España y la mujer no llevara todavía un año residiendo aquí. Admitir la competencia de los tribunales españoles en todos estos casos quizás sí que es caer en el temido *forum shopping*. Pero también es cierto que es una solución práctica para la mujer y los hijos que, instalados en España y con pocos recursos económicos, necesitan una sentencia judicial de separación o divorcio para el acceso a determinadas ayudas o para justificar, incluso, la ausencia del marido o padre y que desconocen dónde se encuentra el marido. Entiendo que la posibilidad de poder romper los vínculos matrimoniales sin necesidad de volver al país de origen y de enfrentarse a legislaciones que le pueden ser contrarias es una solución ajustada a la realidad. Admitir la competencia de los tribunales en estos casos sería favorecer la justicia del caso

concreto ante una política unitaria de no favorecer un fraude de ley, pero también se tiene que tener presente que estas cuestiones de derecho internacional ya no se aplican hoy sólo a las clases más acomodadas, a las que todavía se puede entender que se quiera pedir un plus de diligencia o un plus de gastos, sino a las clases a menudo más desfavorecidas y que, por lo tanto, se tiene que tender a las soluciones más próximas a los ciudadanos. En el mundo actual, tan interconectado y donde los movimientos de personas se producen a todos los niveles de la sociedad, si la posibilidad de escoger el lugar del divorcio ya no se limita sólo a los acomodados, no creo que el resultado sea tan indeseable³⁸. Hay que tener presente que para admitir la competencia de los tribunales españoles en casos basados sólo en la residencia del actor, supuesto en el que entraría el caso del marido que no ha residido nunca en España, se pide un año de residencia previa y, por lo tanto, entiendo que eso ya limita más la posibilidad de uso de este fuero de competencia de manera fraudulenta, pero es evidente que siempre habría esta posibilidad. Hay algunos supuestos, por ejemplo, de empadronamiento en España sin estar presente en el país³⁹. Ahora bien, si por residencia habitual no sólo se entiende el empadronamiento, la determinación o prueba de esta residencia habitual verdadera queda susceptible de control jurisdiccional ya sea de oficio o a instancia de parte con la correspondiente declinatoria, pudiendo presentar en estos procesos todas las pruebas admisibles en derecho para demostrar esta residencia habitual en España durante más de un año. Por lo tanto, estas posibilidades fraudulentas no tienen que hacer borrar del texto legal la posibilidad de esta competencia a favor de los tribunales españoles y si se quiere ser purista sólo habrá que extremar el cuidado y la exigencia en la práctica de la prueba concreta para determinar esta residencia en España durante un año.

Para cerrar al máximo las posibilidades de aplicación fraudulenta de este fuero de competencia en base al Reglamento entiendo que, aparte de la residencia habitual del demandante durante más de un año, habría bastante con que la última residencia conocida del demandado estuviera en España o en un país comunitario, aunque ahora se desconozca con exactitud dónde se encuentra y para determinarlo extremar la prueba de este hecho y en todo caso desde los juzgados y tribunales antes de admitir la demanda pedir informaciones a través del juzgado a Registros municipales y registros consulares, etc. Posibilidad que, además, ahora la LEC 1/2000 contempla expresamente (artículo 156) y que en casos totalmente internos, sin elementos de extranjería, ya se ha acordado por parte de los juzgados y tribunales en este sentido⁴⁰. En todos los casos creo que es clave la residencia real y continuada del cónyuge demandante y los hijos, si los hay, durante un año o más en España, cuando

38. La posibilidad de escoger el fuero aplicable a las crisis matrimoniales ha sido criticada no sólo por algunos autores contrarios a esta posibilidad, sino incluso por la prensa en general. En este sentido, se tiene que leer el artículo de CUNCHILLOS, M., «Divorcios a la carta», publicado en *Actualidad Aranzadi*, núm. 533. Otros autores como CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (*Derecho de familia internacional*, Ed. Colex, Colección el derecho de la globalización, 2003), apuntan la posibilidad de una competencia internacional en materia de divorcio basada en la sumisión de las partes, a fin de que se pueda divorciar donde quieran siempre que el litigio tenga un elemento de extranjería y manteniendo la posibilidad de oponer la excepción de orden público.

39. Motivado sobre todo por las últimas regularizaciones o normalizaciones en materia de extranjería y antes de que los Ayuntamientos establecieran controles más rigurosos y de la reforma de la ley de extranjería en la LO 4/2003, que frenaron el uso al empadronamiento, era posible encontrar a alguien que hubiera empadronado a un familiar con el pasaporte original sin que de hecho este familiar residiera aquí. Aparte de los casos de personas empadronadas pero que habían marchado a otro país y no se había cursado la baja del padrón todavía.

40. Procedimiento de divorcio sin elementos de extranjería instado por la mujer después de más de cinco años de separación. Desconocía totalmente dónde vivía su ex marido, ya que desde que el hijo común tenía tres años no había ido a visitarlo más, ni lo había llamado, ni le había pasado la pensión de alimentos, ni había dado ninguna señal de vida. La mujer presentó demanda de divorcio a los tribunales de la última residencia habitual de matrimonio, aunque ella ya no vivía allí y expuso esta situación, solicitando el emplazamiento del demandado por edictos. El juzgado resolvió diciendo que era necesario hacer

el otro cónyuge se desconoce dónde está. Si no hay una prueba contundente de esta residencia habitual continuada del demandante durante más de un año, entendida realmente desde un punto de vista fáctico, pero acreditado no sólo por el empadronamiento, entonces sí que sería un fuero buscado casi con fraude, ya que no existe el más mínimo criterio de vinculación con España, teniendo en cuenta que estamos hablando de dos cónyuges de nacionalidad de un país del Magreb, por ejemplo.

La respuesta tendría que ser diferente cuando se trata de matrimonios mixtos cuando uno de los dos tiene la nacionalidad española o de algún estado miembro.

Si es el demandante quien tiene nacionalidad española y residencia habitual en España aunque el demandado esté en lugar desconocido es evidente que serán competentes los tribunales españoles (artículo 3 del Reglamento 2201/2003).

Si el demandado en lugar desconocido es de nacionalidad española o de un estado miembro y el demandante tiene su residencia en España desde hace más de un año también serán competentes los tribunales españoles por aplicación del artículo 3 del Reglamento y respetando los artículos 6 y 7 del mismo texto.

Suponemos que es la mujer española quien estaba casada en Marruecos con un marido marroquí y vuelve a España ella sola sin saber nada de su marido, pasados seis meses podrá plantear litigio matrimonial en España y los tribunales españoles serán competentes.

Si se trata del supuesto de un matrimonio mixto casado y con residencia en Marruecos donde, por ejemplo, el cónyuge español vuelve a España, separándose así de hecho y después consigue llegar el cónyuge marroquí, que es quien presenta la demanda, sin saber exactamente dónde está el otro cónyuge, alegando que su última residencia habitual conocida es España podrá alegar competencia de los tribunales españoles al llegar (residencia habitual del demandado) o en último término esperarse un año. La LOPJ no da respuesta al supuesto de domicilio o residencia habitual desconocidos del demandado y, por lo tanto, el juego que da el Reglamento es importante poder aprovecharlo.

VI. DIFICULTADES PRÁCTICAS EN LA APLICACIÓN DEL SISTEMA DE COMPETENCIA JUDICIAL DESCRITO

VI.1. La poca actividad judicial dedicada a la comprobación de oficio de la competencia por parte de los tribunales españoles

En la práctica también es habitual que en estos casos tipo la jurisprudencia apoye sin más la competencia judicial de los tribunales españoles. El problema es que a menudo dicha competencia no se fundamenta en los criterios del Reglamento comunitario sino que continúa remitiendo a normativas internas. Mientras el supuesto práctico es el modelo típico descrito: toda la familia con residencia habitual en España, no habrá mayor problema práctico,

averiguaciones sobre el domicilio del demandado y las hizo a través de l'INE y así fue localizado. Auto de 14 de octubre de 2001 del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Mataró.

aunque no sea jurídicamente acertado y difícilmente ninguna de las partes dedicará esfuerzos para reclamar la aplicación del reglamento si el resultado práctico va a ser el mismo. La solución es la misma tanto si se aplica el Reglamento como si se aplica la LOPJ, por lo tanto las resoluciones y sentencias no entran nunca en esta disquisición y fundamentan sus resoluciones directamente en el artículo 22 de la LOPJ: serán competentes los tribunales españoles pues ambos cónyuges tienen su residencia habitual en España al tiempo de la demanda y los hijos también tienen su residencia habitual en España al tiempo de la demanda. Más recientemente y antes de la entrada en vigor del Reglamento 2201/2003 la jurisprudencia ya había empezado a determinar la competencia en virtud del Reglamento 1347/2000. Después algunas resoluciones recientes han empezado ya a hacer referencia al Reglamento 2201/2003, pero también manteniendo la referencia a la LOPJ.

Los tribunales españoles ante un litigio en el ámbito de familia con un elemento de extranjería se tienen que plantear si son competentes o no y cómo actuar en consecuencia. Ésta es la primera actividad que tendrían que realizar, pues, cuando se les plantean litigios en los que como mínimo uno de los litigantes es extranjero, como pasa en los procedimientos de familia en los que intervienen ciudadanos extracomunitarios como son los magrebíes. A esta actividad está obligado el juez español, tanto si aplica el Reglamento comunitario como si aplica la LOPJ. Ahora bien, como jueces de un estado miembro en que sí rige el Reglamento, primero tendrán que mirar si son competentes de acuerdo con el Reglamento comunitario en vigor y sólo subsidiariamente si lo son según su legislación interna para los casos en que el Reglamento comunitario no determine la competencia de un tribunal de un estado miembro.

El Reglamento comunitario acompaña esta necesidad de analizar su propia competencia con un conjunto de normas sobre la inhibición, sobre la admisibilidad de la demanda y sobre la litispendencia. En el ámbito del derecho interno, no existe tanta regulación al respecto. Evidentemente, el sistema del Reglamento está mucho más elaborado y mucho más pensado en vistas a la internacionalización de un proceso que los artículos 36 y 38 de la LEC 1/2000.

El artículo 36, por una parte, remite a la LOPJ como la norma donde se regulan los supuestos en que los tribunales españoles son competentes, pero añadiendo también que la competencia así mismo vendrá determinada por los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte. Este mismo artículo, por otra parte, regula los supuestos en los que los tribunales españoles se tienen que abstener de conocer y lo limita a tres: en casos de inmunidad de jurisdicción, cuando por un convenio o tratado internacional en el que España sea parte, la competencia esté atribuida en exclusividad a otro estado y los casos en que pudiendo determinarse sólo la competencia de los tribunales españoles por sumisión tácita de las partes, el demandado no comparezca.

El artículo 38 simplemente determina que, una vez advertida la falta de competencia internacional, se tiene que acordar de oficio con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal. Artículo que, por lo tanto, obliga al órgano jurisdiccional a pronunciarse de oficio sobre esta competencia. El artículo 39 de la LEC 1/2000 cierra el sistema al dar a las partes (de hecho, al demandado) la posibilidad de formular la correspondiente declinatoria, regulándose entonces el procedimiento tanto para la declinatoria interna como internacional en los artículos 62 y siguientes de la LEC 1/2000.

En la práctica diaria en un principio las confusiones eran habituales, dudando incluso de cuál era el fundamento jurídico de las normas de competencia, si la LOPJ o las contenidas en la Disposición Adicional Primera de la Ley 30/1981. La clarificación del ámbito de competencia de cada una de estas normas, la entrada en vigor del Reglamento Comunitario y la LEC 1/2000 que ha fijado unos nuevos criterios de competencia territorial en el ámbito de los procedimientos de familia, han hecho cambiar la situación hacia una general despreocupación en la determinación de los tribunales competentes. En la mayoría de los procedimientos de familia prácticamente no se hace ningún tipo de referencia a la competencia de los tribunales españoles. No se hace de oficio donde las resoluciones judiciales se limitan a transcribir el texto habitual para decir que son competentes y pocas veces se hace a instancia de parte. En la práctica en la mayoría de supuestos la competencia de los tribunales españoles es clara y por este motivo no se acostumbran a gastar energías tampoco por las partes. Normalmente las oposiciones más normales lo son por temas de litispendencia o por temas de ley aplicable al fondo del asunto.

En la mayoría de los casos y hasta la Sentencia del Tribunal Constitucional 33/2002, de 11 de febrero, y teniendo en cuenta el criterio restrictivo de la Audiencia Provincial de Barcelona, durante años, el objetivo de la parte demandada era conseguir como mucho una desestimación de la demanda para evitar tener que pagar pensiones alimenticias. En los casos más pioneros y a falta todavía de jurisprudencia consolidada no había ni esta preocupación. Si se podía resolver por los tribunales españoles y aplicar derecho español no había que plantearse nada más.

A menudo la existencia de un sujeto español ya inclinaba a los tribunales a pronunciarse sobre su competencia aunque fuera dudosa. Éste es el caso de la Sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia núm. 45 de Barcelona de 30 de septiembre de 1994⁴¹, en el caso de demanda de divorcio entre español y chilena, residentes él en Francia y ella en Chile, en el que se determinó la competencia de los tribunales españoles, a pesar de la LOPJ, para evitar denegación de justicia. Esta tendencia a dar una respuesta al conflicto en virtud de la tutela judicial efectiva es loable si se hace con carácter general y no sólo cuando uno de los litigantes es español. En este caso concreto la respuesta se justificaba porque en Chile no existía el divorcio y Francia no era competente, pero la misma Audiencia de Barcelona por aquellas mismas fechas había desestimado la demanda de separación o divorcio de magrebíes para no acreditar el derecho extranjero, dejando desamparado y sin protección jurídica con esta excusa a un menor.

En muchos otros casos, fruto de la tradicional despreocupación de la jurisprudencia española para las cuestiones de derecho internacional, ha costado asumir las normas de competencia basadas en el Reglamento comunitario 1347/2000. Si ya hemos encontrado sentencias que, a pesar de la LOPJ, continuaban aplicando las normas de la Ley 30/1981, hemos continuado encontrando sentencias después de la entrada en vigor del Reglamento comunitario de 2000 que todavía aplicaban la LOPJ, aunque en los últimos tiempos este proceso ya es más rápido⁴². Cabe destacar la SAP de Murcia de 10 de mayo de 2003:

41. Sentencia referenciada en QUIÑONES ESCÁMEZ, Anna, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Fundación La Caixa. Premio 1999-2000.

42. Ver Sentencias de la AP de Lleida de 10 de febrero de 2003, núm. 7/2003 (AZ AC 2003/575), AP de Murcia de 10 de mayo de 2003, núm. 166/2003 (AZ AC 22003/1676). En cambio mantiene un fundamento no correcto la Sentencia de la AP

«En cuanto a la competencia judicial internacional de la separación la ley aplicable es el Reglamento CE 1347/2000, de 29 de mayo (LCEur 2000\1558), conforme al cual los tribunales españoles son competentes para conocer del presente proceso matrimonial de separación al residir habitualmente ambos cónyuges en España al tiempo de presentarse la demanda (...).

En cuanto a la custodia de los hijos, lo que el comentado Reglamento denomina responsabilidad parental de los hijos comunes del matrimonio, conforme a su artículo 2, son competentes los tribunales que lo sean para conocer de la separación, siempre que esos hijos residan habitualmente en dicho Estado miembro o si es en otro Estado, cuando se trate de uno de los Estados miembros del Reglamento y al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el hijo y la competencia de las autoridades haya sido aceptada por los cónyuges y sea conforme con el interés superior del hijo. En el presente caso, uno de los hijos vive con la madre en España, por lo que respecto al mismo no hay ningún problema en aceptar la competencia de los tribunales españoles para conocer de la atribución de su guarda y custodia o el régimen de visitas para el progenitor no custodio. Respecto del otro hijo menor, ambos padres reconocen que vive en Marruecos, en compañía de la madre de la mujer, pero se trata de una situación transitoria, (...). Por todo ello debe admitirse la competencia de los tribunales de España, pues hay que entender que la hija menor, aun hallándose temporalmente en Marruecos, tiene su residencia habitual en España, (...) Finalmente queda por examinar la competencia judicial en materia de alimentos, dentro de los cuales tiene cabida la pensión compensatoria (...) La materia viene regulada por el Reglamento CE 44/2001 (LCEur 2001\84), conforme al cual entre los foros que determinan la competencia de los tribunales está el de los del Estado Miembro en el Reglamento donde tenga su domicilio el demandado (artículo 2), supuesto que concurre en el presente caso. Además, si, como aquí, se trata de una demanda accesoria a una acción relativa al estado civil de las personas, son competentes los tribunales del Estado que, según la ley del mismo, lo sean para conocer de la acción relativa al estado de las personas, salvo que tal competencia se fundamente exclusivamente en la nacionalidad de una de las partes (artículo 5.2.II). Por esta causa, también serían competentes los tribunales españoles.»

Por lo expuesto, en todas las cuestiones referidas resultan competentes los tribunales españoles para conocer del proceso planteado.

La evolución de la jurisprudencia ha afectado sobre todo a la ley aplicable y a la prueba del derecho extranjero pero no a la competencia judicial, cuestión que en la mayoría de los casos ni se analiza detenidamente. Prueba de eso es el texto de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de junio de 2002⁴³ donde se puede ver la aplicación tardía de las normas sobre competencia judicial, donde no se hace ninguna referencia todavía al Reglamento comunitario y, en cambio, todavía se habla como referencia de la Ley 30/1981:

«Ya tiene expresada esta Sala en un caso similar de proceso matrimonial entre súbditos extranjeros, con residencia habitual en España, que de conformidad con lo establecido en el artículo 769.1 de la LEC en relación con el artículo 22.3 de la LOPJ, la residencia común de los litigantes en España al tiempo de la interposición de la separación conyugal determina la competencia de los tribunales españoles. Situación que incluso antes de la publicación de la Ley Adjetiva 1/2000, de 7 de enero, venía patrocinada, por la normativa de la Disposición Adicional Primera de la Ley 30/1981 y artículo 51 de la LEC de 1881 y con apoyo del artículo 117.3 de la CE.

La cuestión dudosa no era propiamente la del foro procesal, sino saber si la residencia habitual conllevaba la aplicación del derecho especial en el aspecto sustantivo, cuando los cónyuges

de Las Palmas de 21 de julio de 2000 (AZ JUR 2000/15478) que todavía se ampara en la Disposición Adicional Primera de la Ley 30/1981, de 7 de julio.

43. Sentencia de la AP de Barcelona de 18 de febrero de 2002 (AZ AC 2002/2176).

residentes conservaban la nacionalidad común extranjera, con una interpretación favorable de la *lex civilis fori* del domicilio frente a la ley nacional común.»

A pesar de esta tendencia también se pueden encontrar algunas percepciones disidentes por parte de algunos órganos jurisdiccionales que sí se paran a analizar con detalle las normas de competencia y que imponen su propia teoría. Éste es el caso de la Sentencia de la Sección 18.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de diciembre de 2005⁴⁴ en el caso de una pareja de Moldavia. Al tratarse de nacionales de un país no miembro de la Unión Europea entiende que no es aplicable el Reglamento comunitario, abriendo así una línea peligrosa que podría llevar de nuevo a la no solución de problemas matrimoniales entre extranjeros no comunitarios, ahora que se empezaba a superar el criterio de desestimación de la demanda, aunque en el caso de referencia se protejan los derechos de los menores.

«El auto recurrido inadmite a trámite la demanda de juicio de divorcio en base a que el demandado reside fuera de España y la demandante no es española, por lo que decreta la falta de competencia internacional para conocer del presente pleito en base al artículo 22.3 de la LOPJ; frente lo que se alza la actora en que solicita la revocación del auto recurrido, con admisión de la demanda, en los argumentos que expone; y asimismo en el otrosí tercero plantea la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia Europeo.

En primer término procede desestimar la petición última, por cuanto consideramos que siendo ambas partes nacionales de Moldavia, país no miembro de la Unión Europea, no cabe plantear ante dicho Tribunal la interpretación del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000, pues la existencia de una duda sobre la interpretación del Derecho comunitario, está injustificada cuando a criterio del Tribunal se está ante una norma clara, como es el caso, referido a Estados Miembros, y tampoco se alega la contradicción entre dicho Reglamento y el Ordenamiento Español. (...)

Con dicha base, es decir, ambos de nacionalidad extracomunitaria, y la madre e hijos con residencia en España, y el padre en Moldavia, procede considerar la competencia de los tribunales españoles, distinguiendo en lo que se refiere al divorcio, y en lo que afecta a los hijos. (...)

En relación a los hijos, de conformidad con el artículo 22.3 de la LOPJ en el orden civil, los juzgados y tribunales españoles serán competentes en materia de medidas de protección de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados, cuando éstos tuviesen su residencia habitual en España; en materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, cuando el hijo tenga su residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España; en materia de alimentos, cuando el acreedor de los mismos tenga su residencia habitual en territorio español. Por lo que en relación a los menores, y las peticiones que se hacen en la demanda sobre atribución de la guarda y custodia, régimen de visitas, alimentos —en que se peticiona que no se acuerde pensión de alimentos a favor de los mismos— y medidas de protección sobre limitación de salida y custodia de pasaportes, todo ello resultan competentes los tribunales españoles, bastando para ello interponer la correspondiente demanda antes los mismos en petición de la adopción de dichas medidas. Mas éste no es el caso, pues la demanda que se deduce es de divorcio, con solicitud de aplicación del Código de Familia de Moldavia, y con las medidas señaladas. Es decir, de deducir demanda con dichas peticiones hubiere debido ser admitida a trámite, mas atendiendo a que se pide como efectos del divorcio, debemos estar a la admisión previa

44. Sentencia de la AP de Barcelona de 15 de diciembre de 2005 (AZ JUR 2006/96862).

de éste (prórroga de la competencia, en términos del artículo 12 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003). Por lo que compartimos los argumentos del apelante en cuanto a la competencia de los tribunales españoles en materia de responsabilidad parental (custodia y régimen de visitas), y pensión de alimentos, por lo que la parte puede si es de su interés deducir nueva demanda circunscrita en dichos aspectos ante los tribunales españoles.

Pero no podemos compartir los argumentos vertidos sobre la competencia de los tribunales españoles en materia de divorcio; así en primer término, conforme el artículo 22.3 de la LOPJ se determina la competencia de aquellos “cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, así como cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española, cualquiera que sea su lugar de residencia, siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro”; ninguno de dichos supuestos se da en el caso que nos ocupa. Se alega la aplicación directa del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000; mas entendemos que dicho Reglamento se refiere a foros competenciales entre países miembros, es decir, no vinculante cuando se refiere a países no miembros (caso de Moldavia), en que podrá estarse, en su caso, a los acuerdos o tratados con dicho estado, y en todo caso, a las normas nacionales internas, y, en este caso, el artículo 22.3 de la LOPJ delimita los supuestos en que no tiene cabida el que aquí nos ocupa. Y, cabe plantear el problema que puede ocurrir que de dictarse aquí el divorcio, éste no fuere reconocido en la República Moldava, debe tenerse en cuenta que el artículo 21 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo establece que “Las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno”, pero siempre se refiere a Estados miembros, véase lo señalado en el Libro Verde sobre legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas de 14 de marzo de 2005 en que se plantea la revisión del citado Reglamento, y por ejemplo señala que “En caso de que un órgano jurisdiccional de un tercer Estado sea competente, la resolución de divorcio subsiguiente no se reconoce en la Unión Europea de conformidad con el nuevo Reglamento de Bruselas II, sino solamente de conformidad con el Derecho nacional o los tratados internacionales aplicables. Esto puede causar dificultades si posteriormente la pareja solicita el reconocimiento y desea que el divorcio se reconozca en sus respectivos países de origen”. Por otro lado debe tenerse en cuenta que en la República de Moldavia no se plantea cuestión de orden público, en este sentido el artículo 48 de la Constitución de la República de Moldavia aprobada el 29 de julio de 1994 garantiza los derechos necesarios a la familia, y en su código de familia parece que puede plantearse el divorcio ante la oficina del Registro Civil o vía judicial, según los casos, por lo que no aparece la necesidad de declarar un divorcio *inaudita parte*, como sería el caso que aquí se plantearía ante la falta de determinación del domicilio donde puede ser hallado, siendo que se cita como domicilio, no obstante, la misma población donde nacieron los hijos y se presume residió el matrimonio; es decir, si bien con relación a los menores procede atender las peticiones por la necesaria protección a los mismos, en la necesaria protección de los menores con independencia de su nacionalidad, en cuanto al divorcio que se refiere a la esfera de ambos cónyuges, no se ve razón para declarar un divorcio sin procurar la intervención de ambos, es decir, no se observa ninguna necesidad ni urgencia de protección de la disolución del matrimonio, ni que la otra parte deba ser excluida de ser oída, pudiendo en el país de origen disolver el matrimonio ante oficina del Registro Civil o vía judicial con la intervención de ambos cónyuges. Debe tenerse en cuenta el problema del denominado *forum shopping*, y consideramos que al menos en la necesidad de respetar los derechos de toda persona, debe considerarse la posibilidad de que sea oída en lo que afecta a su vínculo matrimonial.»

Una sentencia más reciente de la Audiencia Provincial de Valladolid de 10 de abril de 2007 fundamenta claramente la competencia en aplicación del Reglamento CE 2201/2003,

de 27 de noviembre, sobre la acción de divorcio de un matrimonio celebrado en Marruecos al tener en España su residencia habitual el demandante durante el año inmediatamente anterior a la presentación de la demanda y ser irrelevante la nacionalidad marroquí al no establecerse limitación en la aplicación del Reglamento a los nacionales de la UE⁴⁵.

VI.2. La fragmentación del litigio familiar con elemento de extranjería

Cuando estamos delante de un procedimiento de familia con elementos de extranjería la dispersión es lo que domina. Dispersión normativa porque las normas aplicables a la competencia judicial están dispersas en diferentes instrumentos legislativos. Dispersión de procedimientos porque se empiezan a disgregar todos los elementos jurídicos que existen en una familia y a analizar éstos de manera separada, determinando a veces la competencia a favor de tribunales distintos para cada una de estas relaciones jurídicas inherentes en el proceso de familia.

Hay que tener presente que cuando estamos ante un procedimiento de familia a nivel interno (sin elementos de extranjería), esta fragmentación no existe: unos mismos jueces conocen y determinan todas las cuestiones. Además, cuando se produce una ruptura matrimonial pactada, el convenio regulador nos lleva a tratar en el mismo documento todas las cuestiones, separación, divorcio, alimentos de los hijos, guarda y custodia, régimen de visitas, etc., y el juez al homologarlo y el fiscal al darle su visto bueno, también analizan y valoran todas las cuestiones. Parece que esta unidad que se produce en el ámbito interno, como por arte de magia desaparezca en el ámbito internacional y ya no sea posible tener un tratamiento unitario. Si se quieren mantener criterios diferentes para casos individualizados, donde este tratamiento fragmentado pueda ser el más beneficioso, se podrían mantener estas normas de competencia judicial diferentes pero de manera subsidiaria, siendo la regla general esta norma integradora. No es tampoco nada práctica esta dispersión, porque si nos da como competentes diferentes tribunales querrá decir más costes judiciales, más procedimientos y más dificultades para conseguir una coherencia en las diferentes soluciones que se dicten. Ésta era la situación de la familia de moldavos que acabamos de analizar. Aunque la fragmentación en este caso permitió la protección de los menores, llevó a tres procedimientos distintos: uno, el de divorcio instado y no atendido, otro, para las relaciones paterno-filiales cuya competencia sí se admitía y, otro, para el divorcio en otro país. La solución para evitar esta dispersión parece ser que en muchos casos será la interpretación teleológica y la aplicación del llamado fuero de necesidad que apuntan ciertos autores, pero que es difícil que la mayoría de tribunales admita y apliquen, aunque sería deseable esta mayor implicación de los órganos jurisdiccionales en este aspecto y en muchos otros, y que desgraciadamente no se produce muy a menudo en este país, a pesar de algunos loables intentos. Por lo tanto, el funcionamiento del sistema nos lleva a la necesidad de un cambio legislativo que permita de manera clara y contundente la aplicación unitaria, sin excluir la posibilidad de fragmentación en casos concretos y siempre en beneficio de los justiciables.

45. Sentencia de la AP de Valladolid (Sección 1.ª), Auto núm. 82/2007, de 10 de abril (AZ JUR 2007\262864).

VII. CONSIDERACIONES FINALES

La movilidad transnacional de las personas en nuestra sociedad hace que el elemento de extranjería esté presente en todas las capas sociales y que el número de litigios familiares con este elemento de extranjería se haya elevado en todos los órganos jurisdiccionales de nuestro país. Muchos de ellos con la presencia de ciudadanos extracomunitarios.

Esta situación requiere nuevos retos legislativos pero estas novedades legislativas ya no vienen derivadas sólo de la normativa interna sino también de la normativa comunitaria de aplicación directa en todos los estados miembros y esta tendencia es la evolución de futuro.

Los operadores jurídicos deben estar atentos a toda esta normativa. Ya no se puede actuar desatendiendo las normas de Derecho Internacional Privado contenidas tanto en instrumentos legislativos internos como internacionales.

A la vista del análisis realizado debemos concluir que en los litigios de familia extracomunitarios la determinación de la competencia judicial de los tribunales españoles debe hacerse al amparo del Reglamento comunitario correspondiente, siendo sólo las normas contenidas en la LOPJ de aplicación subsidiaria.

La práctica nos demuestra que conocer ambas normas y el juego entre ellas es fundamental para orientar las demandas y dar respuestas jurídicas a éstas, incluso desde planteamientos más teleológicos.

Esta conclusión no es sólo una máxima jurídica sino un indicativo de cuál debe ser la abertura de miras de todos los operadores jurídicos ante la nueva sociedad internacionalmente interconectada en el que se mueven las familias de hoy.

Esta misma práctica y las características sociales y económicas de las familias con elementos de extranjería hacen desear que se tienda a una unidad de tratamiento de las crisis matrimoniales desde todos los ámbitos. No es aconsejable dividir las crisis familiares en diversos procedimientos a tratar en distintos tribunales competentes. Los operadores jurídicos que intervienen en un litigio familiar deben ser capaces de dar una solución a todo el proceso. Igualmente no se puede legislar en este ámbito en departamentos estancos sino manteniendo una visión global coherente. La idea unitaria debería inspirar pues las propuestas *de lege ferenda*, pero no sólo limitadas a una tendencia de unidad de fuero y unidad de tribunal competente, sino también al mantenimiento de esta visión general que obliga al legislador a tener en cuenta no sólo la normativa interna sino la normativa comunitaria y los tratados internacionales de los que España es parte.

Revista de **Derecho de** **familia**

JURISPRUDENCIA

PENSIÓN ALIMENTICIA

Modificación del índice de actualización de las pensiones al considerarse inadecuado el sistema que venía rigiendo consistente en el aumento de los ingresos del obligado al pago, sin que el hecho de que la actual familia de aquél se beneficie de esos incrementos vulnere el derecho a la igualdad de la ex esposa y del hijo del primer matrimonio.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SEC. 1.^a, AUTO DE 31 DE OCTUBRE DE 2008

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don José, ex marido de doña Juana y padre del hijo común de ambos, don José Luis, formuló contra éstos demanda de modificación de medidas definitivas de la Sentencia de divorcio. El Sr. José, Notario de profesión, se había vuelto a casar y tenía tres hijos con su actual esposa, que no realizaba trabajo remunerado, por lo que, aduciendo cambio sustancial de las circunstancias, solicitaba la supresión de la pensión compensatoria de su ex mujer, la reducción de la pensión de alimentos del hijo común de ambos, y, en todo caso, que la revisión de ambas pensiones se realice anualmente según el IPC que fije el Instituto Nacional de Estadística, en lugar del sistema de una revisión anual al alza en función del aumento de los ingresos anuales del Sr. José que venía aplicándose. Asimismo interesaba el Sr. José la modificación del régimen de visitas, en el sentido de que pudiera relacionarse libremente con su hijo José Luis cuando ambos tuvieran por conveniente, teniendo en cuenta que el hijo iba alcanzar próximamente la mayoría de edad.
- ⊙ La demanda de modificación de medidas fue desestimada por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de Madrid, que acordó no haber lugar a lo interesado, excepto en lo relativo a la modificación del régimen de visitas.
- ⊙ Contra la anterior Sentencia interpuso don José recurso de apelación, que fue resuelto por Sentencia de 20 de junio de 2002 de la Sec. 24.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, en el sentido de desestimar las pretensiones relativas a la supresión de la pensión compensatoria de su ex mujer y la reducción de la pensión de alimentos del hijo común de ambos, y de estimar, en cambio, la relativa a la revisión de las pensiones. Argumenta la Sentencia que no se advierte razón que justifique el mantenimiento del sistema de revisión que venía aplicándose (incremento anual en proporción al aumento de los ingresos anuales de don José), pues resulta desorbitado, absolutamente inadecuado por exceso y desproporcionado, siendo un sistema que genera muchos conflictos y se cohonestaba mal con la conveniencia de procurar la paz familiar, desmotivando al ex marido para generar riqueza, pues a mayor esfuerzo en aumentar sus ingresos, mayor será el desembolso en pro de la otra parte. En consecuencia, la Sentencia entiende que resulta procedente sustituir el sistema de revalorización por el que se viene aplicando normalmente en el foro, esto es, la revalorización anual según las variaciones que experimente el IPC publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que legalmente le sustituya.

● Doña Juana preparó recurso extraordinario por infracción procesal, que fue inadmitido por Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2002, razonándose que el legislador ha configurado los asuntos de modificación de medidas definitivas de Sentencia de separación y divorcio como cuestiones incidentales que se resuelven por Auto y, por tanto, no son susceptibles de recurso de casación y, por ende, tampoco de recurso extraordinario por infracción procesal.

● Doña Juana interpuso recurso de amparo que no fue admitido a trámite por el Tribunal Constitucional.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

En la demanda de amparo se alega, en primer lugar, que la Sentencia de apelación vulnera el derecho de los recurrentes a la igualdad ante la ley (artículo 14 de la CE), por entender que la modificación del sistema de revisión de la pensión compensatoria de la recurrente y de la pensión de alimentos del hijo común del primer matrimonio les ocasiona un perjuicio económico que les sitúa en situación de desigualdad respecto de la nueva familia de don José. Asimismo se alega la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 de la CE), pues consideran los recurrentes en amparo que la Sentencia de apelación incurre en manifiesta arbitrariedad, contradicción e incongruencia, pues ha prescindido del análisis e interpretación adecuada de las pruebas practicadas, de las que resulta que no existen cambios sustanciales en las circunstancias que puedan justificar la modificación del sistema de revalorización de las pensiones compensatoria y de alimentos, siendo arbitrario que si el ex marido mejora su situación económica no lo haga en proporción la situación de su ex mujer y del hijo común de ambos.

La pretendida lesión del derecho a la igualdad ante la Ley que alegan los recurrentes en amparo carece por completo de contenido constitucional, pues ni siquiera se cumple la exigencia ineludible para trabar un eventual juicio de igualdad de que las situaciones subjetivas que quieren traerse a comparación sean homogéneas o equiparables, o lo que es lo mismo, que el término de comparación propuesto no sea arbitrario o caprichoso (por todas, SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5, y 1/2001, de 15 de enero, FJ 3). Los recurrentes se limitan a invocar el perjuicio económico que les supone la modificación del sistema de revalorización de sus pensiones compensatoria y de alimentos, pero no aportan un término de comparación válido para sustentar su queja, pues no lo es, obviamente, la mera alusión al disfrute por parte de la actual esposa del Sr. Navarro y de los tres hijos

nacidos de su segundo matrimonio de los beneficios económicos que aquél obtenga en el ejercicio de su profesión.

Por lo que se refiere a la pretendida lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE), por insuficiente motivación –según el Ministerio Fiscal– de la decisión de la Sentencia de apelación de estimar la pretensión del Sr. Navarro en cuanto a la modificación del sistema de revisión de las pensiones compensatoria y de alimentos que viene aquél abonando a su ex mujer y al hijo común de ambos, ha de señalarse que la lectura de la Sentencia impugnada, así como de las actuaciones que se acompañan a la demanda de amparo, depara la conclusión de que también esta queja carece de contenido constitucional.

Frente a lo aducido por el Ministerio Fiscal en su recurso de súplica, lo cierto es que en el presente caso nos encontramos simplemente ante un desacuerdo de los recurrentes en amparo con la argumentación de la Sentencia impugnada. Tal y como se desprende de los hechos descritos en los antecedentes, es incuestionable que la Sentencia de apelación da respuesta congruente y motivada a las pretensiones deducidas por la partes en el proceso, no advirtiéndose que los razonamientos que sustentan la *ratio decidendi* de dicha Sentencia partan de premisas inexistentes o erróneas, ni que sigan un desarrollo argumental que pudiera considerarse incurso en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pudiesen considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas.

En efecto, atendiendo a lo alegado y probado en el pleito, el órgano judicial entiende que no ha existido un cambio sustancial de las circunstancias que dieron lugar a las medidas definitivas de divorcio cuya modificación se pretende por don José, y, más concretamente, que las cargas económicas familiares derivadas de la existencia de un nuevo matrimonio y de los tres hijos nacidos del mismo

no justifican la supresión de sus obligaciones económicas respecto de su ex mujer y del hijo común de ambos, por lo que la Sentencia impugnada (confirmando en este punto el pronunciamiento de instancia), rechaza las pretensiones de don José de supresión de la pensión compensatoria de su ex mujer y la reducción de la pensión de alimentos del hijo habido con ésta. Por el contrario, el órgano judicial entiende que procede estimar la pretensión de don José en cuanto al sistema de revisión de las pensiones, razonando, conforme quedó expuesto en los antecedentes, que no se justifique el mantenimiento del criterio de revalorización que venía aplicándose hasta la fecha (incremento de las pensiones en proporción al aumento de los ingresos anuales de don José), pues resulta desorbitado, absolutamente inadecuado por exceso y desproporcionado, siendo un sistema que genera muchos conflictos y se cohonest mal con la conveniencia de procurar la paz familiar, desmotivando al ex marido para generar riqueza, pues a mayor esfuerzo en aumentar sus ingresos, mayor será el desembolso en pro de la otra parte. En coherencia con este razonamiento, la Sentencia considera procedente modificar el sistema de revisión, sustituyéndolo por el postulado por don José y de aplicación normal en el foro, consistente en la actualización anual conforme al IPC publicado por el Instituto Nacional de Estadística.

Se trata, en definitiva, de una decisión que satisface el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE), en cuanto garantiza el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, pues, tal como exige la doctrina de este Tribunal, se trata de una resolución motivada, es decir, contiene los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (por todas, SSTC 209/1993, de 28 de junio, FJ 1; 58/1997, de 18 de marzo, FJ 2, y 25/2000, de 31 de enero, FJ 2); y, en segundo lugar, esa motivación contiene una fundamentación en Derecho, garantizando así que la decisión judicial no es consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulta manifiestamente irrazonada o irrazonable, y no incurre en error patente (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6, y 223/2005, de 12 de septiembre, FJ 3, entre otras muchas). En consecuencia, ha de ser rechazada la queja referida a la pretendida lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, pues el razonamiento de la Sentencia impugnada en que se sustenta la modificación del sistema de revisión de la pensión compensatoria y de la pensión de alimentos de los recurrentes en amparo resulta suficientemente motivado y no incurre en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente.

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

No se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando habiéndose acordado en la sentencia la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa, en fase de ejecución se concreta qué domicilio, de los dos existentes, es el que se atribuye a aquélla.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 1.ª, AUTO 375/2008, DE 24 DE NOVIEMBRE

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Por el Juzgado de violencia sobre la mujer núm. 2 de Madrid, se dictó Sentencia de divorcio de fecha 11 de diciembre de 2006, en la que se atribuía a la esposa del demandante de amparo «el domicilio familiar».
- ⊙ Por Auto de 14 de diciembre de 2006, se acordó la ejecución provisional de la Sentencia, atribuyendo a la esposa el inmueble sito en la calle Topete.
- ⊙ Don Manuel presentó oposición a la ejecución alegando que se carecía de título ejecutivo por cuanto la Sentencia a ejecutar no contenía extremo alguno sobre la vivienda ejecutada, recordan-

do que lo que se solicitó por su esposa mediante escrito de medidas provisionales coetáneas a la demanda de divorcio, fue la atribución de la vivienda sita en la calle Santa Engracia; por lo que debe entenderse que dicha vivienda era la familiar.

⦿ Por Auto de 23 de abril de 2007 se desestima parcialmente la oposición formulada por don Manuel y se atribuye y da posesión a la esposa de la vivienda de la calle Topete.

⦿ Don Manuel interpuso recurso de amparo que fue desestimado por el Tribunal Constitucional.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Base del recurso de amparo

La base del recurso de amparo se encuentra en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE), ya que el Juzgado atribuyó a su ex esposa el uso y disfrute de la vivienda sita en la calle Topete, a consecuencia de la ejecución provisional de la Sentencia de divorcio, incurriendo en falta de motivación, incongruencia y error patente; lo cual le produjo indefensión. Alega el recurrente que dado que la Sentencia de divorcio, que era la que se ejecutaba, no fijaba entre sus pronunciamientos la atribución específica de la vivienda mencionada, debió ser entregada la vivienda utilizada por ambos cónyuges al tiempo de la separación y de la incoación de las medidas provisionales, sita en la calle Santa Engracia. Así lo constata también el hecho de que una orden de alejamiento le obligara a abandonar dicho domicilio conyugal y trasladarse al de la calle Topete. Considera por ello que el órgano judicial además de incurrir en incongruencia cometió un error al entender que la vivienda atribuida, es decir, la de la calle Topete, era el domicilio familiar; decisión que además no se motivó. Por último, denuncia la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (artículo 24.2 de la CE), por cuanto se le privó de una prueba testifical, cual era el testimonio de su ex esposa en el acta del juicio previo a la toma de decisión sobre la vivienda concernida, que hubiera resultado determinante.

2. Informe del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal interesó la inadmisión de la demanda de amparo por carecer manifiestamente de contenido constitucional. Considera fundamentalmente que la atribución de la vivienda de la calle Topete no es contraria al título de ejecución, por cuanto éste se limitaba a decir que se atribuía a la esposa el domicilio familiar. De ahí que a tal concreción no se oponía la dicción del título que se ejecutaba porque el mismo no era menciona-

do *nominatim*, pero tampoco debía ser excluido. Igualmente estima que la resolución se motivó. De hecho, el Juez hace en la resolución judicial una reflexión sobre la falta de coherencia del recurrente que debió ante la indefinición, pedir aclaración de la Sentencia en la que no se concretaba el domicilio, y argumenta que la vivienda atribuida lo fue por ser propiedad de ambos obteniendo, con ello y por ello, una posición más firme que con el uso de un piso arrendado. Una decisión que puede no coincidir con lo que en su día se dispusiera en la orden de alejamiento o en las medidas coetáneas de carácter provisional, pues se adoptaron en orden a otras consideraciones —riesgo o urgencia— que condujeron al órgano judicial a estimar que se imponía la atribución del que entonces era el domicilio. Niega también que existiera error patente pues la decisión se encuentra suficientemente motivada. Y afirma que «no es de recibo entender que haya existido indefensión por cuanto ni se concreta en la demanda en qué puede haber consistido ni consta que el recurrente haya sido privado de acto alguno de alegación y defensa en perjuicio de sus derechos». Por último, rechaza la queja de vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (artículo 24.2 de la CE). Y es que para el Ministerio Fiscal además de que la esencialidad de la práctica de la prueba testifical no resulta adecuadamente justificada en la demanda de amparo, ésta no puede ser considerada como determinante.

3. Fundamentación jurídica de la inadmisión del recurso

El demandante de amparo denuncia que los Autos de 14 de diciembre de 2006 y 23 de abril de 2007, que, en ejecución de la Sentencia de divorcio, atribuyeron a su ex esposa el uso y disfrute de la vivienda sita en la calle Topete, han vulnerado el artículo 24.1 de la CE por cuanto dicha decisión se excedió de lo dispuesto en la Sentencia dado que dicho domicilio no se mencionaba de

forma expresa en ella. Entiende que también se conculcó el derecho a practicar los medios de prueba pertinentes para su defensa (artículo 24.2 de la CE) al serle denegada la prueba testifical propuesta.

De lo expuesto en relación con la primera queja se desprende que, en puridad, la misma debe comprenderse referida a una posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE), en su vertiente del derecho a la ejecución de las Sentencias en sus propios términos, ya que, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos en ellas reconocidos no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones y que tal derecho a la ejecución impide que el órgano judicial se aparte sin causa justificada de lo previsto en el fallo que haya de ejecutar, o que se abstenga de adoptar las medidas necesarias para proveer a la ejecución misma, cuando ello sea legalmente exigible (entre las más recientes, STC 11/2008, de 21 de enero, FFJJ 6 y 7).

En el presente caso, sin embargo, no se ha producido dicho apartamiento. En efecto, el órgano judicial en ejecución provisional de la Sentencia de divorcio, se limitó a concretar un título ejecutivo que atribuía el domicilio familiar a la esposa, sin especificar cuál era éste. De hecho en el Auto

de 23 de abril de 2007 señala que el demandante pudo solicitar la aclaración pertinente y no lo hizo. Tampoco la decisión se adoptó incurriendo en error patente, pues el órgano no confundió el domicilio familiar, como así defiende el demandante de amparo, sino que decidió cuál debía considerarse como tal, en este caso el sito en la calle Topete, por estimar que aquél constituía el más adecuado dado que era la única vivienda, de las dos en liza, que constaba como propiedad del matrimonio; sin que el hecho de que no hubiera sido considerado como vivienda familiar ni en la orden de alejamiento ni en las medidas provisionales deba suponerse vinculante, dado que se trata de resoluciones judiciales que se adoptaron en momentos diferentes y en orden a otras consideraciones. Una motivación, en definitiva, que no puede ser considerada insuficiente, ni tachada de irracional o arbitraria.

Igualmente debe rechazarse la queja de vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (artículo 24.2 de la CE). En efecto, es evidente que dadas las razones que condujeron al órgano judicial a estimar como domicilio familiar el sito en la calle Topete, la práctica de la prueba testifical propuesta, cual era la del testimonio de su ex esposa sobre dicha cuestión el día de la vista, no hubiera resultado decisiva. Tan sólo se hubiera revelado como tal, demostrar que el inmueble de la calle Santa Engracia constaba igualmente como propiedad de ambos cónyuges; lo cual, de haber sido así, habría puesto en evidencia que se trataba de un error patente y no de una cuestión de interpretación de la legalidad.

RÉGIMEN DE VISITAS

El régimen de visitas restringido no se ha fijado en atención a la condición de transexual del padre, sino atendiendo al interés del menor, por lo que no ha existido discriminación por su condición sexual.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 1.ª, SENTENCIA 176/2008, DE 22 DE DICIEMBRE

Ponente: Excmo. Sr. don Manuel Aragón Reyes

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Lugo de 2 de abril de 2002, en estimación de la demanda presentada por la representación de doña Patricia, se decretó la separación

legal del matrimonio formado por aquélla y el recurrente en amparo, aprobándose judicialmente el convenio regulador de 27 de febrero de 2002 pactado entre los cónyuges y a tenor del cual, en lo que aquí importa, además de concederse la patria potestad del hijo común, menor de edad, a ambos cónyuges y la custodia a la madre, se establecía en cuanto al régimen de visitas lo que sigue: «El padre podrá tener en su compañía al hijo fines de semana alternativos, desde las 10 horas del sábado, en que lo irá a recoger a su domicilio materno, hasta las 20 horas del domingo, en que lo dejará en dicho domicilio». Se fijaron asimismo las reglas para la custodia del hijo menor durante las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano, dividiendo cada período en dos y asignando a cada progenitor la mitad correspondiente, con carácter rotatorio según los años pares e impares.

⦿ El 24 de mayo de 2004 la representación de doña Patricia presentó ante el mismo Juzgado demanda de modificación de medidas definitivas, interesando la privación de la patria potestad al padre y la inmediata y total suspensión del régimen de visitas y comunicación del padre respecto al hijo común, aduciéndose como fundamento para ello, en primer lugar, cierto desinterés del padre sobre el niño, además de no abonar la pensión alimenticia salvo en contadas ocasiones; y, en segundo lugar, el hecho de que desde hacía unos meses el padre se estaba sometiendo a un tratamiento para cambio de sexo y que se maquillaba y se vestía habitualmente como una mujer.

⦿ En la vista oral del procedimiento de modificación de medidas la madre se ratificó en su solicitud, a la que se opuso el recurrente en amparo, que prestó declaración manifestando que sus relaciones tanto con su hijo como con su esposa fueron normales hasta que a principios de 2004 empezó el tratamiento hormonal y comunicó su condición de transexual, momento en que su esposa le impidió ver al niño; añadiendo que su intención es continuar con el tratamiento hormonal y completar el cambio de sexo mediante intervención quirúrgica. Se practicaron además en el procedimiento otros medios de prueba, entre ellos la exploración directa del menor –entonces de seis años– por la Juzgadora, manifestando el menor que le gusta estar con su padre, aunque preferiría que no se maquillase. Asimismo se emitió por la psicóloga designada judicialmente al efecto, tras mantener diversas entrevistas con los padres y el menor, informe pericial (refiriéndose al recurrente como «la Sra. P.»), íntegramente ratificado ante la Juez y las partes, en el que se concluye que, siendo reciente el inicio del tratamiento para cambio de sexo del padre, la permanencia continuada del menor con éste sin presencia de la madre puede constituir «una situación de riesgo para la salud emocional del menor, por la inestabilidad emocional demostrada de la Sra. P. y por la edad y etapa evolutiva del niño», por lo que «en este momento no se considera idóneo que la Sra. P. realice un régimen de visitas amplio con el menor, debido a su inestabilidad emocional y no por la transexualidad en sí misma»; aconsejando en consecuencia la perito «un régimen de visitas paulatino y según criterio de los profesionales del Punto de Encuentro», al menos «hasta que la Sra. P. se opere y se encuentre en plenas facultades físicas y psicológicas, y con la disponibilidad y estabilidad que el menor requiere».

⦿ El procedimiento de modificación de medidas fue resuelto por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Lugo de 18 de octubre de 2004. La Sentencia desestima, en primer lugar, la pretensión de privación de la patria potestad del padre, al entender que no consta acreditado que éste haya desatendido de forma grave a su hijo. En cuanto a la pretensión referida a la suspensión del régimen de visitas, el Juzgado acuerda estimarla en parte, en el sentido de revocar el régimen establecido en la Sentencia de separación, sustituyéndolo por el propuesto por la psicóloga autora del informe pericial obrante en autos, lo que significa, conforme se concreta en el fallo, que «El padre podrá tener en su compañía al hijo menor D. los sábados alternos de cada mes desde las 17:00 horas a las 20:00, visitas que se desarrollarán en el Punto de Encuentro de la ciudad de Lugo, controladas por profesionales y con la presencia de ambos progenitores hasta que los profesionales lo crean oportuno. Por el Punto de Encuentro se remitirán informes bimensuales al Juzgado a fin de realizar

un seguimiento del desarrollo de las visitas». El Juzgado fundamenta su decisión sobre el régimen de visitas en la inestabilidad emocional del recurrente a la que se refiere el informe pericial psicológico, provocada por el proceso de cambio de sexo, y su proyección sobre la evolución educativa y emocional del menor. En todo caso, sostiene el Juzgado que la restricción del régimen de visitas no conlleva una discriminación del padre por el hecho de ser transexual, sino que de lo que se trata es de buscar la solución más adecuada para el interés del menor a fin de que progresivamente se adapte a la nueva situación de manera adecuada.

⊙ Contra la anterior Sentencia el demandante de amparo interpuso recurso de apelación en lo tocante a la modificación del régimen de visitas, alegando vulneración del principio de prohibición de discriminación por razón de sexo, pues entiende que la restricción del régimen de visitas inicialmente acordado viene determinada en realidad por su transexualidad, aunque formalmente la Sentencia lo niegue, amparando su decisión en la inestabilidad emocional del recurrente, pero sin que en ningún momento se constate la existencia de un riesgo o peligro para el menor que justifique la restricción del régimen de visitas inicialmente acordado. En el recurso de apelación se celebró vista, en la que prestó declaración el psicólogo que viene tratando al recurrente desde 2004 de un trastorno de identidad sexual y que ratificó su informe en el que manifiesta que no se objetiva ningún trastorno mental y que el recurrente es emocionalmente estable. El recurso de apelación fue desestimado por Sentencia de la Sec. 1.^a de la Audiencia Provincial de Lugo de 19 de mayo de 2005. Invocando el principio de *favor filii*, la Sentencia de apelación confirma íntegramente la modificación del régimen de visitas acordado por la Sentencia de instancia, por entender que el cambio de identidad sexual del padre biológico del menor debe ser asumido progresivamente por éste, lo que aconseja mantener el sistema controlado de visitas en el Punto de Encuentro con informes bimestrales de los profesionales intervinientes, tal como se recomendaba en el informe pericial psicológico emitido en primera instancia, concluyendo la Sentencia de apelación que «un sistema normal de visitas supondría un riesgo para la salud emocional del menor, que progresivamente se habituara —como *de facto* ya lo está haciendo, pues la relación afectiva es buena— a la decisión del cambio de sexo adoptada por su progenitor, debiendo en consecuencia confirmarse la Sentencia apelada por sus propios y acertados fundamentos».

⊙ Consta en las actuaciones remitidas que, con posterioridad a la interposición del presente recurso de amparo, el recurrente solicitó la ampliación del régimen de visitas que le había sido impuesto, a lo que accedió el Juzgado por providencia de 1 de febrero de 2006, en los términos sugeridos por los responsables del Punto de Encuentro de Lugo (seguirse llevando a cabo las visitas en el Punto de Encuentro, en domingos alternos, de 12:00 a 19:00 horas), y previa conformidad de la madre y el Ministerio Fiscal. Más tarde, el Punto de Encuentro informó al Juzgado el 9 de noviembre de 2006 que las visitas controladas en el Punto de Encuentro se habían ampliado a sábados y domingos alternos, de 11:30 horas a 20:00 horas y de 11:30 horas a 19:00 horas, sin que conste resolución judicial al respecto. Con fecha 7 de marzo de 2007 se acuerda el archivo provisional de las actuaciones.

⊙ Don Alex interpuso recurso de amparo que fue desestimado por el Tribunal Constitucional.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Alegaciones del recurrente

El recurrente considera que ha sido realmente su condición de transexual femenino la que ha determi-

nado los términos restrictivos del nuevo régimen de visitas, lo que supone la vulneración de su derecho a la no discriminación por razón de la orientación sexual, reconocido en el artículo 14 de la CE.

2. Alegaciones de la madre del menor

La madre niega que nos encontremos ante un caso de discriminación por razón de la transexualidad del recurrente en amparo, pues se trata de una modificación del régimen de visitas en interés del menor, que se acuerda en un contexto en el que deberá producirse una adaptación progresiva a la nueva situación, según lo que vayan informando los profesionales del Punto de Encuentro. El hecho de que tras iniciarse el nuevo régimen de visitas haya habido una ampliación de éste y que los encuentros en este tiempo se hayan llevado a cabo con normalidad, como señalan los informes realizados periódicamente por los profesionales del Punto de Encuentro, demuestra que el nuevo régimen instaurado se ha demostrado como verdaderamente eficaz y beneficioso para el menor.

3. Informe del Ministerio Fiscal

Precisa, en primer lugar, que las resoluciones concernidas por el recurso de amparo lo son tanto la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia acordando el cambio del régimen de visitas, como la de la Audiencia Provincial que confirmó aquélla en apelación, respecto de las cuales se denuncia la vulneración del derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de sexo (artículo 14 de la CE). Tras extractar lo más significativo de ambas resoluciones judiciales, y citar la doctrina de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 21 de diciembre de 1999, caso *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*, invocada por el recurrente en su demanda de amparo, el Ministerio Fiscal centra el debate en los términos siguientes: de un lado, entiende que es indudable, como se deduce de la demanda de modificación de medidas, que la razón de los cambios solicitados (tanto de la solicitud de privación de la patria potestad como de la suspensión del régimen de visitas) «no es otro sino el proceso de transexualidad que inició el Sr. P.», por entender su cónyuge la Sra. Q. que ese proceso «supone una influencia de carácter negativo en las relaciones que mantenga con su hijo menor». De modo que no puede negarse, concluye el Fiscal, que las decisiones judiciales se han adoptado en ese contexto, como tampoco puede negarse que la modificación acordada del régimen de visitas supone un perjuicio para el padre, al pasar de un régimen normal de visitas a otro en el que las mismas son supervisadas en un punto de encuentro.

Siendo ello así, sostiene el Fiscal que la decisión de restringir el régimen de visitas exige una justificación razonable y objetiva, que no se halle «reorientada sin más por esa nueva condición

sexual» del padre. Justificación que en este caso no se ofrece, pese a que las dos Sentencias recurridas en amparo nieguen que la modificación del régimen de visitas se deba a la transexualidad del recurrente. A tal efecto y partiendo del hecho de que ambas Sentencias se apoyan para su decisión en el informe pericial psicológico practicado en las actuaciones, entiende el Fiscal que aquel dictamen no proporciona la justificación razonable y objetiva que sería deseable, desligada de la nueva orientación sexual del padre, pues la referencia a la inestabilidad emocional de éste no se relaciona causalmente con el menor y tampoco se argumenta de qué manera ello está provocando algún tipo de alteración o confusión de alcance bastante en el menor para justificar una severa restricción del régimen de visitas.

En suma, concluye el Fiscal, tanto la Sentencia de instancia como la de apelación fracasan a la hora de establecer un nexo racional, objetivo y lógico entre el estado emocional del padre y su incidencia en el menor de manera que pueda fundamentar el drástico cambio en el régimen de visitas acordado inicialmente, lo que determina que deba entenderse infringida la prohibición constitucional de no discriminación (artículo 14 de la CE), pues es la nueva condición de transexual del padre la que ha motivado *de facto* esa decisión del cambio del régimen de visitas; por lo que, además de declararse la lesión del derecho fundamental infringido y decretar la nulidad de las Sentencias recurridas, interesa el Fiscal que se restablezca al recurrente en su derecho, acordando el mantenimiento del anterior régimen de visitas.

4. Razonamientos jurídicos del Tribunal Constitucional

a) Importa precisar que el recurrente se define a sí mismo como transexual, constando por otra parte en las actuaciones del procedimiento que desde el año 2004 viene sometándose a un tratamiento hormonal para la reasignación de sexo (de varón a mujer) y que se maquilla y se viste habitualmente como una mujer. No consta, sin embargo, que el recurrente haya finalizado ese tratamiento, ni que se haya sometido a una intervención quirúrgica entendida como última fase del procedimiento médico de transformación. Tampoco consta que haya formalizado ante el Registro Civil el cambio de sexo (sí que inscribió, con fecha 8 de septiembre de 2004, un cambio de nombre, dejando de llamarse Alejandro para en lo sucesivo llamarse Alex). Sin perjuicio de ello, debe recordarse que en la actualidad nuestro ordenamiento jurídico reconoce la condición de transexual de

una persona sin exigir la superación de todas las fases necesarias para el cambio de sexo y, en concreto, el haberse sometido a una intervención quirúrgica de reasignación sexual. En efecto, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, posibilita a la persona transexual corregir la inicial asignación registral de un sexo que no se corresponde con su identidad de género, así como el cambio de nombre en consonancia con este último, bastando para ello con que acredite, mediante informe de médico o psicólogo clínico, que le ha sido diagnosticada disforia de género, y que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes del sexo reclamado (artículo 4.1 de la Ley 3/2007), lo que dará derecho a poder solicitar la rectificación de la mención registral del sexo, que tendrá efectos constitutivos (artículo 5 de la Ley 3/2007), incluso con carácter retroactivo, según ha señalado la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2007.

En suma, no puede ponerse en duda —como tampoco lo hacen, por otra parte, las Sentencias impugnadas— que el recurrente ha de ser considerado como transexual, atendiendo para ello al significado común que este término ha adquirido en nuestra sociedad actual, esto es, la persona que perteneciendo a un sexo por su configuración cromosómica y morfológica, se siente y actúa como miembro del otro sexo, en este caso el femenino. Partiendo de este presupuesto hemos de examinar si, como sostienen el Ministerio Fiscal y el recurrente, ha sido en realidad la condición de transexual femenino de éste la que ha determinado los términos restrictivos del nuevo régimen de visitas acordado por las Sentencias impugnadas en amparo, pues de ser así las resoluciones judiciales habrían incurrido en la vulneración que se denuncia del derecho fundamental del recurrente a no sufrir discriminación por razón de su orientación sexual (artículo 14 de la CE).

b) La jurisprudencia de este Tribunal viene distinguiendo entre la cláusula general de igualdad del primer inciso del artículo 14 de la CE, por la que se confiere un derecho subjetivo a todos los ciudadanos a obtener un trato igualitario de los poderes públicos, siempre que concurren supuestos idénticos y no existan razones que objetivamente justifiquen la diferenciación, y la segunda vertiente del mismo derecho fundamental, que es de la que aquí hemos de ocuparnos, contenida en el inciso segundo del mismo artículo 14 de la CE y que prohíbe la práctica de comportamientos

discriminatorios basados en alguno de los factores que allí se mencionan a modo de listado enunciativo y no cerrado (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6).

Con ese listado, la Constitución pretende una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 de la CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 19/1989, de 31 de enero, FJ 4; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2; 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4; 161/2004, de 4 de octubre, FJ 3; 175/2005, de 4 de julio, FJ 3; 214/2006, de 3 de julio, FJ 2; 342/2006, de 11 de diciembre, FJ 3; 3/2007, de 15 de enero, FJ 2; 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 5, y 62/2008, de 26 de mayo, FJ 5, por todas).

Desde esa perspectiva, no existe ningún motivo que lleve a excluir de la cobertura del principio de no discriminación contenido en el inciso segundo del artículo 14 de la CE a una queja relativa a la negación o recorte indebido de derechos —en este caso familiares— a quien se define como transexual y alega haber sido discriminado, precisamente, a causa de dicha condición y del rechazo e incompreensión que produce en terceros su disforia de género. En relación con lo anterior, es de destacar que la condición de transexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el artículo 14 de la CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indudablemente una circunstancia incluida en la cláusula «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Conclusión a la que se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la transexualidad comparte con el resto de los supuestos mencionados en el artículo 14 de la CE el hecho de ser una diferencia históricamente arraigada y que ha situado a los transexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 de la CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra estas personas; y, por otro, del examen de la normativa que, ex artículo 10.2 de la CE, debe servir de fuente interpretativa del artículo 14 de la CE.

En efecto, en cuanto a lo primero, es notoria la posición de desventaja social y, en esencia, de desigualdad y marginación sustancial que históri-

camente han sufrido los transexuales. En cuanto a lo segundo, puede citarse a modo de ejemplo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al analizar el alcance del artículo 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), ha destacado que la orientación sexual es una noción que se contempla, sin duda, en dicho artículo, señalando que la lista que contiene el precepto tiene un carácter indicativo y no limitativo (STEDH de 21 de diciembre de 1999, caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal, § 28); insistiéndose expresamente en que en la medida en que la orientación sexual es un concepto amparado por el artículo 14 CEDH, como las diferencias basadas en el sexo, las diferencias de trato basadas en la orientación sexual exigen razones especialmente importantes para ser justificadas (entre otras, SSTEDH de 9 de enero de 2003, casos L. y V. contra Austria, § 48, y S.L. contra Austria, § 37, ó 24 de julio de 2003, caso Karner contra Austria, § 37, a las que se han remitido numerosas Sentencias posteriores como son las SSTEDH de 10 de febrero de 2004, caso B.B. contra Reino Unido; 21 de octubre de 2004, caso Woditschka y Wilfing contra Austria; 3 de febrero de 2005, caso Ladner contra Austria; 26 de mayo de 2005, caso Wolfmeyer contra Austria; 2 de junio de 2005, caso H.G. y G.B. contra Austria; ó 22 de enero de 2008, caso E.B. contra Francia, § 91).

Del mismo modo, y en relación con el artículo 26 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, en que se establece también la cláusula de igualdad de trato e interdicción de la discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha destacado que la prohibición contra la discriminación por motivos de sexo (artículo 26) comprende la discriminación basada en la orientación sexual (señaladamente, Dictamen de 4 de abril de 1994, comunicación núm. 488-1992, caso Toonen contra Australia, § 8.7, y Dictamen de 18 de septiembre de 2003, comunicación núm. 941-2000, caso Young contra Australia, § 10.4).

Asimismo es pertinente la cita del artículo 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (futuro artículo 19 del nuevo Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, conforme al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, cuya ratificación por España se autoriza por la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio), que se refiere a la orientación sexual como una de las causas de discrimi-

nación, cuando señala que «Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

Finalmente, el artículo 21.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000 y modificada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007, contempla de manera explícita la «orientación sexual» como una de las razones en que queda prohibido ejercer cualquier tipo de discriminación.

c) Como ya se ha expuesto en los antecedentes, nos enfrentamos a un caso de restricción del régimen de visitas del padre a su hijo menor, como consecuencia de la demanda de modificación de medidas definitivas instada por la madre, fundada en la transexualidad del padre y en el pretendido desinterés de éste respecto del niño. De este modo, del régimen de visitas inicial, pactado entre los cónyuges y aprobado judicialmente, conforme al cual el recurrente podía tener en su compañía al hijo los fines de semana alternativos, desde las 10:00 horas del sábado hasta las 20:00 horas del domingo (más la mitad de los periodos vacacionales en igual proporción de disfrute estos últimos que su cónyuge), se pasa, en virtud de las Sentencias impugnadas, a un régimen de comunicación controlada del recurrente con su hijo limitado a los sábados alternos de cada mes desde las 17:00 a las 20:00 horas, bajo la supervisión directa de los profesionales del Punto de Encuentro y de la propia madre, impidiendo al recurrente permanecer a solas con el menor y quedando intervenido y fiscalizado, en definitiva, todo el proceso de relación personal entre padre e hijo.

Debe tenerse presente que la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente del hijo menor de edad se configura por el artículo 94 del Código Civil como un derecho del que aquél podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión salvo «graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial». Se trata, en realidad, de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos

y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos.

En este sentido, los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores, integrados en nuestro ordenamiento *ex* artículo 10.2 de la CE y por expresa remisión de la propia Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre protección jurídica del menor (artículo 3), contemplan el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa: así el artículo 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990 («Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño»); así también el artículo 14 de la Carta europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992 («En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño»); igualmente cabe citar el artículo 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea («Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses»).

d) En coherencia con lo que acaba de indicarse, constituye doctrina consolidada de este Tribunal, con fundamento en las citadas normas internas e internacionales dictadas para la protección de los menores de edad, que en materia de relaciones paterno-filiales (entre las que se encuentra lo relativo al régimen de guarda y custodia de los menores por sus progenitores, como es el caso que nos ocupa) el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al Juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable (SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 144/2003, de 14 de julio, FJ 2; 71/2004, de 19

de abril, FJ 8; 11/2008, de 21 de enero, FJ 7). En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras, SSTEDH de 24 de marzo de 1988, caso Olsson; 28 de noviembre de 1988, caso Nielsen; de 25 de febrero de 1992, caso Andersson; de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann; de 23 de septiembre de 1994, caso Hokkanen; de 24 de febrero de 1995, caso McMichael; de 9 de junio de 1998, caso Bronda; de 16 de noviembre de 1999, caso E.P. contra Italia, y de 21 de diciembre de 1999, caso X contra Portugal).

El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste. En estos casos nos encontramos ante un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada.

Por otra parte, cuando lo que está en juego es la integridad psíquica del menor no deviene necesario que se acredite consumada la lesión para poder limitar los derechos del progenitor, sino que basta con la existencia de «un riesgo relevante de que la lesión puede llegar a producirse» (STC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 4; en el mismo sentido STC 71/2004, de 19 de abril, FJ 8). Es decir, un riesgo consistente en la alteración efectiva de la personalidad del hijo menor, merced a un comportamiento socialmente indebido de su progenitor, bien sea por la negatividad de los valores sociales o afectivos que éste le transmite durante el tiempo en que se comunican, bien por sufrir el menor de manera directa los efectos de actos violentos, inhumanos o degradantes a su dignidad ocasionados por el padre o la madre, o que de manera persistente alteran o perturban su psique. Sea cuales fueren los motivos de esa perturbación, incluso si se debieran a circunstancias incontrolables para el progenitor causante (depresiones o problemas mentales de diversa índole), resulta inequívoco y absoluto que el hijo menor no está en modo alguno obligado a sufrirlos, y sí la autoridad competente a arbitrar los instrumentos para evitarlo, incluso con restricción o suspensión de ese

derecho de comunicación filial, según la gravedad de los hechos.

e) Ahora bien, es claro que lo que en modo alguno resulta constitucionalmente admisible es presumir la existencia de un riesgo de alteración efectiva de la personalidad del menor por el mero hecho de la orientación sexual de uno u otro de sus progenitores. Ello implica que la adopción de una decisión judicial consistente en suprimir, suspender o limitar el derecho de comunicación de los padres con sus hijos menores con fundamento, de forma principal o exclusiva, en la transexualidad del padre o de la madre, deba calificarse como una medida discriminatoria proscrita por el artículo 14 de la CE.

Así lo ha venido entendiendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al analizar el alcance del artículo 14 de la CEDH, que sanciona el principio de no discriminación, «especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación», cláusula abierta que incluye, como antes se dijo, la orientación sexual, así como el artículo 8 de la CEDH, que reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar (garantizado entre nosotros por el artículo 18.1 de la CE).

En tal sentido valga recordar que en la STEDH de 25 de marzo de 1992, caso B. contra Francia, § 48, el Tribunal Europeo ya afirmó en relación con el transexualismo que «considera innegable que las mentalidades han evolucionado, que la ciencia ha progresado y que se concede una importancia creciente al mismo», destacando además la complejidad de las relaciones jurídicas que se vinculan a aquél: «cuestiones de naturaleza anatómica, biológica, psicológica y moral», así como los ámbitos sobre los que se proyecta, incluyendo entre ellos el de la filiación. En el caso concreto, el Tribunal estimó infringido el artículo 8 de la CEDH, al entender que la negativa de las autoridades a conceder a la demandante el cambio de nombre tras el tratamiento al que se sometió —incluyendo cirugía de reasignación de sexo— no estaba justificado y originó a la demandante diversos perjuicios graves de índole personal (§§ 55 a 63).

En suma, una decisión judicial o de otro poder público que suprima, suspenda o restrinja los derechos del progenitor en relación con sus hijos menores, cuya *ratio decidendi* descansa de manera decisiva, expresa o implícitamente, en la orientación sexual de dicho progenitor supone una diferenciación discriminatoria proscrita por

el artículo 14 de la CE, pues en ningún caso el mero dato de la orientación sexual o, más específicamente, de la disforia de género puede erigirse en justificación objetiva y razonable para dispensar un trato discriminatorio en perjuicio de ese progenitor en el marco de sus relaciones paterno-filiales. Ello implica que resulte exigible que la resolución judicial (o, en su caso, administrativa) que en estos casos pueda acordar una supresión o limitación de derechos del progenitor transexual en relación con sus hijos menores, extreme, al formular su juicio de ponderación, y teniendo siempre presente el interés prevalente del menor, la justificación de la necesidad y proporcionalidad de las medidas restrictivas acordadas, de suerte que el escrutinio de la resolución permita descartar, sin sombra de duda alguna, que la orientación sexual o la disforia de género del progenitor haya sido el verdadero motivo de la decisión adoptada.

f) En el caso que nos ocupa se advierte, como ya quedó expuesto, que la Sentencia de instancia niega expresamente que la decisión adoptada se deba a una discriminación hacia el padre por la circunstancia de su transexualidad, al tiempo que afirma que se fundamenta en el interés prevalente del menor: «no se trata, en contra de lo que interpreta la demandada, de impedir que el padre se relacione con su hijo por el hecho de ser transexual, no se trata de discriminar por ese motivo, ni de impedir que el padre ejerza como tal con sus derechos y deberes, de lo que se trata es de buscar la solución más adecuada para el menor velando siempre por su interés y procurando buscar la resolución más adecuada a sus intereses, es decir, la que mejor le permita adaptarse a las nuevas circunstancias familiares» (FJ 3).

El razonamiento judicial que sigue a esta afirmación permite descartar, frente a lo que sostienen el recurrente y el Ministerio Fiscal, que el dato de la transexualidad del recurrente haya sido el verdadero motivo determinante de la decisión judicial de restringir drásticamente el régimen de visitas inicialmente establecido. Por el contrario, el órgano judicial justifica la necesidad de adoptar esta decisión en «la inestabilidad emocional [de don Alex P.V.] que recoge la psicóloga en su informe pericial», informe en el que claramente se expresa que la situación de inestabilidad emocional que se aprecia en el recurrente con ocasión de la evaluación psicológica realizada a petición del Juzgado es por sí sola determinante de que por el momento no se considere idóneo que disfrute de un régimen de visitas amplio con el menor, «y no por la transexualidad en sí misma».

En suma, la Sentencia de instancia, haciendo suyas las valoraciones del informe elaborado por la psicóloga designada judicialmente (informe pericial ratificado en su integridad ante la Juez y las partes, que tuvieron oportunidad de recabar de la perito cuantas aclaraciones y precisiones estimaron oportunas), resuelve que es la inestabilidad emocional apreciada en el padre «el motivo por el que resulta aconsejable un régimen restrictivo de visitas, ya que su inestabilidad no debe transmitirse al menor, que se siente confundido ante la nueva apariencia de su padre». Por lo que, «en definitiva, a fin de proteger el interés del menor, fundamental en este procedimiento, se considera conveniente establecer el régimen de visitas que propone la psicóloga a fin de que progresivamente se adapte y entienda la nueva situación de manera adecuada» (FJ 3).

La Sentencia de apelación, por su parte, confirma íntegramente la de instancia, concluyendo, en la misma línea de razonamiento, que el interés prevalente del menor aconseja restringir el régimen de visitas del padre. La Audiencia Provincial de Lugo razona en su Sentencia que la prueba practicada en apelación a instancias del recurrente (informe del perito psicólogo que viene tratando al recurrente desde el año 2004 de su trastorno de identidad sexual) «no hace más que ratificar el acertado criterio de la Sentencia apelada», fundado en la prueba pericial psicológica practicada en instancia con plenas garantías de inmediación y contradicción, prueba de la que se infiere, sin lugar a dudas, que está plenamente justificada la modificación del régimen de visitas del padre acordado inicialmente, pues esa prueba pericial acredita que el mantenimiento de «un sistema normal de visitas supondría un riesgo para la salud emocional del menor» (FJ 2). Por ello, «tal como se razona en la Sentencia apelada, debe establecerse un sistema controlado de visitas en el Punto de Encuentro, hasta que los profesionales lo crean oportuno, emitiéndose informes bimensuales al Juzgado a fin de realizar un seguimiento del desarrollo de las mismas» (FJ 1).

No es, en definitiva, la transexualidad del recurrente la causa de la restricción del régimen de visitas acordada en las Sentencias impugnadas, sino la situación de inestabilidad emocional por la que aquél atraviesa, según el dictamen pericial psicológico asumido por los órganos judiciales, y que supone la existencia de un riesgo relevante de alteración efectiva de la salud emocional y del desarrollo de la personalidad del menor, dada su edad (de seis años en el momento de producirse la exploración judicial) y la etapa evolutiva en la que se encuentra.

Ciertamente no basta con afirmar la existencia de un situación de trastorno emocional del progenitor para adoptar una medida tan restrictiva de los derechos paternofiliales de éste como la aquí considerada. Lo determinante, en todo caso, será la efectiva repercusión de ese trastorno en relación con el menor. Desde luego, un menor no tiene, ni moral ni jurídicamente, el deber de soportar un trato inadecuado y perturbador de sus padres por razón de los problemas personales que éstos padezcan, sean cuales fueren, incluyendo los derivados de una decisión libre de uno de los progenitores de someterse a un proceso de reasignación de sexo. De verificarse tal repercusión negativa para el desarrollo personal del niño habría que adoptar efectivamente las medidas necesarias para evitarla, pero sólo en ese caso.

Pues bien, en el presente supuesto tal repercusión negativa se ha justificado en las Sentencias impugnadas en amparo como «riesgo relevante» (SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 4, y 71/2004, de 19 de abril, FJ 8) para el menor, lo que permite descartar, como ya hemos señalado, que la disforia de género del recurrente haya sido el verdadero motivo de la decisión de restringir el régimen de visitas de aquél. En efecto, los razonamientos de las Sentencias evidencian que, partiendo de una valoración motivada y razonable de las pruebas practicadas en el proceso, en especial de la pericial psicológica (valoración que no le corresponde a este Tribunal revisar, conforme a consolidada doctrina: SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ 3; 220/2001, de 5 de noviembre, FJ 3; 57/2002, de 11 de marzo, FJ 2; 119/2003, de 16 de junio, FJ 2, y 159/2004, de 4 de octubre, FJ 9, por todas), los órganos judiciales han justificado la necesidad y proporcionalidad de la decisión de restringir el régimen de visitas del recurrente, al apreciar la existencia de un riesgo cierto (y mientras que éste subsista) de que, dado el trastorno emocional coyuntural que sufre en el presente caso el recurrente, según el resultado de la evaluación psicológica realizada a instancias del órgano judicial, pudieran llegar a producirse perjuicios para la integridad psíquica o el desarrollo de la personalidad del menor si se mantuviese el régimen de visitas originario.

En suma, los razonamientos de las Sentencias impugnadas permiten llegar a la conclusión de que la decisión de restringir el régimen de visitas del recurrente acordado inicialmente ha sido adoptada por los órganos judiciales teniendo en cuenta el interés genuino y prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, y sin que se advierta que tal decisión haya resultado influida, como pretenden el recurrente y el Ministerio Fiscal, por un supuesto perjuicio de los órganos judi-

ciales ante el dato de la transexualidad del padre, lo que determina que debamos descartar que las Sentencias impugnadas hayan dispensado al recu-

rrente un tratamiento jurídico desfavorable en el marco de sus relaciones paterno-filiales proscrito por el artículo 14 de la CE.

VIVIENDA FAMILIAR

La situación 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 familiar por resolución judicial.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 2008

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

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Lucio y doña Patricia cedieron gratuitamente una vivienda a su hijo y a la esposa de éste para que constituyeran en ella el hogar conyugal y familiar. Éstos ocuparon la vivienda desde el momento de su enlace hasta que sobrevino la crisis matrimonial, a consecuencia de la cual le fue atribuida a la esposa el uso y disfrute de la misma por resolución recaída en las medidas provisionales previas al procedimiento de separación.
- ⊙ Don Lucio y doña Patricia interpusieron demanda de juicio verbal de desahucio por precario contra doña Paloma, don Luis Pablo y contra los hijos menores de ambos José Daniel y Esperanza, solicitando que se dictase sentencia por la que se declare que los demandados carecen de todo título y derecho para poseer la vivienda sita en ... de esta ciudad de Granada y, en consecuencia, se condene a los demandados a que entreguen y dejen libre, vacuo y expedito, a disposición del actor la referida vivienda, dando posesión real de ella al actor, absteniéndose en el futuro los demandados de todo acto de perturbación en el tranquilo disfrute de ella, con apercibimiento de lanzamiento si no lo verifican, y al pago de las costas de este juicio por su temeridad y maya fe.
- ⊙ Admitida a trámite la demanda, y señalado día para la celebración de la vista se celebró la misma con la comparecencia de la parte demandante representada en legal forma y la parte demandada que compareció sin representación, siendo declarada en rebeldía.
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de los de Granada dictó Sentencia el 28 de mayo de 2002 estimando la demanda y declarando el desahucio por precario.
- ⊙ En grado de apelación la Sec. 3.ª de la AP de Granada dictó Sentencia el 1 de abril de 2003 estimando el recurso y desestimando la demanda.
- ⊙ Don Lucio y doña Patricia interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien confirmó la sentencia del juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Considera el tribunal de instancia, en síntesis, que, tal y como se desprende de la propia demanda y de la prueba practicada, la situación jurídica en la que se hallaban los demandados era la correspondiente a un contrato de comodato, que fue concertado con los actores en consideración al matrimonio de su hijo con la codemandada Paloma para que establecieran en ella la vivienda familiar, en la cual residieron junto con los hijos de ambos. Razona la Sala *a quo* que en el préstamo de autos quedaba evidenciado el uso al que se pretendía fuese destinado el piso, cual era servir de vivienda familiar, por lo que no puede considerarse que la cesión del inmueble lo fue en precario, sino como comodato, cuya extinción, si se considera procedente por haber perdido el título su eficacia tras el cese de la convivencia conyugal, debe solicitarse en el juicio ordinario correspondiente, estando vedado, en cambio, el examen de dicha cuestión en el juicio verbal de desahucio por precario, habida cuenta de su especialidad.

Los demandantes han interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial por la vía del ordinal tercero del apartado segundo del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Fundamentan los recurrentes el interés casacional alegado en la oposición de la resolución impugnada a la jurisprudencia de esta Sala, concretamente la contenida en las Sentencias de 30 de noviembre de 1964, 21 de mayo de 1990 y 31 de diciembre de 1994, conforme a la cual las resoluciones judiciales que atribuyen el uso y disfrute del domicilio familiar no generan un derecho antes inexistente ni confieren una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporciona a la familia. De igual modo, se alega la presencia del interés casacional por la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en relación con la cuestión objeto de debate. Como normas aplicables infringidas, se citan los artículos 348, 444, 1749 y 1750 del Código Civil.

Este recurso por interés casacional debe ser estimado. En efecto, el recurso de casación que se examina suscita el problema, por lo demás bastante frecuente, y que esta Sala ha tenido ocasión de abordar al resolver otros recursos de casación análogos, de la procedencia de la reclamación por su propietario de la vivienda que ha cedido sin título concreto y de forma gratuita a un hijo, para su uso como hogar conyugal o familiar, cuando posteriormente el vínculo conyugal se rompe y el uso y disfrute de la vivienda se atribuye por resolución judicial a uno de los cónyuges.

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

Para resolver la cuestión objeto de la denuncia casacional se ha de tener a la vista la Sentencia de esta Sala de fecha 26 de diciembre de 2005, que, tras examinar las anteriores resoluciones recaídas en supuestos similares, sienta las bases para fijar la doctrina jurisprudencial con arreglo a la cual ha de decidirse la controversia. El análisis del caso particular, conforme a la misma, se ha de realizar a partir de las siguientes consideraciones, que operan como reglas de aplicación, y que resultan de la fundamentación jurídica de la citada sentencia. A) Cuando se aprecie la existencia de un contrato entre el titular cedente de la vivienda y los cesionarios, y, en particular, de un comodato, se han de aplicar los efectos propios de ese contrato; pero en el caso de que no exista, la situación de los cesionarios en el uso del inmueble es la propia de un precarista. B) En concreto, en los casos en que la vivienda se ha cedido a título gratuito y sin limitación temporal alguna, para determinar si la relación jurídica es la correspondiente a un contrato de comodato, se ha de comprobar si fue cedida para un uso concreto y determinado, que, ciertamente, puede consistir en la utilización por el cónyuge y la familia del hijo del concedente como hogar conyugal o familiar, si bien con la precisión de que dicho uso ha de ser siempre y en todo caso específico, y no simplemente el genérico y propio de la cosa según su destino, y de que la relación jurídica ha de constar de forma clara, con independencia de que pueda deducirse o resulte implícitamente de los actos de las partes. C) Cuando cesa el uso, lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal, y el concedente no reclama la devolución del inmueble, la situación del usuario es la de un precarista. D) El derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, atribuido por resolución judicial a uno de los cónyuges, es oponible en el seno de las relaciones entre ellos, mas no puede afectar a terceros ajenos al matrimonio cuya convivencia se ha roto o cuyo vínculo se ha disuelto, que no son parte —porque no pueden serlo— en el procedimiento matrimonial, pues no genera por sí mismo un derecho antes inexistente, ni permite reconocer a quienes ocupan la vivienda en precario una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de pre-

cario proporciona a la familia, ya que ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda.

En el caso que se examina, la sentencia recurrida consideró, en esencia, que la relación jurídica que vinculaba a los demandantes, titulares dominicales de la vivienda, y los demandados, era la propia del comodato. Dicha calificación se basaba en el hecho de que la cesión de la vivienda por sus titulares se hizo en consideración al matrimonio de su hijo y con objeto de que los cónyuges establecieran en ella el hogar conyugal y familiar donde iban a residir junto con los hijos habidos en el matrimonio. Ahora bien, semejante circunstancia, que, desde luego, no ha de ser objeto de discusión, no permite por sí sola reconocer a la demandada un título capaz de enervar la acción de desahucio ejercitada en la demanda, pues con independencia de que en ella pueda identificarse el uso concreto y determinado que sirve para calificar la relación jurídica como un préstamo de uso, ha de convenirse, en línea con el criterio jurisprudencial expuesto, que este elemento caracterizador ha desaparecido al romperse la convivencia conyugal, encontrándose quien posee el inmueble desde entonces en la situación de precarista, que es la que en cualquier caso se da cuando, por cesar la convivencia conyugal, desaparece el uso concreto y determinado al que eventualmente pudiera considerarse que fue destinada la vivienda cedida. Y esta situación no se ve afectada por la atribución judicial a la esposa codemandada del derecho de uso y disfrute de la vivienda en su condición de vivienda familiar, pues, tal y como se ha indicado, semejante declaración jurisdiccional no comporta la creación de un derecho antes inexistente, ni confiere mayor vigor jurí-

dico que el correspondiente al precario, que pueda oponerse eficazmente frente a un tercero en la relación y en el proceso matrimonial que pretende, contando con título jurídico bastante para ello, la recuperación posesoria del inmueble.

La consecuencia de todo lo anterior es, como ya se ha dicho, que ha de estimarse el recurso de casación examinado, reiterando los criterios jurisprudenciales fijados en la Sentencia de 26 de diciembre de 2005, con los que, por ende, se pone fin a la contradicción existente entre la doctrina de las Audiencias Provinciales a la hora de abordar el examen de la cuestión que es también aquí objeto de debate. Se debe, por lo tanto, casar y anular la sentencia recurrida, y, ya en funciones de instancia, y por el efecto positivo de jurisdicción, procede confirmar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Granada, recaída en Autos de juicio verbal de desahucio por precario núm. 72/2002, de fecha 28 de mayo de 2002, por la que, estimándose la demanda interpuesta por Lucio y Patricia contra Paloma, Luis Pablo y José Daniel y Esperanza, se declara haber lugar al desahucio de éstos del inmueble sito en Granada, CALLEooo, número NÚMooo, DIRECCIÓNooo, con el apercibimiento de lanzamiento si no lo desalojan en el plazo fijado.

Asimismo, procede, en cumplimiento de lo dispuesto en el último inciso del párrafo tercero del artículo 487 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fijar como doctrina jurisprudencial la siguiente: «La situación 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».

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Atribución del negocio de carnicería a la esposa ya que es ésta la que gestiona el negocio desde la separación constando que el esposo sólo participó en la creación de la comunidad de bienes.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 9 DE MAYO DE 2008

Ponente: Excm. Sra. doña Encarnación Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Paulino interpuso demanda de juicio ordinario de menor cuantía contra doña Silvia, solicitando que se dicte sentencia condenando a la demandada a salir del pro indiviso y que «1.º Se

declaren como integrantes del patrimonio ganancial, los bienes y derechos relacionados en el hecho quinto de esta demanda. 2.º Se proceda previo avalúo del patrimonio ganancial, a la liquidación y adjudicación de los bienes que forman la sociedad de gananciales entre los esposos, formando al efecto dos lotes proporcionales en derechos. 3.º Interesando se incluya con preferencia y en propiedad en el haber de don Paulino, en pago de sus gananciales, la cuota correspondiente en la explotación industrial y que constituye el 50% de «Comunidad de Bienes X», previa determinación de su patrimonio y derechos, para posterior avalúo y concreción de la cuota de la sociedad de gananciales. 4.º Disyuntivamente y para el hipotético caso de pericialmente se considere la imposibilidad de realizar lotes y su adjudicación entre las partes, interesamos se declare procede la venta en pública subasta de aquellos que resulten indivisibles, distribuyéndose el total del precio en partes iguales entre las partes en pro indiviso. 5.º Se condene a la demandada a estar y pasar por cualquiera de las anteriores declaraciones que se solicitan disyuntivamente, condenando a firmar escritura pública, tras sentencia que declare la liquidación y adjudicación del patrimonio ganancial entre los esposos, con apercibimiento de no ser otorgada en plazo que se fije por el Juzgado, ésta será otorgada de oficio y a sus costas. Con expresa imposición de costas a la demandada». En el escrito de demanda y por medio de otrosí se solicitó se diera traslado de la demanda a don Andrés y don José Pablo, para que si a su derecho conviniera se personen en el presente procedimiento, al objeto de alegar lo que a su derecho conviniera.

⦿ La representación de doña Silvia contestó la demanda deducida de contrario, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando: «... dictar Sentencia estimando la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, y desestimando la demanda y absolviendo de la misma a la demandada, sin entrar a conocer del fondo del asunto, con expresa imposición de las costas procesales al demandante; o bien, subsidiariamente, dictar la sentencia que sea procedente con arreglo a derecho y al resultado de las pruebas que se practiquen en autos, en orden a la realización de las operaciones de liquidación, división y adjudicación de la sociedad conyugal o de gananciales, disuelta por la separación matrimonial de los cónyuges litigantes».

⦿ La representación de don José Pablo se personó contestando la demanda en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, para terminar suplicando: «... y dictar sentencia desestimando la demanda y absolviendo de la misma a mi representado, con expresa imposición de las costas procesales al demandante».

⦿ Don Andrés fue declarado en rebeldía.

⦿ El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Cuéllar dictó Sentencia el 31 de julio de 1999 estimando parcialmente la demanda y declarando como haber de la sociedad de gananciales de los litigantes, a dividir por mitad aproximadamente entre ambos cónyuges el que integran los bienes que han sido reputados como gananciales en los Fundamentos de Derecho de esta resolución, por reproducido con las valoraciones que en dichos fundamentos se mantienen y las adjudicaciones siguientes: A don Paulino, urbana, casa situada en el casco y municipio de Gomezserracín en su CALLEE000 núm. NÚM000; urbana, huerta al sitio de camino de Chatún, polígono NÚM001, parcela NÚM002, término municipal de Gomezserracín. Más 4.224.674 pesetas.

⦿ Y a doña Silvia, urbana, casa en CALLEE001 núm. NÚM003 antes núm. NÚM004 en la localidad de Gomezserracín, el negocio «comercial de alimentación y carnicería titularidad “Comunidad de Bienes DIRECCIÓN000” con los bienes muebles e inmuebles que la constituyen; el camión marca Ebro matrícula QZ-....-W y el turismo citröen matrícula F-....-FY, y la urbana sita en la localidad de Chatún, C/ DIRECCIÓN001, núm. NÚM005. Condenando a ambos litigantes a estar y pasar por estas declaraciones, sin hacer especial pronunciamiento en costas».

⊙ En grado de apelación, la AP de Segovia dictó Sentencia el 30 de diciembre de 2000, estimando parcialmente el recurso interpuesto por don Paulino y revocando la sentencia acordó las siguientes adjudicaciones: a don Paulino: La casa unifamiliar situada en Gómezserracin sita en la C/ CALLE000, núm. NÚM000. La huerta situada en Gómezserracin, en camino de Chatun polígono NÚM001 y parcela NÚM002. El metálico constituido por 1.800.000 pesetas. La cantidad de 4.207.824 pesetas que deberán ser abonadas por la Sra. Silvia; a doña Silvia: El solar y la edificación sita en C/ CALLE001 núm. NÚM003, ante NÚM004, en Gómezsarracin. La mitad del edificio sito en la C/ DIRECCIÓN001, NÚM000-NÚM005 en Chatun correspondiente a la sociedad de gananciales. La mitad del negocio «Comercial de alimentación y carnicería con titularidad Comunidad de Bienes DIRECCIÓN000» con los bienes muebles que lo constituyen. La mitad del camión modelo E-60-3 matrícula QZ-....-W. El turismo Citroën matrícula F-....-FY.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Don Paulino y doña Silvia se separaron en 1996; las discrepancias entre los cónyuges llevaron a que el esposo presentara una demanda para poder proceder a la liquidación y adjudicación de la sociedad de gananciales.

Los bienes sobre los que se presenta la discrepancia en este recurso de casación son los siguientes: a) la atribución de la cuota de un negocio de compra-venta de carnicería, que estaba constituido como una comunidad de bienes, por don Andrés y su hijo don Andrés; el terreno sobre el que se había edificado un local pertenecía en propiedad de los hijos de don Paulino; el negocio se explotaba bajo la denominación «DIRECCIÓN000, Comunidad de bienes» y la mitad era ganancial; b) la vivienda habitual edificada durante el matrimonio en un solar que ambos cónyuges reconocían que era privativo de la esposa, doña Silvia.

Se alega en el motivo del recurso la infracción del artículo 1406 del CC. Se refiere a la petición efectuada en la demanda en relación con la inclusión, con preferencia en el haber del marido, de la parte correspondiente a la cuota de la comunidad de bienes, que fue adjudicada por la Sala sentenciadora a la esposa. Dice que el recurrente y su hijo han venido explotando el negocio hasta la fecha de la separación, mientras que según la prueba, la esposa no estaba en el mundo laboral. Según el recurrente, la Audiencia, sin justificación legal que lo

avale, adjudica de modo preferente en el haber de la esposa, sin que ella lo pida, los derechos que a la sociedad de gananciales corresponden en la explotación del negocio comercial y ganadero explotado por la Comunidad de Bienes.

El motivo se desestima. No es cierto que la sentencia recurrida adjudique sin razón ninguna la parte correspondiente a los gananciales del negocio estructurado como una comunidad de bienes; la sentencia recurrida lo justifica diciendo que «de la prueba practicada se desprende que es la demandada la que sigue asumiendo desde la separación el negocio, sin que en la propia demanda se alegue circunstancia alguna que permita sustentar la atribución del negocio al Sr. Paulino salvo su participación en la creación de la comunidad, apareciendo por ello correcta la valoración de la prueba y la atribución realizada». En realidad, el recurrente viene a pretender que se vuelva a examinar la prueba producida, para reclamar que se le aplique el artículo 1406.2 del CC, que establece que cada cónyuge tiene un derecho preferente a que se incluya en su haber «la explotación económica que gestione efectivamente». Lo que se ha probado y no ha sido discutido por la vía casacionalmente correcta es que quien efectivamente gestionaba el negocio de carnicería era la esposa del recurrente, por lo menos, a partir de la separación, por lo que no se ha incumplido lo dispuesto en el artículo 1406.2 del CC.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Se declara ganancial la indemnización por despido causada por el esposo antes de la disolución de la sociedad de gananciales, si bien deberá sólo computarse aquella parte de la indemnización que corresponda al número de años trabajados durante el matrimonio.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 2008

Ponente: Excm. Sra. doña Encarnación Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Doña Flor y don Alberto estaban casados desde 1960 en régimen de gananciales, dictándose posteriormente sentencia de separación que adquirió firmeza el 21 diciembre 1993.
- ⦿ Doña Flor interpuso demanda de menor cuantía contra don Alberto solicitando que se dictase sentencia por la que «se declare haber lugar a la liquidación de la sociedad legal de gananciales que pretende, adjudicando a los cónyuges los bienes inventariados en la forma solicitada en el cuerpo de este escrito por su valor a cada uno de ellos de 5.562.188 pesetas en razón a las fundamentaciones expuestas en este escrito, y todo ello con expresa imposición de las costas que se causen a la parte demandada».
- ⦿ Admitida a trámite la demanda, el demandado se opuso a la demanda y formuló demanda reconvenzional solicitando se declare: 1.º La procedencia de la liquidación de la sociedad legal de gananciales formada por los cónyuges doña Flor y don Alberto, y disuelta en virtud de Sentencia de 21 de diciembre de 1993 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid. 2.º La constitución del preceptivo inventario de conformidad con lo manifestado en nuestra demanda reconvenzional, adjudicando los bienes en la forma solicitada en la misma. 3.º Que no procede incluir en el activo de la sociedad la indemnización que fue abonada por Citroën Hispania, SA a favor del Sr. Alberto con fecha 31 de enero de 1994. 4.º Que no procede incluir en el pasivo de la sociedad deuda alguna a favor de doña María Cristina. 5.º Todo ello con expresa condena en costas a la demandada reconvenzional.
- ⦿ Conferido traslado de la demanda reconvenzional, por la representación de la actora doña Flor, se presentó escrito contestando a la misma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: «... dictándose sentencia de acuerdo con lo solicitado en nuestro escrito inicial».
- ⦿ El Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Madrid dictó Sentencia el 15 de julio de 1999 estimando parcialmente tanto la demanda principal como la reconvenzional y declarando liquidada la sociedad de gananciales formada por referidos cónyuges, y constituyendo el activo 8.455.833 pesetas y el pasivo la cantidad de 1.925.624 pesetas el remanente, por valor de 6.530.209 pesetas se dividirá en dos partes iguales correspondiendo a cada cónyuge 3.265.104 pesetas para cuyo pago se procederá a la venta del inmueble sito en Quintanar de la Orden o, por el contrario, se adjudicará a uno de los cónyuges el citado inmueble y el otro, el vehículo y los enseres de las dos viviendas ya descritas que ascienden a 234.000 pesetas debiéndole reintegrar el cónyuge al que se le adjudique el inmueble la cantidad de 3.265.104 pesetas menos 234.000 pesetas.
- ⦿ En grado de apelación, la Sec. 22.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 20 de octubre de 2000 estimando parcialmente el recurso interpuesto por doña Flor en el sentido de declarar ganancial, e integrado en el activo de la masa común, el importe de 142.077 pesetas, lo que determinará el correspondiente ajuste de las operaciones de liquidación y adjudicación de bienes entre los cónyuges.

● Doña Flor interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, quien declaró ganancial la indemnización por despido laboral percibida por el esposo constante la sociedad de gananciales.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dos son las cuestiones analizadas en el presente recurso de casación, por un lado, la fecha a tener en que quedó disuelta la sociedad de gananciales y por otro, el carácter ganancial o privativo de la indemnización por despido percibida por el esposo constante la sociedad de gananciales.

Respecto a la primera cuestión, señala la sentencia que «esta Sala ha mantenido el criterio de que la firmeza de la sentencia de separación no se produjo hasta la de la sentencia de la Audiencia dictada en apelación; por tanto, los efectos que la sentencia produce en relación a la disolución del régimen vienen referidos a la sentencia firme de separación matrimonial, tal como establecen de forma expresa los artículos 95.1, 1392, 3 y 1394 del CC (SSTS de 4 de abril de 1997, 31 de diciembre de 1998, 30 de enero de 2004, 26 de junio de 2007 y 18 de marzo de 2008).

Entrando ya en la cuestión nuclear del recurso, esto es, la calificación de ganancial o privativa de la indemnización percibida por el esposo por el despido laboral hay que tener en cuenta los siguientes presupuestos:

La sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 24 de Madrid, con relación a la cantidad cobrada por el marido por el despido se afirma lo que sigue: «Dicha indemnización, si bien deriva directamente de la capacidad laboral del esposo, no se confunde con la misma y, por tanto, no tiene carácter personalísimo sino eminentemente patrimonial y pasaría a formar parte de la sociedad legal de gananciales, tan sólo en el supuesto de que ésta se hallara vigente en el momento de su percepción; lo cual no sucede en el caso que analizamos por cuanto la sociedad de gananciales quedó definitivamente disuelta al adquirir firmeza la sentencia de separación matrimonial, es decir el 21 de diciembre de 1993, habiendo recibido el esposo la indemnización el 31 de enero de 1994 por cese en la empresa en fecha 25 de diciembre de 1993, cuando dicha sociedad ya estaba totalmente disuelta, la cual, además había quedado en suspenso tras la admisión a trámite de la demanda de separación y la adopción de las medidas provisionales en fecha 6 abril 1992 por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 102 *in fine* del CC. Por tanto, la referida indemnización tiene carácter privativo y pertenece al esposo».

La Sentencia de la Sec. 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 20 octubre 2000, estimó parcialmente el recurso. Dijo que la indemnización

por despido «no viene a retribuir un trabajo prestado con anterioridad, ni constituye un complemento del sueldo entonces percibido, pues no se trata de retribuir salarialmente trabajos pasados, sino la pérdida de un derecho fundamental» y tiene «un evidente componente de resarcimiento moral». Añade que «las consecuencias de la pérdida del trabajo de uno de los esposos sólo al mismo pueden ya afectar», por lo que la naturaleza de la indemnización «no retribuye servicios prestados de pasado, en cuanto los mismos ya fueron pagados con anterioridad e incorporados a la masa común». En consecuencia, la indemnización por despido «tiene una clara naturaleza privativa». Sin embargo, la sentencia de la Audiencia distingue entre la indemnización propiamente por despido, que considera privativa, y los haberes correspondientes al sueldo percibido en la propia liquidación, que tiene naturaleza ganancial. Y es esta parte la que incluye en la sociedad de gananciales, excluyendo la cuantía de la indemnización.

Señala la recurrente que para determinar si una indemnización debe quedar o no integrada en el activo ganancial hay que fijar el carácter o la finalidad de la referida prestación, que no es retribuir un trabajo prestado con anterioridad, ni constituye un complemento del sueldo ya percibido; tiene un componente de resarcimiento moral, sin perjuicio de los aspectos relativos a la reparación del daño. Añade que debe distinguirse entre la capacidad laboral como derecho integrado en la personalidad del trabajador y las consecuencias o productos del trabajo, que el artículo 1347.1 del CC incluye entre los gananciales. La indemnización no tiene un fundamento en el resarcimiento del daño moral, por lo que debe ser considerada como un bien ganancial e integrada en la masa partible.

Antes de entrar en la argumentación, deben recordarse los hechos probados: a) La fecha del cese del trabajo del marido fue el día 15 de diciembre de 1993, como puede comprobarse por los certificados de la empresa y los períodos facturados en los haberes, en que se dice que el tiempo trabajado correspondiente al mes de diciembre es de 15 días; b) La fecha de la sentencia firme de separación es el 21 de diciembre de 1993, y c) La fecha de cobro efectivo de la indemnización es el 31 de enero de 1994.

Los criterios que ha mantenido esta Sala para determinar la naturaleza privativa o ganancial de la indemnización por despido causada antes de la

disolución del régimen económico-matrimonial, resumidos en la Sentencia de 26 de junio de 2007, son la fecha de percepción de la indemnización y la naturaleza de la indemnización. La citada Sentencia de 26 de junio de 2007 con cita de la de 29 de junio de 2005, señala que «El resumen de la doctrina de esta Sala lleva a la conclusión que existen dos elementos cuya concurrencia permite declarar que una determinada prestación relacionada con los ingresos salariales, directos o indirectos, deba tener la naturaleza de bien ganancial o, por el contrario, queda excluida de la sociedad y formará parte de los bienes privativos de quien la percibió. Estos dos elementos son: a) la fecha de percepción de estos emolumentos: si se adquirieron durante la sociedad de gananciales, tendrán esta consideración, mientras que si se adquieren con posterioridad a la fecha de la disolución, deben tener la consideración de bienes privativos de quien los percibe; b) debe distinguirse entre el derecho a cobrar estas prestaciones que debe ser considerado como un componente de los derechos de la personalidad y que, por esto mismo, no son bienes gananciales porque son intransmisibles (Sentencias de 25 de marzo de 1988 y 22 de diciembre de 1999), mientras que los rendimientos de estos bienes devengados durante la vigencia de la sociedad de gananciales, tendrán este carácter (Sentencia de 20 de diciembre de 2003)». Ésta es la doctrina que debe aplicarse si bien matizada en la forma que se expresa a continuación.

Efectivamente, debe distinguirse entre lo que se debe considerar el derecho al trabajo, que permite obtener un empleo en el mercado laboral y que constituye el título en cuya virtud el cónyuge trabajador accede al mercado de trabajo y desarrolla allí sus capacidades laborales, del beneficio que se va a obtener con el ejercicio del derecho al trabajo. El primero es un bien privativo por tratarse de un «derecho inherente a la persona», incluido en el artículo 1346.5 del CC, mientras que el segundo va a ser un bien ganancial, incluido en el artículo 1347.1 del CC. Si ello no resulta dudoso en lo que a los salarios se refiere, plantea mayores dificultades cuando se trata de «ganancias» obtenidas en virtud de un contrato de trabajo que se acaba y cuya extinción genera una indemnización debido a las causas establecidas en la legislación laboral. Es entonces cuando algunas veces se ha considerado que la indemnización va a sustituir la pérdida de un derecho privativo, por ser inherente a la persona, como es el derecho al trabajo y por ello dicha indemnización no debe tener la condición de ganancial, sino que es un bien privativo, por aplicación del principio de la subrogación. Pero este argumento no resulta convincente, puesto que el derecho al trabajo permanece incólume, ya que el trabajador despedido sigue en el mercado de trabajo y puede contratar su

fuerza laboral inmediatamente después del despido; en realidad lo que ocurre es que la indemnización por despido constituye una compensación por el incumplimiento del contrato y por ello mismo va a tener la misma consideración que todas las demás ganancias derivadas del contrato, siempre que se hayan producido vigente la sociedad de gananciales. El derecho que permite el ejercicio de la fuerza de trabajo no se ha lesionado en absoluto; lo único que ha quedado vulnerado de alguna manera es la efectiva obtención de las ganancias originadas por la inversión de este capital humano, que es lo que según el artículo 1347.1 del CC resulta ganancial.

Consecuencia de los argumentos expresados es que la indemnización cobrada por don Alberto en virtud del despido en la empresa donde trabajaba, debe ser considerada como ganancial porque tiene su causa en un contrato de trabajo, como el actual, que se ha venido desarrollando a lo largo de la vida del matrimonio. De todos modos debería tenerse en cuenta en el cálculo de la concreta cantidad que tiene la naturaleza de bien ganancial el porcentaje de la indemnización que corresponde a los años trabajados durante el matrimonio. Porque puede ocurrir que el trabajo que se ha perdido por el despido y que ha generado el cobro de la indemnización correspondiente según las reglas de la Ley General de la Seguridad Social, haya empezado antes del matrimonio, así como debería tenerse en cuenta también en la liquidación de los gananciales la capitalización por posibles indemnizaciones que se generen por despidos por contratos de trabajo vigentes durante el matrimonio y por el periodo de tiempo trabajado vigente la sociedad. Por ello a la vista de que la indemnización por despido se calcula sobre la base del número de años trabajados, no deberían tener naturaleza ganancial las cantidades correspondientes a los años en que no existía la sociedad de gananciales. Esta regla estaría de acuerdo con las normas que establecieron la posibilidad de concurrencia de varios cónyuges, en la pensión de viudedad cuando hubiesen existido divorcios sucesivos, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Adicional Décima. 1.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil y como ocurre en el artículo 174.2 de la Ley General de Seguridad Social, redactado de acuerdo con la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de la Seguridad Social.

El Tribunal Supremo termina declarando ganancial la indemnización por despido cobrada por don Alberto antes de la disolución de la sociedad de gananciales, si bien deberá sólo computarse aquella parte de la indemnización que corresponda al número de años trabajados durante el matrimonio, si a ello hubiere lugar, que se fijará en ejecución de sentencia.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

A efectos de la acción de rescisión por lesión, la valoración de los bienes sujetos a una operación particional debe referirse al momento de la adjudicación. Las alegaciones basadas en meras hipótesis de negociación con promotores o de modificaciones urbanísticas que incrementarían el valor de los bienes resultan ineficaces.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Doña Melisa interpuso demanda de menor cuantía contra su madre doña Rebeca y contra su hermana doña Silvia, solicitando se dicte sentencia por la que «a) Se declare la nulidad de la liquidación y adjudicación de la sociedad de gananciales don Marcelino y doña Rebeca; B) Se declare la nulidad de la partición de la herencia de don Marcelino, protocolizada el 28 de julio de 1997; C) Subsidiariamente, para el caso de que no se acceda a la declaración de nulidad de la partición hereditaria, se acuerde la rescisión de las operaciones particionales de los bienes del causante don Marcelino por lesionar la misma en más de una cuarta parte de los derechos de doña Melisa. D) Se impongan las costas del presente procedimiento a las demandadas».
- ⊙ Admitida a trámite la demanda, doña Rebeca y doña Silvia, quienes comparecieron en forma a través de la Procuradora doña Belén Álvarez Sánchez, contestaron oponiéndose a las pretensiones formuladas de contrario, alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimaron oportunos, principalmente que la partición efectuada por un solo contador partidario solidario era válida, que el caudal relicto se integró debidamente con todos los bienes del difunto, y que éstos fueron correctamente valorados al momento de hacer la partición, suplicando finalmente al Juzgado: «dictar sentencia desestimando la demanda con imposición de costas a la parte demandante».
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Pontevedra dictó Sentencia el 7 de abril de 1999 desestimando la demanda con expresa imposición de costas a la parte actora.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Pontevedra dictó Sentencia el 30 de octubre de 2000 desestimando el recurso interpuesto por doña Melisa.
- ⊙ Doña Melisa interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

Dejando a un lado el tema del recurso relativo a la elaboración del cuaderno particional por un solo contador partidario y no por los dos que se designaron testamentariamente y que determinó que se desestimase la acción de nulidad de la liquidación de la sociedad de gananciales, el tema que nos interesa se centra en la acción de rescisión por lesión en más de una cuarta parte.

Con relación a que se rescindiera la partición por lesión, petición que se formuló de forma subsidiaria,

para el caso de no declararse la nulidad de la misma, se apoyaba la demandante tanto en el hecho de que la misma se había practicado pese a resultar omitidos en el caudal bienes valiosos del difunto, como una colección de monedas, sellos, enseres personales y mobiliario del causante, como en que el avalúo no había sido el correcto, ya que junto a la infravaloración de los bienes adjudicados a su hermana, resultaron sobrevalorados los entregados para pagar su cuota, todo lo cual le ocasionaba un perjuicio superior en una cuarta parte.

El motivo se rechaza en atención a que la infracción del artículo 1074 del Código Civil sólo resulta posible de prescindir de los hechos acreditados en sentencia y partir de otros distintos, incompatibles con las conclusiones alcanzadas por el tribunal de instancia «entre ellas la de que el perjuicio padecido ... alcanza un porcentaje superior al de la cuarta parte del valor del caudal hereditario en contra de lo que la sentencia impugnada estima probado mediante la fijación de concretas y determinadas cantidades» (Sentencia de 7 de noviembre de 2006), y ello mediante una nueva valoración de la prueba en casación, que es la intención que subyace detrás del cuestionamiento del criterio de valoración seguido por la Audiencia para calcular el valor de dos inmuebles integrantes del caudal hereditario. Reiterada jurisprudencia de esta Sala ha proclamado, con relación al artículo 1074 del Código Civil que la valoración de los bienes sujetos a una operación particional debe referirse al momento de la adjudicación (Sentencias de 14 de diciembre de 2005 y 27 de octubre de 2000, entre otras muchas); en el caso de autos, éste fue el criterio seguido sin lugar a dudas, pues con tal fin se practicó la oportuna prueba pericial, a cuyas resultas se estuvo para cuantificar los bienes del finado atendiendo efectivamente al valor que les correspondía al tiempo de ser adjudicados. Por ello en la propia sentencia (FJ 4) se explicita, con relación al predio de la CALLEooo, que el valor que ha de entenderse como real es el de tasación, fijado en 7.000.000 de pesetas, debido a que, según razona con profusión, las alegaciones hechas por la parte –y reiteradas en casación– sobre un posible valor superior descansan en meras hipótesis relacionadas con su posible agregación a otros colindantes, pero no en prueba «cumplida, cabal y suficiente» de que al tiempo de la adjudicación, el citado terreno, de situación interior y sin salida a calle, con nulo aprovechamiento urba-

nístico tuviera un valor mayor (como confirma el propio dictamen del perito de la actora Sr. Ernesto, folio 592); y esta conclusión, como el resto de datos fácticos incólumes en casación, ha de ser mantenida ahora desde el momento que las circunstancias a que también alude la recurrente para defender la infravaloración –negociación con promotores para la permuta de la finca por tres pisos y cuatro plazas de garaje de valor superior al del solar–, no integran la base fáctica de la sentencia, no siendo posible pretender sustituir ese *factum* por las sesgadas conclusiones que la recurrente extrae, aislada y simplemente, de las declaraciones de dos testigos. Y en parecidos términos debe concluirse con respecto al inmueble sito en el número uno de los Soportales de la Herrería, pues no puede ignorar la recurrente que en la acción rescisoria por lesión, la prueba de ésta recae en quien la alega (Sentencias de 21 de marzo de 1985, 18 de mayo y 8 de julio de 1992), y, cuando ésta se intenta justificar en base a una supuesta infravaloración, tal cosa ha de quedar acreditada mediante prueba cumplida y bastante, lo que no acontece, pues el superior valor que sostiene como real no sólo es una mera estimación sin base documental, sino que además atiende a la hipótesis de un Expediente de Ruina que no había sido declarado cuando resultó valorada, siendo esta situación física de absoluto deterioro, junto al hecho de que todo el inmueble estuviera arrendado, lo relevante y tomado en consideración tanto por el perito don Ernesto como por el que asesoró a la contadora-partidora, Sr. Pedro Enrique.

Vigente la antigua LEC, no se declara la nulidad de actuaciones porque la liquidación de la sociedad de gananciales no se haya seguido conforme a las normas del juicio de testamentaria, ya que el procedimiento de menor cuantía seguido entre las partes ofrece mayores garantías.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Como la esposa dispuso de un bien inmueble y no puede reintegrarse a la masa ganancial, procede que en el activo se incluya el importe de la venta debidamente actualizado.

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

Ponente: Excm. Sra. doña Encarnación Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

⦿ Por discrepancias en su convivencia, don Marco Antonio y doña Susana habían otorgado capítulos matrimoniales pactando la separación de bienes en 1973; en 1978 otorgaron una nueva escritura de

capítulos en la que realizaron el inventario de los bienes y pactaron la correspondiente liquidación y adjudicación de los bienes de la sociedad conyugal.

- ⊙ La Sentencia firme de separación se dictó el 15 de marzo de 1982 y la de divorcio, el 14 de julio de 1993.
- ⊙ En trámite de ejecución de la sentencia de divorcio, se instó la liquidación de la sociedad de gananciales por parte del marido, con oposición de la esposa, acordándose en 11 de noviembre de 1997 sobreseer dicha pieza y remitir a las partes al correspondiente procedimiento.
- ⊙ Se había interpuesto por parte de la esposa una demanda pidiendo la nulidad de las capitulaciones matrimoniales referidas. En 1991 se dictó Sentencia por el Juzgado núm. 2 de Huesca, confirmada por la de la Audiencia Provincial de 12 de marzo de 1992, desestimando la demanda interpuesta por la esposa y estimando la reconvencción formulada por el marido. Se declaró la nulidad de las escrituras de capitulaciones reseñadas en el núm. 1 de la descripción de los antecedentes de este pleito. Asimismo declaró ineficaz la escritura otorgada por el Director Provincial de Urbanismo, Arquitectura y Vivienda a favor de doña Susana de la vivienda sita en la CALLEooo de la ciudad de Huesca.
- ⊙ Don Marco Antonio interpuso demanda de menor cuantía contra doña Susana solicitando que «se dicte sentencia por la que se apruebe, previa formación de inventario del activo y del pasivo de la sociedad, la adjudicación a mi mandante del 50% del saldo neto resultante, pero actualizado a la fecha de adjudicación; subsidiariamente para el caso en que dichos bienes no se encontraran en poder o titularidad del demandado, por haberse transmitido a terceras personas, se condene a la ex esposa a entregar a mi mandante la cantidad equivalente en metálico, al 50% del total del patrimonio consorcial que hubo en su momento, actualizado a la fecha de adjudicación, dando con ello por liquidada la sociedad de gananciales o consorcial y cumplidas en su integridad las sentencias de separación matrimonial y divorcio, con expresa imposición de las costas a la Sra. Susana si se opusiera a la misma».
- ⊙ Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada, alegando la representación de doña Susana, los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... dicte Sentencia por la que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales o comunidad consorcial aragonesa que existió entre los cónyuges don Marco Antonio y doña Susana de conformidad con el inventario alegado en la redacción fáctica de este escrito procediéndose a la adjudicación si a ello se diere lugar del 50% a cada uno de los cónyuges del saldo que hubiere resultante, declarando no haber lugar a lo solicitado mediante otrosí primero y tercero del escrito de demanda, por referirse los mismos al objeto del presente procedimiento que debe ser resuelto mediante la sentencia que corresponda, todo ello con expresa imposición de costas al demandante».
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Huesca dictó Sentencia el 21 de mayo de 1999 estimando parcialmente la demanda y declarando que la fecha a la que quedó disuelta la comunidad conyugal entre ellos existente es la de 15 de marzo de 1982, y que a dicha fecha la comunidad conyugal indicada estaba constituida por el siguiente inventario de bienes (...)
- ⊙ En grado de apelación, la AP de Huesca dictó sentencia el 25 de octubre de 2000 declarando la nulidad de todo lo actuado desde la admisión de la demanda y acordando tener por promovido el procedimiento de liquidación de la sociedad conyugal de las partes, pretensión que se sustanciará por todos los trámites previstos en los artículos 1063 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- ⊙ Doña Susana interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien confirmó la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El primer motivo considera infringido por aplicación indebida el artículo 1088 de la LEC de 1881. Dice que si bien es cierto que el artículo 1410 del CC, relativo a la liquidación de la sociedad de gananciales remite en lo que se refiere al inventario, tasación y venta de los bienes, etc., a las reglas establecidas en la LEC para la partición y liquidación de la herencia, no lo es menos que en la ley procesal no existe una norma concreta que se refiera al procedimiento en caso de desacuerdo manifiesto en la fase de formación del inventario, por lo que «tampoco existe impeditivo legal alguno ni obstáculo procesal para que en este supuesto la concreción del activo y del pasivo de la sociedad de gananciales se dilucide previamente acudiendo al juicio declarativo de la cuantía que corresponda (artículo 1059 de la LEC)». Señala que en todos los procedimientos sucedidos entre las partes, no ha habido acuerdo sobre los bienes y deudas que constituyen el activo y el pasivo de la sociedad de gananciales, por lo que la actividad procesal producida en el presente litigio ha sido dirigida a determinar el patrimonio de la sociedad para poder proceder a su liquidación. Este motivo se va a examinar conjuntamente con el segundo de los formulados, que si bien cita una única sentencia de esta Sala como infringida, incide en la misma cuestión de la inadecuación del procedimiento.

Ambos motivos se estiman.

Debe aplicarse aquí la doctrina contenida en la Sentencia de esta Sala de 27 de noviembre de 2007, cuya argumentación, en relación al procedimiento seguido para la liquidación de la sociedad de gananciales cuando los cónyuges discrepan acerca de algunos extremos de las operaciones divisorias, considera que no es posible declarar la nulidad de lo acordado cuando el procedimiento seguido ofrece mayores garantías que el que se prevé legalmente. En dicha sentencia se argumenta que «En conclusión, debe señalarse que es reiterada la doctrina de esta Sala que aun en el caso de que el procedimiento utilizado hubiera sido inadecuado, esta impugnación es inviable cuando el seguido, aunque no sea el previsto por la ley, reúne mayores garantías (SSTS de 14 de diciembre de 1998, 18 de octubre de 2001, 17 de febrero de 2005 y 7 de septiembre de 2007), ello siempre y cuando se respeten los principios de competencia objetiva y funcional. Y ello es lo que ha ocurrido en el presente procedimiento: [...] No se ha producido la indefensión denunciada, cuando las partes han podido presentar las alegaciones correspondientes y más en un juicio que ofrece más garantías que el de testamentaria,

que si bien podría haber sido el correcto de haberse seguido el trámite de ejecución de sentencia, que es lo afirma la sentencia de 1999, citada como infringida, no lo es en este caso, en que las partes no están de acuerdo en la cualidad de ganancial o privativo del único bien que figura en el activo de la sociedad, debiendo en consecuencia, aplicarse la doctrina de las sentencias ya citadas». La aplicación de la doctrina de esta sentencia y de las que en ella se citan al caso que nos ocupa obliga a concluir que «[...] y no habiéndose demostrado que haya concurrido indefensión, puesto que ambas partes han podido alegar y probar lo que han considerado conveniente dada la naturaleza contradictoria del procedimiento de menor cuantía, no ha lugar a declarar que concurre la excepción de procedimiento inadecuado» y por ello debe estimarse este primer motivo del recurso.

El tercer motivo denuncia la infracción de los artículos 1397 y 1398 del CC. Pretende la recurrente que se excluyan determinados bienes que el Juzgado de Primera Instancia había declarado gananciales: a) la finca registral NÚM002, que fue vendida en 1979, por la razón de que el dinero obtenido se reinvertió en las necesidades de la familia, según pretende que ha quedado acreditado en la prueba producida; b) la finca núm. NÚM000, porque fue adquirida por la esposa en 1985 después de la disolución de la comunidad, y c) la determinación de la deuda de la sociedad con relación a los gastos derivados de la tenencia y disfrute de los bienes comunes.

El motivo no se estima.

Debe recordarse que las ventas efectuadas por doña Susana en virtud de la atribución de determinados bienes en los capítulos matrimoniales de 1973 y 1978 fueron declaradas nulas en la Sentencia de la Audiencia provincial de Huesca, de 12 marzo 1992, al declarar la de los capítulos, por lo que los actos que trajeran causa de los mismos deben ser también anulados. Lo que ocurrió fue que al estar algunos de los bienes vendidos en poder de terceros que habían actuado de buena fe, estas ventas no podían rescindirse, por lo que se obligó a doña Susana a aportar a la liquidación de la sociedad de gananciales los importes obtenidos con las ventas efectuadas, con su correspondiente actualización. Esta solución es absolutamente correcta al haberse declarado la nulidad de los capítulos que comportaba la del pacto sobre separación de bienes y ello con efectos retroactivos al momento del otorgamiento.

En realidad, la recurrente pretende que volvamos a examinar la prueba producida, cuyo resultado no coincide con lo pretendido en este motivo del

recurso y además, debe recordarse aquí que según los hechos probados: a) no se produjo la prueba de la pretendida reinversión en beneficio de la familia; b) el contrato por el que adquirió la finca en cuestión fue declarado nulo (era una vivienda de pro-

tección oficial y se otorgó el contrato después de la separación de los cónyuges y del otorgamiento de las capitulaciones), y c) con relación a los gastos, se establecen unas reglas muy precisas en la sentencia de Primera Instancia.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Declarado en quiebra el esposo, la esposa carece de facultades de administración y disposición de los bienes gananciales, dado que éstos son parte de la masa activa de la quiebra, que se sustrae necesariamente a los poderes del esposo quebrado y de su esposa, que pasan a los síndicos, pues de otro modo, es decir, si la esposa, por no ser quebrada, pudiera disponer o administrar bienes gananciales, se haría ilusoria la afectación de esos bienes a las deudas del esposo quebrado.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ El 17 de marzo de 1987 don Jesús Ángel, Agente de Cambio y Bolsa y Registrador de la Propiedad y Mercantil, firma un documento privado que, literalmente, dice así: «Por el presente recibo de don Miguel, la cantidad de quince millones de pesetas (15.000.000 de pesetas) en concepto de préstamo, que devengará un interés del siete por ciento (7%) anual. El plazo de vencimiento es de un año, a partir de la fecha, prorrogable de común acuerdo, en su caso». Luego de una primera prórroga, el prestamista denuncia el contrato, pasando a vencer el 17 de marzo de 1989, y no hecho efectivo el préstamo a tal vencimiento, don Miguel, también Agente de Cambio y Bolsa y suegro de don Jesús Ángel, insta en abril de 1989 juicio declarativo de menor cuantía contra este último interesando su condena a la devolución del principal e intereses de aquel préstamo que, tramitado bajo el núm. de Autos 427/1989 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Madrid, y rebelde en él el demandado Sr. Jesús Ángel, finaliza por Sentencia firme de fecha 20 de julio de 1990 estimatoria íntegramente de la demanda.

⊙ Mediante contrato de compraventa de fecha 23 de octubre de 1984 don Enrique, por sí y además en representación de su esposa doña Julieta, vendieron a Conservas y Frutos, SA las fincas rústicas que en dicha escritura se detallaban por el precio global de treinta y un millones de pesetas. Los vendedores confesaron haber recibido con anterioridad trece millones de pesetas, quedando aplazado el resto, aceptando la sociedad compradora para su pago dos cambiales, con vencimientos 24 de octubre de 1985 y 24 de octubre de 1986, respectivamente, ambas por importe de nueve millones cada una. don Enrique por sí y en la representación que ostentaba manifestó que ambos eran dueños de las fincas vendidas para su actual sociedad conyugal. La letra con vencimiento 24 de octubre no se satisfizo por la sociedad compradora.

⊙ Don Enrique y doña Julieta interpusieron demanda de menor cuantía contra Conservas y Frutos, SA solicitando que se dictase sentencia «por la que se condenase a la demandada a que abonase el resto del precio pactado en la compraventa formalizada el 23 de octubre de 1984 aún pendiente de pagar, esto es, la cantidad de nueve millones de pesetas justificada, más los intereses legales de la misma desde que incurrió en mora o desde que se debía pagar dicha cantidad conforme al plazo de pago pactado, todo ello con expresa imposición de costas».

- Admitida a trámite la demanda y emplazada la mencionada parte demandada, su representante legal la contestó oponiéndose a la misma alegando la falta de personalidad del actor don Enrique para comparecer en juicio por haber sido declarado en quiebra, y con carácter subsidiario y/o alternativo, opuso la excepción de compensación por haber adquirido mediante escritura pública de 20 de abril de 1995 el crédito que Banco Hispano Americano tenía reconocido en la quiebra del actor por importe de treinta millones setecientos ochenta mil ciento noventa y ocho pesetas (30.780.198 pesetas), y al Banco Central en escritura pública de 1 de octubre de 1990, su crédito contra el quebrado, también reconocido, por veintiocho millones sesenta y una mil trescientas noventa y dos pesetas (28.061.392 pesetas).
- El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Murcia dictó Sentencia el 21 de diciembre de 1998 estimando la demanda interpuesta por doña Julia condenando a la demandada a abonarle 9.000.000 de pesetas y desestimando la interpuesta por su esposo don Enrique.
- Conservas y Frutos, SA interpuso recurso de apelación, adhiriéndose al mismo don Enrique y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sec. 4.ª de la AP de Murcia dictó Sentencia el 4 de octubre de 2000 desestimando en su integridad la demanda.
- Doña Julieta y don Enrique interpusieron sendos recursos de casación que fueron desestimados por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La estimación en primera instancia de la demanda de doña Julieta se fundamentó en que la compensación opuesta por la demanda era judicial, ya que era necesario que en sentencia se fijasen alguno de los requisitos exigidos por la ley al regular la compensación, «y en este sentido –dice la sentencia– entiende el juzgador que es el caso que aquí se debate, desde el momento en que lo que se pretende es que la cesión de créditos operada, produzca sus efectos respecto no ya del que aparece reconocido como deudor sino si el mismo ha de producir tales efectos respecto de la esposa de éste, se trata por lo tanto de determinar si la deuda le es o no exigible a una persona a la cual ni tan siquiera se le menciona en el documento en base al cual se alega la compensación». De todo ello deducía la sentencia de primera instancia, que para que prosperase la alegada compensación no bastaba que se alegase como excepción, sino que era absolutamente preciso su formulación como reconvención, lo que no se había cumplido. La desestimación de la demanda de don Enrique se apoyaba en que fue declarado en situación de quiebra necesaria por Auto de 18 de octubre de 1985, en procedimiento 1124/85 tramitado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de los de Madrid. Por lo tanto, de conformidad con el artículo 878 del Código de Comercio, estaba impedido para actuar ante los tribunales respecto a bienes afectos a la quiebra, careciendo en conse-

cuencia de legitimación para la interposición de la presente demanda.

La demanda debe ser desestimada por falta de acción de los actores para reclamar el pago de un crédito por precio aplazado de una venta de bienes gananciales, pues dicho crédito ganancial está afecto a la masa activa de la quiebra, situación en la que aparece declarado judicialmente don Enrique, a instancias de un acreedor.

El examen de la legitimación *ad causam*, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, puede hacerse de oficio por el órgano judicial (Sentencias de 30 de enero de 1996, 26 de abril de 2001, 3 de diciembre de 2001, 28 de diciembre de 2007). Este examen revela que los síndicos de la quiebra son los facultados para exigir un crédito perteneciente a la masa, pues mientras no se haya declarado por el órgano judicial que tramita la quiebra por caducidad (Sentencias de 13 de diciembre de 1929 y 22 de abril de 1987), el quebrado no puede actuar como si el mismo no existiera.

Don Enrique es un comerciante que ejerce el comercio con reiterado consentimiento tácito de su esposa doña Julieta, luego de las obligaciones por él contraídas responden también los bienes gananciales, no sólo los suyos (artículo 6.º Código de Comercio). Desde el punto de vista civil, las deudas serían gananciales de las que responderían solida-

riamente los bienes comunes (artículos 1362.4.^a y 1369 del CC).

Por lo tanto, los bienes gananciales son parte de la masa activa de la quiebra, que se sustrae necesariamente a los poderes del esposo quebrado y de su esposa, que pasan a los síndicos, pues de otro modo, es decir, si la esposa, por no ser quebrada,

podría disponer o administrar bienes gananciales, se haría ilusoria la afectación de esos bienes a las deudas del esposo quebrado.

Carácter privativo de la indemnización por despido laboral percibida por el esposo ocho años después de estar disuelta la sociedad de gananciales.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Inclusión en el pasivo de gastos de comunidad, agua y derramas del piso abonadas en exclusiva por uno solo de los cónyuges.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.^a, SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 2008

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

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Sergio y Claudia contrajeron matrimonio el día 24 de junio de 1969, dictándose Sentencia de separación con fecha 12 de noviembre de 1986.
- ⊙ Don Sergio interpuso demanda de menor cuantía sobre su ex esposa doña Claudia solicitando que se dictase sentencia que contenga los siguientes pronunciamientos: «I. Se concrete el inventario de bienes que componen el Activo y el Pasivo de la Sociedad de Gananciales. II. Se adjudiquen a don Sergio y doña Claudia los bienes que lo compongan, pagadas las deudas si las hubiere, proponiendo esta parte de acuerdo a lo expuesto la adjudicación en cuotas de un 50% de los bienes inmuebles y la división y adjudicación por mitad, en lotes de igual valor, de los bienes muebles. III. Se condene a la demandada a las costas de este juicio si se opusiera con temeridad».
- ⊙ Doña Claudia contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos, formulando al mismo tiempo demanda reconventional, y terminó suplicando al Juzgado dictase Sentencia «por la que se acuerde desestimar las peticiones que se contienen en la demanda de adverso en cuanto no se ajusten a las interesadas por esta parte, con desestimación del inventario de contrario y estimándose la demanda reconventional y la formación de inventario de esta parte se acuerde: 1.º La declaración de ganancialidad del inmueble de Madrid y su inclusión en consecuencia en el inventario con el valor determinado por peritos, acordando librar el correspondiente mandamiento al registro de la propiedad para anotación de este inmueble como bien ganancial de los cónyuges. 2.º Proceder a la liquidación de la sociedad legal de gananciales una vez practicado el inventario y avalúo y su posterior división, partición y adjudicación de los bienes en la forma establecida en la Ley en relación con la totalidad de los bienes reflejados en nuestra formación de inventario en los términos expuestos en los hechos segundo y tercero del presente escrito que aquí damos por reproducidos por economía procesal. 3.º Declarar por el Juzgado que el Sr. Sergio abonara el 50% de las cantidades totales que adeuda a la Sra. Claudia detalladas en el hecho segundo apartado pasivo de este escrito en plazo no superior a un mes desde que se dicte sentencia, así como al pago en igual plazo de los intereses legales de cada una de esas cantidades a contar desde la fecha en que se han pagado hasta la fecha del pago efectiva de las mismas, e igualmente respecto del metálico

activo apartado uno del inventario. 4.º Todo ello con condena en costas al actor por imperativo del artículo 523 de la LEC.»

⦿ Don Sergio contestó a la demanda reconvenicional alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y terminó suplicando al Juzgado dictase Sentencia «de conformidad con los pedimentos de la demanda y desestimatoria de la reconvenicional y declarando en concreto: I. No haber lugar a la declaración de ganancialidad del inmueble de Madrid y a su inclusión en el inventario siendo propiedad de mi mandante anterior al matrimonio. II. Proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales de conformidad con el inventario presentado por esta parte con la demanda, desestimando la inclusión del activo y pasivo inventariado por la representación de doña Claudia y que no haya sido expresamente reconocido. III. Desestimar el punto tercero del suplico de la reconvenición por los hechos y fundamentos expuestos en el cuerpo de este escrito. IV. Imponer las costas de este Juicio a la demandada reconviniente por imperativo del artículo 523 de la LEC y por su absoluta temeridad y mala fe en la reconvenición.

⦿ El Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de los de Madrid dictó Sentencia el 17 de julio de 1998 estimando la demanda principal y parcialmente la demanda reconvenicional en los siguientes términos: consideró privativa la indemnización pactada en conciliación por despido por haberse pagado extinta la sociedad –23 de febrero de 1995–; en cuanto al inmueble de la DIRECCIÓN000, declaró su carácter privativo por haberse adquirido por el marido antes del matrimonio y por haberse pagado exclusivamente por éste, aunque reconoce una aportación económica privativa al piso por la mujer de 50.000 pesetas, mediante un préstamo concedido para vivienda por Muface, que la incluye como crédito a reembolsar actualizado; en cuanto a los dos vehículos, consideró que, al quedarse cada litigante con uno de ellos se había aceptado una liquidación; se incluyeron en el pasivo los gastos de comunidad, agua y derramas del piso de Guadarrama y de la plaza de garaje sita en Madrid.

⦿ En grado de apelación, la Sec. 24.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 18 de diciembre de 2000 confirmando la sentencia salvo en lo relativo a los vehículos a motor, decidiendo que debe incluirse su valor en el momento de la disolución de la sociedad de gananciales. En el resto, confirma el pronunciamiento de privaticidad de la indemnización y del inmueble de Madrid, no concediendo los intereses legales del pasivo al estimar que éste no es líquido conforme al artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⦿ Doña Claudia interpuso recurso de casación que fue estimado parcialmente por el Tribunal Supremo quien acordó que la cantidad que en ejecución de sentencia se determine como pagada por la esposa por los conceptos de gastos de comunidad, agua y derramas del piso sito en el edificio «Los Geranios de Guadarrama», así como por el concepto de derrama de 10.000 pesetas de la plaza de garaje sita en la DIRECCIÓN000 núm. NÚM000 de Madrid, a que se alude en el Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia de Primera instancia, habrá de incluirse debidamente actualizada en el pasivo de la sociedad de gananciales, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Tres son las cuestiones que en orden a la calificación jurídica se han suscitado en el presente recurso:

- I. Vivienda adquirida por el esposo antes de contraer matrimonio

Comenzando por el análisis del motivo, apartado primero, relativo a la vivienda sita en Madrid,

solicita la recurrente la declaración de ganancialidad del bien por haberse pagado antes del matrimonio con dinero de ambos, y subsidiariamente solicita que se le reconozca un crédito de 48.153 pesetas y 16.720 pesetas pagadas por Claudia y que estaría acreditado al folio 517 de las actuaciones de instancia.

El motivo ha de ser desestimado.

Para la aplicabilidad de los preceptos alegados como infringidos, la recurrente está partiendo del hecho de que el bien fue comprado a plazos y de que en esta compra intervino dinero ganancial, incurriendo así en el vicio casacional de «hacer supuesto de la cuestión» o «petición de principio» que consiste en partir de un supuesto fáctico contrario al proclamado por la sentencia recurrida –Sentencias de 20 de febrero de 1992, 6 de noviembre de 1992, 12 de noviembre de 1992, 2 de diciembre de 1993, 29 de diciembre de 1998, 28 de septiembre de 1999 y 5 de julio de 2000– o, lo que es lo mismo, no respetar los hechos probados y las determinaciones de carácter eminentemente fáctico que pertenecen al ámbito sentenciador de la instancia –Sentencias de 15 de noviembre de 1995 y 24 de marzo de 1995– o, también, soslayar los hechos probados para, a partir de una construcción propia y unilateral, extraer consecuencias jurídicas en oposición a lo resuelto de conformidad con aquéllos –Sentencias de 25 de febrero de 1995, 30 de mayo de 1995 y 14 de julio de 1997–, todo ello sin haber desvirtuado previamente la base fáctica de la sentencia recurrida con cita de norma de valoración de prueba que contenga regla legal tasada, que se considere como infringida con exposición de la nueva resultancia probatoria –Sentencias de 2 de septiembre de 1996, 25 de febrero de 1997, 6 de mayo de 1997, 15 de junio de 1998, 1 de marzo de 1999, 7 de junio de 1999, 26 de abril de 2000, 9 de octubre de 2000 y 2 de marzo de 2001–.

Y ello es así porque la sentencia recurrida, confirmatoria de la de primera instancia, ha aplicado correctamente la normativa legal, pues ha considerado que el pago se efectuó por el actor exclusivamente, a plazos, durante la construcción de la vivienda, estando abonado completamente el día de escrituración, que fue el 22 de enero de 1969, habiendo comenzado la sociedad de gananciales cinco meses después con el matrimonio celebrado el 24 de junio de 1969. Por tanto, la recurrente está partiendo de un hecho distinto, para extraer las conclusiones jurídicas favorables a su posición, pues el bien ya estaba pagado en el momento de comenzar la sociedad de gananciales «exclusivamente por el marido». Por ello, ningún pago a cargo de la sociedad de gananciales se hizo, de ahí que el bien fuera aportado como privativo al matrimonio.

Otra cosa es el reconocimiento que la Sala hace de un crédito privativo por el que la Claudia aporta 50.000 pesetas de un préstamo obtenido por «Muface» para adquisición de vivienda y que se obtuvo con fecha de 27 de noviembre de 1966 (como consta en el folio 283 de las actuaciones de instancia) Por tanto, también antes del matrimonio, que se celebraría dos años y siete meses después, lo que implica que no es una aportación ganancial, como

mantiene la recurrente, sino una aportación privativa, cuya devolución actualizada ha sido reconocida.

2. Indemnización percibida por el esposo después de disolverse la sociedad de gananciales

La recurrente alega la ganancialidad de la indemnización percibida por el Sr. Sergio en suma de 31.689.341 pesetas, defendiendo este carácter por ser producto obtenido del trabajo de dicha persona Sergio, conforme a lo dispuesto en el artículo 1347.1.º del Código Civil.

El motivo ha de ser desestimado

Esta Sala ya se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la pertenencia de determinadas indemnizaciones a la sociedad de gananciales. Así, la Sentencia de 26 de junio de 2007 que recoge en su resolución un supuesto análogo al aquí estudiado, realiza un análisis de las posibles soluciones de la siguiente manera:

«1.º Por lo que se refiere a las pensiones de jubilación, es doctrina consolidada que las generadas después de la disolución de la sociedad de gananciales son un bien de naturaleza privativa, como afirma la Sentencia de 29 de junio de 2000. La de 20 de diciembre de 2003 resolvió un motivo planteado sobre la pensión de jubilación, en el que el recurrente consideró que dicha pensión debería tener carácter ganancial por el “hecho de que la misma surja de la cotización a la Seguridad Social durante el tiempo legal, pues esta cotización se realiza con dinero ganancial”; la sentencia desestima el motivo porque la pensión de jubilación controvertida corresponde exclusivamente al esposo de la demandada, que la generó con su actividad laboral, y su nacimiento y su extinción dependen de vicisitudes estrictamente personales del mismo (el hecho de su jubilación, en cuanto al primero, y el de su eventual fallecimiento, en cuanto al segundo). Así mismo, la Sentencia de 20 de diciembre de 2004 consideró que no es ganancial la pensión del marido “ya que se trata de un derecho personal del trabajador al que no le es aplicable el artículo 1358”.

2.º Respecto de las pensiones por jubilación anticipada, o con mayor, propiedad, la indemnización por extinción de la relación laboral en un plan de bajas incentivadas de la empresa en la que el marido prestaba sus servicios, la Sentencia de 22 de diciembre de 1999 entendió que dicha prestación “no retribuye un trabajo precedente ni constituye un complemento de los sueldos percibidos, sino que proviene de la pérdida de dicho trabajo por jubilación anticipada, de manera que la nueva situación laboral de don [...], que ha obtenido después de la separación legal de su esposa, sólo a él afectan, con la consiguiente repercusión, no co-

munitaria, de la indemnización por prejubilación, que posee una clara proyección de futuro, y en este sentido, es ajena a los principios de la sociedad de gananciales”.

3.º En relación con las indemnizaciones obtenidas por el esposo por una póliza de seguros que cubría el riesgo de invalidez, se excluye del artículo 1436.6 del CC, “toda vez que su carácter es totalmente económico o patrimonial, basado en su derecho al trabajo, pero que no se confunde con éste, por ser una consecuencia económica y permanencia que se hace común en el momento en que se percibe por el beneficiario trabajador y, por consiguiente ingresa en el patrimonio conyugal, que al disolverse la sociedad de gananciales ha de liquidarse y repartirse entre ambos cónyuges o sus herederos” (Sentencia de 25 de marzo de 1988, referida, sin embargo, al régimen navarro de la sociedad de conquistas).

4.º La Sentencia de 27 de febrero de 2007 ha considerado que los planes de pensiones del sistema de empleo, no hechos aún efectivos en el momento de la disolución de la sociedad de gananciales, en los que la sociedad no había efectuado ninguna inversión, debían considerarse privativos del marido.

5.º Con relación a la cuestión que ahora nos ocupa, es decir, si una determinada indemnización por despido improcedente debe tener o no la consideración de bien ganancial, la Sentencia de 29 de junio de 2005 declara tajantemente que “la indemnización es un bien adquirido tras la extinción de la comunidad de gananciales y no pertenece, retroactivamente, a ésta, sino que es un bien propio de la persona que lo adquiere”. Este argumento se complementa con lo que se afirma en la Sentencia de 20 de diciembre 2003 que considera que lo percibido por el pensionista vigente la sociedad de gananciales tiene esta condición.

El resumen de la doctrina de esta Sala lleva a la conclusión de que existen dos elementos cuya concurrencia permite declarar que una determinada prestación relacionada con los ingresos salariales, directos o indirectos, deba tener la naturaleza de bien ganancial o, por el contrario, queda excluida de la sociedad y formará parte de los bienes privativos de quien la percibió. Estos dos elementos son: a) la fecha de percepción de estos emolumentos: si se adquirieron durante la sociedad de gananciales, tendrán esta consideración, mientras que si se adquieren con posterioridad a la fecha de la disolución, deben tener la consideración de bienes privativos de quien los percibe; b) debe distinguirse entre el derecho a cobrar estas prestaciones que debe ser considerado como un componente de los derechos de la personalidad y que, por esto mismo, no son bienes gananciales porque son intransmisibles (Sentencias de 25 de marzo de 1988 y 22 de

diciembre de 1999), mientras que los rendimientos de estos bienes devengados durante la vigencia de la sociedad de gananciales, tendrán este carácter (Sentencia de 20 de diciembre de 2003).»

Aplicando la doctrina expuesta al presente caso, ninguna infracción normativa por inaplicación se ha producido por la sentencia recurrida del artículo 1347.1.º del Código Civil, al considerar que la indemnización alcanzada mediante acta de conciliación por despido del trabajador con fecha de 23 de febrero de 1995 era un bien privativo, pues esta indemnización se cobra más de ocho años después de haberse disuelto la sociedad de gananciales mediante sentencia de separación obtenida el 2 de noviembre de 1986. Por tanto, no se puede considerar bien ganancial en atención al 1347.1.º del Código Civil sino que, conforme a la doctrina expuesta, al haber sido obtenida la indemnización con posterioridad a la fecha de disolución del matrimonio, es bien privativo. Por ello, esta parte del motivo también debe desestimarse.

3. Inclusión en el pasivo de los gastos de los inmuebles gananciales

En el apartado tercero del motivo, el recurrente alega infracción del artículo 1398.1.º y 3.º del Código Civil por no haberse concedido el importe actualizado de las cantidades reconocidas en el pasivo.

En cuanto a las cantidades reconocidas como pasivo en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia de primera instancia, ningún pronunciamiento en orden a su actualización realizó esta sentencia. Por su parte, la Sentencia de la Audiencia remite al artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para proceder a la denegación de los intereses sobre la misma, considerando que esta cantidad era líquida.

Esta parte del motivo ha de ser estimada, pues se ha producido una infracción del artículo 1398.3.º del Código Civil.

Y así es ya que habiendo pagado la esposa determinadas cantidades por gastos de comunidad del piso de Guadarrama así como una derrama de 10.000 pesetas en relación con el garage de Madrid, gastos que correspondían a ambos esposos, pues ambos bienes son gananciales, las cantidades pagadas han de ser actualizadas, ya que el artículo 1398.3.º señala que el pasivo está formado por el importe actualizado de –inciso primero– las cantidades pagadas por uno de los cónyuges que fueran de cargo de la sociedad. Por ello, tal como se interesa en el desarrollo de este motivo, la cantidad que en ejecución de sentencia se determine como pagada por la esposa en estos conceptos recogidos en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia de primera instancia, fácilmente determinable dada

la aportación de los recibos en autos, habrá de incluirse debidamente actualizada en el pasivo de la sociedad de gananciales.

Todo lo cual lleva a la Sala a asumir la instancia que casa y anula parcialmente la sentencia en el sentido de decir que la cantidad que en ejecución de sentencia se determine como pagada por la esposa por los conceptos de gastos de comunidad, agua y

derramas del piso sito en el edificio Los Geranios de Guadarrama, así como por el concepto de derrama de 10.000 pesetas de la plaza de garaje sita en Madrid, a que se alude en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia de primera instancia, habrá de incluirse debidamente actualizada en el pasivo de la sociedad de gananciales, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Por la compra que un cónyuge hace de un inmueble sin consentimiento del otro no se genera una obligación de la sociedad, cuando el supuesto no es subsumible en el artículo 1365 del CC dado que no hay prueba alguna de conexión de la operación con el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio, ni se detecta una relación con la administración de los propios bienes ni, desde luego, se encuentra vínculo con el ejercicio de la potestad doméstica o con la gestión o disposición de gananciales que por ley corresponda al cónyuge que ha llevado a efecto el negocio adquisitivo.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.^a, SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. don Vicente Luis Montes Penades

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ El Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA interpuso demanda de menor cuantía contra don Luis Antonio y doña María Dolores en reclamación de la cantidad de 9.182.155 pesetas de principal, más los intereses de demora al tipo pactado desde el 17 de abril de 1997, y costas.
- ⊙ Compareció la codemandada doña María Dolores y se opuso a la demanda, solicitando la absolución con costas. El codemandado don Luis Antonio fue declarado en rebeldía.
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia de Madrid núm. 8 dictó Sentencia el 13 de abril de 1998 desestimando la demanda frente a doña M.^a Dolores y estimándola frente al codemandado don Luis Antonio.
- ⊙ En grado de apelación la Sec. 14.^a de la AP de Madrid dictó Sentencia el 10 de octubre de 2000 desestimando el recurso interpuesto por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, absolviendo también al codemandado don Luis.
- ⊙ El Banco Bilbao Vizcaya Argentaria interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que estimó la demanda contra don Luis.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La entidad actora ejercita acción personal de reclamación de la cantidad pendiente de cobro de un préstamo con garantía hipotecaria en el que se subrogaron los demandados, después de que, en el

procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia de Móstoles núm. 6 (Autos 364/1993), no se cubrió la cantidad reclamada al adjudicarse la finca por

cifra inferior, a la que se han de añadir intereses y costas, más intereses posteriores, con un total de 9.182.155 pesetas, cantidad que habrá de ser incrementada por intereses de demora.

La codemandada doña María Dolores opuso falta de legitimación pasiva, con fundamento en que la escritura de compra de la finca y subrogación en la hipoteca fue otorgada únicamente por su marido, el codemandado Sr. Luis Antonio, y era un acto privativo del mismo; además de que el matrimonio otorgó capitulaciones, pactando el régimen de separación y la liquidación de la sociedad de gananciales, meses antes de la resolución del préstamo, cuyo impago fue posterior a las capitulaciones, y en dicha escritura no figuraba ni la finca como activo ni el crédito hipotecario como pasivo.

El Juzgado de Primera Instancia estimó el carácter privativo de la operación, no obstante la manifestación realizada en la escritura de compraventa y subrogación en el sentido de que se adquiría para la sociedad de gananciales, manifestación que basta para la inscripción pero no vincula—dice el Juzgado—al otro cónyuge si no presta su consentimiento expreso o tácito, y tal consentimiento no se ha probado. Al efecto, verifica una lectura del artículo 1347.3 en relación con los 1361 y 1362, todos ellos del Código Civil, en el sentido de que la presunción de ganancialidad, entendida como adquisición a costa del caudal común, implicaría un destino unilateral de fondos comunes que no puede realizar sin el consentimiento de su cónyuge. Y deduce de los artículos 1362.2 del CC y 1365.1 del CC, en relación con el artículo 1370 del CC, que no existe una responsabilidad directa de los bienes gananciales por las deudas de disposición hechas por uno solo de los cónyuges, no jugando la regla del artículo 1367 del CC en defecto de prueba del consentimiento del otro cónyuge, que ha de sufrir la parte actora como reclamante, lo cual implica que aunque el bien adquirido tenga la naturaleza de ganancial no responden todos los bienes gananciales, sino sólo el bien adquirido, hasta el límite del propio bien, y después los demás privativos del adquirente y, por lo dispuesto en el artículo 1373 del CC, la mitad del valor que al cónyuge adquirente corresponda en la sociedad de gananciales. Ello conduce a la desestimación de la demanda frente a doña María Dolores. El Juzgado considera, en cambio, procedente la reclamación frente al otro codemandado, don Luis Antonio, pero ajustando las liquidaciones de intereses practicadas a las fechas del Auto de adjudicación y del Auto de aprobación de la tasación de costas, lo que se habrá de practicar en ejecución de sentencia.

La sentencia de primera instancia fue apelada por la parte actora. La Sala de apelación verificó un análisis de los hechos y descartó los razonamientos

de la sentencia apelada, y desestimó la demanda también frente a don Luis.

El motivo que nos interesa se centra en la posible ganancialidad de la deuda que se generó tras el impago del préstamo hipotecario. Denuncia la parte actora la infracción de los artículos 1361 y 1347.3 del Código Civil y del artículo 1317 del mismo Cuerpo legal. La posición del recurrente se traduce en la consideración de que siendo ganancial el bien que se adquiere, ha de ser ganancial la obligación convenida para la adquisición, según se deduce, en su criterio, de los preceptos que se invoca. El motivo se desestima, toda vez que ni la ganancialidad del bien determina la de la obligación de pago del precio (en el caso, del crédito hipotecario), ni ello se deduce de las normas cuya vulneración se denuncia.

La recurrente señala que el Juzgado de Primera Instancia verifica una interpretación errónea de lo dispuesto en los artículos 1361 y 1347.3 del Código Civil, en tanto que la sentencia recurrida los inaplica. Estos preceptos establecen la presunción de ganancialidad, por lo que se traslada la carga de la prueba del carácter privativo del bien a quien lo alega. En el caso, el marido codemandado no lo alegó en el juicio hipotecario y no se ha probado en este procedimiento—estima la recurrente—cuando se trata de una adquisición constante matrimonio sin justificación de que el precio proceda de bienes privativos. No vale, subraya el recurrente, que la finca hipotecada no se haya incluido en la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales, escritura de fecha posterior a la escritura de compraventa y subrogación, y al impago del primer recibo del préstamo, a la que por tanto afecta el artículo 1317 del Código Civil.

En el caso, el codemandado don Luis Antonio, marido de la también demandada doña María Dolores, adquirió un inmueble verificando un pago inicial mínimo del precio, más el IVA de la operación, y subrogándose en la hipoteca que gravaba el inmueble para pago del resto del precio. La adquisición se produce para la sociedad de gananciales, según declara el propio comprador, y así se inscribe en el registro de la Propiedad, al amparo del artículo 93.4 del Reglamento Hipotecario. En el momento de la adquisición, el matrimonio se rige por la sociedad de gananciales. Poco después, otorgan los cónyuges capitulaciones matrimoniales y liquidan la sociedad de gananciales. No figuran el bien adquirido, ni la hipoteca que lo grava, en el inventario. La hipoteca se ejecuta y, no alcanzando el precio de remate a cubrir la totalidad del crédito hipotecario, se reclama ahora frente a ambos cónyuges la parte no cubierta. La esposa opone que no intervino en la operación, que fue privativa del marido, así como que la adquisición del bien se pro-

dujo para el patrimonio privativo del marido y, en definitiva, que no responden los bienes gananciales de la deuda contraída para la adquisición del bien.

El Juzgado de Primera instancia acepta, en definitiva, esa posición, a cuyo efecto pone de manifiesto las siguientes consideraciones que conducirían a la solución indicada:

a) No hay prueba del consentimiento expreso o tácito del cónyuge que no intervino en la operación.

b) El bien adquirido no figuraba en el inventario de gananciales cuando, poco después, se otorgó la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales.

c) La presunción de ganancialidad aplicada al caso en los términos que resultan de la literalidad de los preceptos contenidos en los artículos 1347.3.º, 1361 y 1324 del Código Civil implicaría un destino unilateral por parte de un cónyuge de fondos comunes que no puede realizar sin consentimiento del otro.

d) Ni del artículo 1362.2 ni del artículo 1365.1 del Código Civil se deduce la responsabilidad directa de los bienes gananciales. El primero de los citados se refiere a la responsabilidad definitiva, o entre cónyuges, y no a la provisional, o frente a terceros; el artículo 1365.1 no se refiere a la adquisición, sino a la gestión y disposición, y el artículo 1370 del CC dispone que el bien adquirido responde siempre, en los casos de adquisición por un cónyuge sin consentimiento del otro, de un bien ganancial, sin perjuicio de la responsabilidad de otros bienes, lo que significaría —dice el Juzgado— que no responden todos los bienes de la sociedad de gananciales, y ello porque no pueden ingresar bienes en el patrimonio ganancial contra la voluntad o con desconocimiento del otro cónyuge.

e) En definitiva, concluye el Juzgado, de esa parte aplazada del precio de compra responderán el propio bien, sin la afección real, los privativos del adquirente y, por lo dispuesto en el artículo 1373 del CC, la mitad del valor que a éste le corresponda en los gananciales.

f) No jugando la regla del artículo 1367 del CC, puesto que no hay prueba del consentimiento de la esposa, y la prueba corresponde a quien reclama, es la parte actora la que debe sufrir las consecuencias adversas de la falta de prueba.

Al analizar esta posición, es forzoso, ante todo, precisar que la falta de constancia del bien adquirido en el inventario de bienes gananciales de la escritura de liquidación carece, como ha dicho la jurisprudencia, de intensidad jurídica suficiente para hacer significativa esta ausencia en orden a demostrar el carácter privativo del bien (SSTS de 24 de julio de 1996, 29 de diciembre de 2001, etc.) de

modo que, en caso de duda, habría que inclinarse por la ganancialidad. En segundo lugar, el artículo 1370 del Código Civil dispone que en los supuestos de adquisición por un cónyuge sin el consentimiento del otro a precio aplazado, responderá siempre el bien adquirido, pero añade que «sin perjuicio de la responsabilidad de otros bienes según las reglas de este Código» y no parece, por ello, que pueda ser interpretado en el sentido de que sólo responde el bien adquirido y no los demás bienes de la sociedad de gananciales, ya que en determinados supuestos la deuda será obligación de la sociedad de gananciales (artículo 1365 del CC) y en tal caso responderán también, directa y solidariamente, los bienes del patrimonio ganancial (artículos 1365 y 1369 del CC).

Verificadas estas dos puntualizaciones, en el caso de autos ocurre que el negocio concreto de adquisición se aproxima a la adquisición de un bien a precio aplazado, que en este supuesto está además asegurado con un derecho (real) de garantía y genera dos órdenes de efectos, unos en cuanto a la adquisición y condición del bien y otro en cuanto al carácter de la deuda contraída o, más exactamente, asumida. El bien adquirido, por evidentes razones de analogía con lo previsto para el supuesto de adquisición de bienes por precio aplazado con primer desembolso de dinero ganancial (artículo 1356 del CC), a lo que habría que sumar la declaración del cónyuge adquirente en el sentido de que adquiere para la sociedad de gananciales, ha de ser ganancial. Es lo coherente con la regla general del artículo 1347.3.º del CC sobre la ganancialidad de bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común y con la fuerte presunción de ganancialidad del artículo 1361 del CC que, en la lectura que del precepto ha hecho la jurisprudencia, exige una prueba fuerte y cumplida en contra para descartar ese carácter (SSTS 20 de junio de 1995, 7 de abril y 29 de septiembre de 1997, 22 y 24 de febrero de 2000, 26 de diciembre de 2002, 23 de enero de 2003, etc.), prueba que se ha de referir al carácter privativo del precio o de la contraprestación (Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 20 de enero de 1983 y 7 de diciembre de 2000, etc.). La cantidad inicial satisfecha (una pequeña parte del precio y el IVA de la operación) ha de presumirse ganancial. El crédito hipotecario asumido es la parte restante del precio o está, diríamos, en función de precio, cuyo pago está asegurado mediante hipoteca. Pero con ser ganancial el dinero con que se hizo la primera entrega y el bien adquirido, la deuda no es deuda de la sociedad de gananciales, es decir, no se trata de una obligación de un cónyuge de la que, además del cónyuge deudor, hayan de responder directamente frente al acreedor los bienes gananciales. La regla es que por la compra que un cónyuge hace sin consenti-

miento del otro no se genera una obligación de la sociedad (artículo 1367 del CC), y el supuesto no es subsumible en el artículo 1365 del CC, al menos a juzgar por los datos que obran en autos, en los que no se encuentra prueba alguna de conexión de la operación con el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio, ni se detecta una relación con la administración de los propios bienes ni, desde luego, se encuentra vínculo con el ejercicio de la potestad doméstica o con la gestión o disposición de gananciales que por ley corresponda al cónyuge que ha llevado a efecto el negocio adquisitivo. El artículo 1370 del CC resuelve en especial el problema que se plantea cuando la obligación de pagar el precio aplazado, que en nuestro caso confluye con la de pagar los plazos del crédito hipotecario, no es obligación de la sociedad, y resuelve que el bien

responde siempre, aunque sea ganancial y no lo sea la obligación de pagar el precio.

El artículo 1362.2.º del CC, por otra parte, como bien dice el Juzgado, se refiere a las cargas de la sociedad de gananciales, que la doctrina ha definido como «gastos o pagos que, por razón de su finalidad, deben repercutir, de modo definitivo, sobre el patrimonio ganancial, con independencia de que frente al acreedor haya o no obligación directa de la sociedad». No resuelve, pues, el problema suscitado, además de que la cuestión que suscita la posibilidad de una carga de la sociedad de gananciales causada por uno de los cónyuges está en función, según el criterio que parece mejor fundado, de que el cónyuge ejercite una potestad de gestión social, lo que no ocurre en el caso.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Habiendo mostrado el esposo su aquiescencia a la acción reconvencional ejercitada por la esposa solicitando la nulidad del contrato de opción de compra celebrado por aquél, se desestima la excepción de falta de litisconsorcio pasivo apreciada por la Audiencia Provincial y entrando en el fondo del asunto se declara la nulidad del contrato por falta de consentimiento de la esposa al quedar acreditado que era falsa la firma que aparecía en el citado contrato.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 23 DE JULIO DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete

ANÁLISIS DEL CASO

⦿ La Zapatarranca, SL interpuso demanda de menor cuantía contra los cónyuges don Gabino y doña Cecilia, solicitando que se dictase sentencia por la que estimando la demanda decreta que habiendo ejercitado la sociedad La Zapatarranca, SL el derecho de opción de compra concedido a su favor por don Gabino y doña Cecilia, respecto al local descrito en el hecho primero de esta demanda, condene a don Gabino y a su esposa doña Cecilia a otorgar la escritura de venta en favor de la sociedad actora, con estricta sujeción a los términos fijados en el contrato de opción de compra suscrito el 5 de mayo de 1998; condenando a los expresados demandados a la entrega del local objeto de transmisión libre de toda clase de carga y gravamen, y al corriente en el pago de arbitrios e impuestos; condenando, asimismo, a dichos demandados a que reintegren a la sociedad actora el importe de las rentas abonadas por el arrendamiento del local, desde la notificación del derechos de opción de compra que se acreditará en período probatorio hasta el mes de agosto de 1999, con más el interés legal, y, al pago de las costas».

⦿ Admitida a trámite la demanda, la demandada doña Cecilia alegó como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos, formulando al mismo tiempo demanda reconvencional, y terminó suplicando al Juzgado dictase Sentencia «en la que se desestime íntegramente la demanda rectora

y estimándose la demanda reconvenional interpuesta por doña Cecilia se declare la nulidad de la opción de compra otorgada el día 5 de mayo de 1998 por don Gabino a favor de La Zapatarranca, SL, condenando expresamente a la demandante La Zapatarranca, SL a abonar las costas del procedimiento de no desistir de su demanda y no allanarse a la demanda reconvenional interpuesta».

○ Por su parte el demandado, don Gabino presentó escrito de contestación formulando reconvenición en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando se dictase «sentencia por el juzgado por la que se desestime la demanda absolviendo a mi representado, y todo ello con la expresa imposición de costas a la demandante».

○ Por la demandante «La Zapatarranca, SL» se contestó a la demanda reconvenional exponiendo los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicando al Juzgado «dicte sentencia desestimando la demanda reconvenional con imposición de costas.

○ El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de los de Gijón dictó Sentencia el 5 de julio de 1999 desestimando la demanda y estimando la reconvenición y declarando la nulidad del contrato privado de opción de compra suscrito con fecha de cinco de mayo de mil novecientos noventa y ocho por don Gabino a favor de la entidad La Zapatarranca, SL.

○ En grado de apelación, la Sec. 4.^a de la AP de Asturias dictó Sentencia el 11 de abril de 2001 estimando los recursos de apelación interpuestos por la compañía «La Zapatarranca, SL» frente al auto de 27 de enero de 1999 y frente a la sentencia que puso fin al procedimiento de menor cuantía núm. 28/99, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de los de Gijón, los que se revocan, y acordando en su lugar: «a) Establecer como cantidad que en concepto de fianza debe prestar la sociedad recurrente para lograr la anotación preventiva de demanda que tiene interesada, la de seis millones de pesetas (6.000.000 de pesetas). b) Estimar mal constituida la relación jurídica procesal por falta de litisconsorcio pasivo necesario, respecto de la demanda reconvenional formulada por doña Cecilia, que queda así imprejuzgada en cuanto al fondo. c) Estimar en parte la demanda interpuesta por la sociedad recurrente frente a don Gabino y doña Cecilia, teniendo por ejercitado el derecho de opción de compra respecto al local descrito en el hecho primero de la demanda, y condenando a dichos demandados a otorgar escritura de venta a favor de la sociedad actora, con estricta sujeción a los términos fijados en el contrato de opción de compra suscrito el 5 de mayo de 1988, y a la entrega del local objeto de transmisión libre de cargas y gravámenes, con abono simultáneo por la sociedad demandante del precio pactado y d) No se hace expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias».

○ Doña Cecilia interpuso recurso por infracción procesal y recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, quien desestimando la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario entró en el fondo y desestimó la demanda interpuesta por la entidad La Zapatarranca, SL.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Sobre la excepción de litisconsorcio pasivo necesario

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, considerando que en la demanda reconvenional existía una falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber demandado al marido, aunque reconoce que

éste se mostró sustancialmente conforme con la acción ejercitada. Sin embargo, el argumento de la Audiencia se centró en «que la acción de nulidad de contrato ha de dirigirse contra todos los que intervinieron en el mismo, y este requisito no se cumple mediante la interposición de la demanda reconvenional ya que ésta no faculta a los codemandados para contestarla, pues ello representaría conculcar

los artículos 542 y 668 de la Ley Procesal Civil, que prevén que se dirigirá contra el actor originario del pleito, y entenderlo de otra manera equivale a dejar al arbitrio de las partes la normativa del procedimiento, con olvido de su condición de orden público. Es cierto que la otra parte del contrato está también presente en el procedimiento y se mostró sustancialmente conforme con la acción ejercitada por la esposa, pero ello no es razón suficiente para eludir esa normativa imperativa y la jurisprudencia dictada en su aplicación, recaída en casos muy similares, que ha de recordarse que es fuente complementaria del ordenamiento jurídico, tal y como establece el artículo 1.6 del Código Civil». Dejó impreviada de esta manera la demanda reconvenzional y, sin embargo, estimó la demanda principal considerando que la opción se había ejercitado en plazo y constaba el consentimiento del marido, condenando así a los esposos a formalizar escritura pública de venta sobre el local a favor de la demandante.

El recurso extraordinario por infracción procesal se estructura en dos motivos íntimamente ligados, por lo que su examen ha de ser conjunto. En el motivo primero la recurrente considera infringida la doctrina de la Sala sobre la no necesidad de apreciar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario en los supuestos en que conste la aquiescencia del tercero con la pretensión ejercitada, como habría ocurrido en el presente caso, pues la sentencia recurrida reconoce la conformidad del marido con la acción ejercitada por la esposa. En el motivo segundo, entiende la recurrente que con esta interpretación excesivamente formalista del litisconsorcio pasivo necesario, al considerar que existen obstáculos procesales porque no se ha llamado a quien tenía que haber sido demandado reconvenzionalmente, se le habría producido indefensión, privándole de una sentencia de fondo y de la tutela judicial efectiva, vulnerándose así lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución Española.

Ambos motivos han de ser estimados.

La figura del litisconsorcio pasivo necesario, de creación jurisprudencial, y actualmente incorporada al artículo 12.2 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, se ha definido como la exigencia de traer al proceso a todos los interesados en la relación jurídica litigiosa, con el fin de evitar, por un lado, que puedan ser afectados por la resolución judicial quienes no fueron oídos y vencidos en el juicio, y de impedir, por otro, la posibilidad de sentencias contradictorias (SSTS de 8 de marzo y 18 de mayo de 2006, entre otras). La doctrina jurisprudencial, recogida, entre otras, en la Sentencia de esta Sala de 24 de marzo de 2003, establece que «la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario exige llamar al juicio a todas las personas que, en virtud de disposición

legal o por razón de la inescindibilidad de la relación jurídica material, puedan estar interesadas directamente o puedan resultar afectadas en la misma medida por la solución que se dicte en el proceso, por lo que se trata de una exigencia de naturaleza procesal con fundamento en la necesidad de dar cumplimiento al principio de audiencia evitando la indefensión, al tiempo que se robustece la eficacia del proceso mediante la exclusión de resultados procesales prácticamente inútiles por no poder hacerse efectivos contra los que no fueron llamados a juicio y se impiden sentencias contradictorias no sólo por diferentes sino además por incompatibles».

La sentencia recurrida, al apreciar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, no da cumplimiento a este doble fundamento de la misma –ser oído y evitar sentencias contradictorias– pues, por un lado, el Sr. Gabino, esposo de doña Cecilia, estaba presente en el pleito como demandado y, aunque la demanda reconvenzional no se dirigió contra él, éste manifestó durante el pleito su conformidad con la acción ejercitada por la mujer y así lo reconoce la sentencia recurrida. También esta posición la manifestó con anterioridad al pleito en el requerimiento notarial efectuado por la optante (folio 82 de las actuaciones). En relación con ello, esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la importancia del litisconsorcio pasivo necesario al decir que su presupuesto procesal no tiene un alcance absoluto, al ser evidentemente innecesario traer al pleito a aquellas personas que, aun estando implicadas en la relación jurídica material, han demostrado de manera fehaciente su aquiescencia a determinados reconocimientos que de ellos se pretendía, aunque la misma hubiere sido prestada antes y fuera del proceso (Sentencias de 27 de febrero de 1998, 28 de diciembre de 1973 y 25 de febrero de 1966).

Pero, además, tampoco en el segundo de los fundamentos del litisconsorcio pasivo necesario a que antes se ha aludido se cumple con su apreciación en el presente pleito. Ello porque no se ha conocido de la demanda reconvenzional, no entrando en el fondo de la misma, pero sí que se ha conocido sobre la demanda principal, considerando la Audiencia que los cónyuges deben elevar a escritura pública la venta por estar correctamente ejercitado el derecho de opción de compra. Así las cosas, un futuro pleito sobre la falta de consentimiento en el contrato de opción de compra opuesta por la mujer frente al marido y a la optante podría dar lugar a una sentencia contradictoria con el actual pleito que sí ha reconocido, sin entrar a conocer del consentimiento de la mujer al contrato por defectos procesales, la existencia del derecho de opción de compra.

Por ambas razones, se considera que en este supuesto se debe hacer una interpretación de la figura del litisconsorcio pasivo necesario no tan

formalista como hace la sentencia recurrida, sino flexible en el sentido de entender que no es necesario demandar al marido, pues éste ha manifestado su consentimiento a la acción reconvencional ejercitada, evitándose así, al resolverse en el mismo pleito, sentencias contradictorias.

2. Resolución respecto a la acción de nulidad ejercida por la esposa

Consta acreditado en autos, por no ser controvertido, que el local comercial que fue objeto primero de arrendamiento y después de contrato de opción de compra el 5 de mayo de 1998 (folio 44 de las actuaciones de primera instancia) era bien ganancial. Que con fecha 5 de mayo de 1998, don Gabino firmó con la empresa arrendataria del bien «La Zapatarranca, SL» un contrato de opción de compra, siendo falsa la firma de la esposa, como quedó acreditado por prueba pericial. Que dicho contrato tiene carácter oneroso, pues la prima del contrato consistió en el pago anticipado de las dieciséis mensualidades siguientes el mismo día en que se firmó el contrato de opción de compra. Por otro lado, el carácter oneroso o gratuito del contrato de opción de compra no ha sido controvertido por las partes ni tampoco impugnado este pronunciamiento por la parte recurrida, que admite la no devolución de las rentas tras considerar la sentencia de apelación que estas rentas anticipadas constituían la prima del contrato de opción de compra. Además, es doctrina de esta Sala –Sentencias de 22 de diciembre de 1992 y 18 de junio de 1993– que debe proclamarse su carácter oneroso cuando la opción de compra se halla intercalada o coligada con un arrendamiento. En todo caso, con independencia de este carác-

ter, la Sentencia de esta Sala de 14 de noviembre de 2000 señala «el principio de coestión supone, como entiende la doctrina dominante, que no cabe que se contraigan obligaciones contra la sociedad de gananciales si no actúan los dos cónyuges, conjuntamente, o con representación o consentimiento del otro, y que serán anulables los actos de gestión (como los de disposición), sean obligacionales o sean dispositivos, que hayan de tener cumplimiento directo sobre un bien ganancial específico (artículos 1367, 1375 y 1377 y 1301 del Código Civil)».

Habiendo ejercitado, por tanto, la esposa afectada, por vía reconvencional, la acción de anulabilidad del contrato celebrado sin su consentimiento y no constando tampoco su consentimiento tácito al mismo, pues del conocimiento del embargo de la finca y del *iter* procesal del procedimiento ejecutivo llevado a cabo sobre la misma no puede extraerse ese consentimiento tácito, a pesar de que afirme lo contrario la parte recurrida, la consecuencia jurídica ha de ser la anulabilidad, por falta de consentimiento de la esposa, del contrato de opción de compra, estimándose así la demanda reconvencional y desestimándose, en consecuencia, la demanda principal, confirmando, en este sentido, la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Gijón dictada con fecha 5 de julio de 1999 en juicio de menor cuantía 28/1999.

En consecuencia, procede estimar también el motivo segundo del recurso de casación de doña Cecilia, cuyo contenido corresponde con la pretensión de la demanda reconvencional, cuyo examen se ha realizado al asumir las funciones de instancia por la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Naturaleza ganancial de los rendimientos de los bienes comunes, cuya administración se atribuyó a la esposa en el auto de medidas provisionales habida cuenta que, hasta la disolución de la sociedad de gananciales, los rendimientos de todos los bienes que la conformaban son gananciales, independientemente de quien fuera su administrador, ya que están sujetos a la obligación de rendición de cuentas.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2008

Ponente: Excm. Sra. doña Encarnación Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña Inés interpuso demanda de mayor cuantía contra don Millán solicitando que se dictase sentencia por la que estimando íntegramente esta demanda se «acuerde proceder a la liquidación de

la sociedad legal de gananciales y una vez realizado el inventario y avalúo, a su posterior división, partición y adjudicación de los bienes en la forma establecida por la Ley así como la condena al demandado Sr. Millán del pago de las costas de este juicio, si se opone a las pretensiones».

⦿ Personado en el procedimiento el demandado don Millán, por medio del Procurador don José Ignacio de Miguel García, impugnó el valor dado a la cosa litigiosa y por consiguiente la clase de juicio utilizado, acordándose finalmente que el juicio se tramitase conforme a las normas del procedimiento de menor cuantía.

⦿ Don Millán compareció alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... estimándose parcialmente en cuanto a la validez de la acción declarativa ejercitada para el avalúo, liquidación y partición de los bienes gananciales de mi mandante y de la actora y desestimándose su demanda en todo lo que interesado en la misma ya ha quedado resuelto judicialmente o en lo que durante el curso del procedimiento se deduzca que sus pretensiones no están ajustadas a Derecho, e imponiéndose las costas de esta instancia a la propia demandante si se opusiera temerariamente al conjunto de las operaciones tendentes al resultado final de la acción judicial instada».

⦿ El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de San Lorenzo de el Escorial dictó Sentencia con fecha 9 de septiembre de 1997 y con la siguiente parte dispositiva: «FALLO: Que estimando como estimo parcialmente la demanda formulada por la representación procesal de doña Inés contra don Millán acuerdo la liquidación de la sociedad de gananciales que constituyó el régimen económico de su matrimonio hasta la firmeza de la sentencia de separación, cuyo haber partible está compuesto por los bienes que se atribuyen a ambos en la forma siguiente: A don Millán la finca El Picotejo sita en el término municipal de Villanueva del Pardillo y el mobiliario existente en la misma, la casa construida en la finca sita en Malagón (Ciudad Real), la vivienda sita en ... de Las Rozas y el almacén de la c/ Golondrina, 13, por importe total de 47.641.290 pesetas. A doña Inés el piso ... de Las Rozas, el local comercial de la c/ Carnicería 7 y la plaza de garaje sita en la misma dirección que los inmuebles anteriores, junto con los vehículos matrícula G-....-UD, N-....-OV, W-....-AP, la embarcación marca Glastran y el remolque marca Hergo-Bambi por un valor total de 45.417.384 pesetas, así como el negocio de cristalería y cerrajería ubicado en el local comercial de la c/ Carnicería 7 de Las Rozas, cuya explotación viene desarrollando desde el año 1990, cuya valoración, así como la de la maquinaria existente en el mismo deberá efectuarse en ejecución de sentencia, debiendo la actora abonar al demandado la 1/2 de la cantidad en que quede acreditado el valor de ambos, salvo que coincida con la cantidad de 2.223.906 pesetas, diferencia entre el valor de lo atribuido al demandado y a la demandante, en cuyo caso se compensaría, y siempre que el demandado no le hubiere abonado antes dicha diferencia, a la que viene obligado, atribuyéndose igualmente a demandante y demandado la 1/2 del dinero metálico existente en la sociedad de gananciales, en el momento de su disolución que se acredite en ejecución de sentencia, así como el importe de los alquileres percibidos por el demandado por el arrendamiento de los bienes inmuebles gananciales que quede acreditado en igual trámite, debiendo entregar a la actora la 1/2 de dicha cantidad, todo ello sin expresa condena en cuanto a las costas causadas en este juicio».

⦿ La representación de don Millán, presentó escrito solicitando la aclaración de la Sentencia, dictándose con fecha 22 de septiembre de 1997 auto de aclaración que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: «Acuerdo aclarar la sentencia dictada en los presentes autos de fecha 9 de septiembre de 1997 en el sentido de que una vez acreditado el valor del negocio de cristalería y cerrajería ubicado en el local comercial de la c/ Carnicería, 7 así como sus rendimientos y el valor de la maquinaria existente en el mismo, la actora abonará al demandado la 1/2 de la suma de dichos valores, siempre que resulte deudora del mismo, después de compensar tal cantidad con la que él la

adeuda en concepto de la diferencia del valor de sus lotes respectivos (2.223.906 pesetas), más la 1/2 del importe de los alquileres por él percibidos por el arrendamiento de los inmuebles gananciales que queden acreditados».

- ◉ En grado de apelación, la Sec. 21.^a de la AP de Madrid dictó Sentencia el 19 de octubre de 2001 desestimando el recurso interpuesto por doña Inés.
- ◉ Doña Inés interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los cónyuges litigantes se separaron por Sentencia de 29 de mayo de 1991, que devino firme el 28 de enero de 1993. A pesar de que el auto de medidas provisionales había atribuido a la esposa la administración de un local comercial, el marido lo había arrendado, contrato que acabó en desahucio. Desde 1991, la demandante había venido explotando dicho negocio, al habersele atribuido su administración en el auto de medidas provisionales de 9 de febrero de 1990. doña Inés instó la liquidación, inventario y consiguiente disolución de la sociedad de gananciales.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de San Lorenzo de El Escorial, de 9 de septiembre de 1997, estimó en parte la demanda, fijó los bienes muebles e inmuebles que componían el activo de la sociedad y declaró no probada la existencia de pasivo ni de metálico. Respecto de los alquileres de diversos bienes, declaró ganancial la mitad de los mismos, pero al no haberse determinado la cantidad concreta, se remitió a ejecución de sentencia. Estimó en parte la demanda y atribuyó a cada uno de los cónyuges unos determinados bienes, remitiéndose a ejecución de sentencia para la concreta fijación de determinados valores. Respecto del negocio de «cristalería y cerrajería [...] cuya explotación viene desarrollando desde el año 1990, cuya valoración, así como la de la maquinaria existente en el mismo deberá efectuarse en ejecución de sentencia, debiendo la actora abonar al demandado la 1/2 de la cantidad en que quede acreditado el valor de ambos, salvo que coincida con la cantidad de 2.223.906 pesetas, diferencia entre el valor de lo atribuido al demandado y al demandante, en cuyo caso se compensaría, y siempre que el demandado no le hubiera abonado antes dicha diferencia, a la que viene obligado [...]».

La demandante apeló la sentencia. Señaló los siguientes puntos de discrepancia con la sentencia recurrida: a) que se incluyeran en las cantidades a compensar entre los cónyuges los rendimientos y valor del negocio de cristalería; b) la adjudicación al esposo de la vivienda sita en la calle Cigüeña y el almacén situado en Las Rozas; c) la no inclusión en

dichas cantidades a compensar entre los cónyuges, los pagos que del local hubo de realizar la esposa para acceder al mismo y poder explotar el negocio, y d) derivar a ejecución de sentencia la determinación del importe de las rentas percibidas por el esposo sobre los inmuebles gananciales arrendados y que ha de repartir con la esposa al 50%, así como dejar igualmente para ejecución la determinación del importe metálico existente en las cuentas de carácter ganancial de los esposos. La sentencia recurrida señala: a) que los gastos efectuados no fueron acreditados de forma alguna, por lo que no deben incluirse en el pasivo; b) respecto del valor del negocio, es claro porque ambos cónyuges le atribuyen la cualidad de ganancial valor que ha de ser hallado por un experto, tomando en consideración los rendimientos que produce; c) no han quedado acreditadas las cantidades obtenidas por el esposo en concepto de rentas, por lo que su determinación deberá hacerse en trámite de ejecución de sentencia; d) en lo referente a la atribución al esposo de la vivienda y el almacén situados en Las Rozas no puede hacerse ningún reproche al haberse efectuado una partición equitativa de acuerdo con el peritaje y estar los lotes compensados.

Recurrida por la demandante doña Inés la anterior sentencia, el Auto de esta Sala, de 14 de noviembre de 2006, admitió sólo el primero de los motivos del recurso de casación interpuesto.

El primer motivo, único admitido, señala que la sentencia recurrida infringe las siguientes normas: los artículos 1319.3, 1364, 1390 y 1398.1 todos del Código Civil. Se dice en el recurso que en el Auto de medidas provisionales de 9 de febrero de 1990 y en la sentencia de separación se acordó adjudicar a la recurrente para su administración y explotación el local de negocio, si bien el esposo había decidido arrendarlo sin consentimiento de la esposa antes de la adjudicación. Los arrendatarios incumplieron el contrato y la recurrente tuvo que desahuciarlos y no pudo disponer libremente del local hasta 1991. En consecuencia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1391.3, 1364 y 1390 del CC, «las rentas obtenidas por el local de nego-

cio no podrán ser compensadas entre los cónyuges por cuanto que mi patrocinada no recibió importe alguno como alquiler de este negocio, sino que lo hizo el esposo y además mi representada para poder disfrutar de estos inmuebles tuvo que afrontar los gastos que el procedimiento de desahucio conllevó». Tampoco puede compensarse el valor del negocio, porque si la recurrente se adjudicó la explotación y administración, don Millán tuvo la del restante patrimonio. Añade que está probado que cuando accedió al local, estaba alquilado y que a partir de 1991, fecha en que obtiene la plena disponibilidad del inmueble, los rendimientos son privativos y no gananciales.

El motivo no se estima. Y ello en base a los siguientes argumentos:

1.º La recurrente pretende, entre otras cosas, que los rendimientos obtenidos en el local de negocio que administró en exclusiva desde su adjudicación por el auto de medidas provisionales en 1990 hasta la disolución del régimen de gananciales en 1993 constituyen bienes privativos, pero al mismo tiempo está de acuerdo en considerar gananciales los rendimientos de los otros bienes, cuya administración se atribuyó al esposo en el propio auto de 1990 y olvida que la disolución del régimen de gananciales no se produjo hasta la sentencia firme de separación, es decir, el 28 de enero de 1993. Por tanto, hasta aquel momento, los rendimientos de todos los bienes eran gananciales, con independencia de quien fuera su administrador, ya que de acuerdo con lo establecido en el artículo 103, regla 4.ª, del CC, en la versión vigente en el momento de la separación, el señalamiento de bienes gananciales a cada uno de los cón-

yuges para su administración debe acompañarse de la «obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban». La sentencia recurrida se ajusta a esta regla, porque hasta 1993 los bienes siguieron siendo gananciales y, en consecuencia, lo fueron también sus rendimientos, con independencia de que la administración estuviera atribuida en exclusiva a uno de los cónyuges.

2.º Los artículos que la recurrente señala como infringidos no pueden aplicarse al presente litigio. Así, el artículo 1319.3 del CC se refiere a las inversiones realizadas por uno de los cónyuges para «atender las necesidades ordinarias de la familia», y éste no es el caso, porque lo que se habría invertido, según la recurrente, hubiera redundado en beneficio de un negocio que se explotaba en el local y no en las necesidades de la familia. En segundo lugar, no ha probado que se haya producido el supuesto de hecho del artículo 1364 del CC, de haber aportado bienes privativos para afrontar cargos o gastos que sean de cargo de la sociedad. Y finalmente, tampoco puede aplicarse el 1390 del CC, porque se refiere a actos efectuados por uno de los cónyuges obteniendo un beneficio exclusivo pero que haya ocasionado un daño a la sociedad, todo lo cual no se ha probado.

3.º Finalmente, la recurrente hace supuesto de la cuestión en relación con lo invertido en el local de negocio, porque en las sentencias recaídas en este pleito no se ha considerado probada la inversión, de modo que doña Inés pretende imponer su opinión frente a los hechos declarados probados, porque lo que consta es que en la sociedad no existía ningún pasivo.

UNIONES DE HECHO

No se fija indemnización alguna a favor de la conviviente de hecho dado que no hay prueba alguna acerca de la precariedad económica sobrevenida a ésta tras el cese de la convivencia, ni del desempeño de una actividad laboral antes de iniciar la relación, ni, consecuentemente, de que por razón de ésta haya tenido que abandonar algún trabajo o empleo.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Celestina interpuso demanda de menor cuantía contra don David solicitando que se dictase sentencia por la que «A) Condene al Sr. David a pagar a la Sra. Celestina una pensión de 60.000 pesetas mensuales que deberá abonarse durante los doce meses del año y que se irá actualizando

anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC. 2) Otorgue el uso y disfrute de la vivienda familiar sita en Arenys de Mar a la Sra. Celestina así como el ajuar familiar contenido en la misma, obligando a salir de ella al demandado. 3) Condene en costas a la demandada por su mani-fiesta mala fe en el presente caso».

- ⊙ Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de don David se contestó a la misma, suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación: «... dictar Sentencia desestimando la demanda, absolviendo a mi representado de cuanto se le postu-la, con expresa imposición de las costas a la actora por imperativo legal y por su temeridad».
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de los de Arenys de Mar dictó Sentencia el 31 de mayo de 1999 y estimó parcialmente la demanda adoptando las siguientes medidas: «a) Condenar al Sr. David a pagar a doña Celestina una pensión de 20.000 pesetas mensuales, por desequilibrio económico, que deberán abonarse durante los doce meses del año y que se irá actualizando anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC. b) Se otorga el uso y disfrute de la vivienda familiar sita en Arenys de Mar, a don David. c) Sin expresa imposición en costas debiendo cada parte abonar las suyas».
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 24.^a de la AP de Barcelona dictó Sentencia el 27 de diciembre de 2000 estimando el recurso interpuesto por don David y desestimando en su integridad la demanda.
- ⊙ Doña Celestina interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Doña Celestina dedujo demanda de juicio de me-nor cuantía frente a don David alegando, en sín-tesis, que en el año 1992 comenzó una relación de convivencia *more uxorio* con el demandado que se prolongó durante 7 años, durante los cuales estuvo trabajando, sin contrato ni sueldo alguno, en las fin-cas de éste y en el negocio que también era titulari-dad del demandado, si bien de hecho pertenecía a ambos. De esta forma, trabajando en las fincas de su compañero y con el trabajo en la casa, la demandan-te contribuyó al levantamiento de las cargas famili-a-res, constituyéndose, según la actora, una sociedad del tipo de las universales. Al haberle producido el cese de la convivencia un desequilibrio en relación con la situación económica de su compañero, dis-minuyendo su capacidad para obtener ingresos en el futuro, solicitó le fuera reconocido el derecho a percibir la pensión compensatoria prevista en el artículo 97 del Código Civil –por analogía–, o la prevista en el artículo 23 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña –también por analogía con el matrimonio–, o, en fin, la compensación prevista en el artículo 13 de la Ley 10/1998, de 15 de julio, de la Generalidad de Cataluña. De igual modo, solicitó la atribución del uso y disfrute de la vivienda que fue el domicilio de la pareja. En apoyo de sus pretensiones invocó, además de los precep-tos y disposiciones normativas citadas, la doctrina del enriquecimiento injusto, así como la doctrina de la Audiencia Provincial de Barcelona relativa a

la aplicación analógica a las parejas de hecho de las normas sobre el matrimonio.

El Tribunal de instancia partió de considerar inaplicable al supuesto examinado de la Ley auto-nómica 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja, por razones de vigencia temporal. Asimis-mo, excluyó la aplicación de los artículos 96 y 97 del Código Civil, pues –se razona en el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia de apelación– si las partes decidieron libremente asumir una relación de hecho, sería un contrasentido que, una vez pro-ducida la crisis o ruptura de la convivencia, uno de los convivientes se acordase de la institución matri-monial. En cuanto a los efectos de la ruptura de la convivencia *more uxorio*, el tribunal sentenciador se atuvo a la doctrina jurisprudencial que, con funda-mento en el principio general de la protección del conviviente perjudicado por el cese de la relación, atribuye a éste el uso de la vivienda familiar por un período concreto de tiempo –si bien, se precisa ahora, tal cuestión quedó fuera del ámbito material de la segunda instancia, tras el aquietamiento de la demandante a la desestimación por el Juzgado de la pretensión que tenía ese objeto–. A partir de ahí, y tras precisar que ninguna disposición legal vigente al tiempo de la ruptura de la convivencia permitía amparar la reclamación de la actora, la Audiencia consideró que ninguna de las alegaciones de la de-mandante relativas a su precariedad económica y di-

ficultad para encontrar trabajo estaban debidamente probadas; por el contrario, de lo actuado resultaba que la demandante no sufrió merma en sus ingresos tras el cese de la convivencia, y no se acreditó que antes de dicha unión hubiera efectuado trabajo reenumerado alguno, ni, consecuentemente, que lo hubiese abandonado con motivo de la relación. De todo ello concluyó el tribunal sentenciador que no resultaba acreditado el enriquecimiento indebido del demandado, con el correlativo empobrecimiento de la actora, que habría de justificar las pretensiones de ésta, lo que condujo al rechazo de todas las deducidas en la demanda.

La demandante ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, que se articula a través de un único motivo de impugnación en el que se denuncia la vulneración de la doctrina jurisprudencial conforme a la cual, para establecer las consecuencias económicas del cese de la convivencia *more uxorio*, se debe acudir a los pactos expresos o tácitos entre los miembros de la pareja que patenten su voluntad de constituir un condominio o una sociedad particular o universal. Añade la recurrente a este argumento la concurrencia en el caso considerado de todos los presupuestos que, en aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa, y conforme al principio de protección del conviviente perjudicado por la ruptura de la relación, justifican el reconocimiento de su derecho a percibir una compensación económica, en los términos establecidos en la sentencia de primera instancia.

Previamente a examinar los argumentos que sustentan la denuncia casacional se impone precisar, visto el cauce procesal que se utiliza para plantear el único motivo del recurso, que éste no se rige por las normas de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, sino por las contenidas en el Título XXI del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, de conformidad con lo previsto en la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 1/2000. Consecuentemente, el recurso de casación habrá de fundarse en alguno de los motivos establecidos en el artículo 1692 de la Ley de 1881, sin que pueda invocarse el artículo 477 de la Ley de 2000, que, por ende, contempla en su apartado primero un único motivo de casación, consistente en la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Procede, pues, en beneficio de la parte recurrente, y en aras a dotar de la mayor dimensión a su derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a utilizar los recursos legalmente establecidos, reconducir la denuncia casacional al cauce del ordinal cuarto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, y, con arreglo al mismo, examinar seguidamente su contenido.

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 alega 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 (*damnum 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.

Hay, sin duda, otros argumentos capaces de justificar la procedencia de la compensación económica en los casos de desequilibrio tras el cese de la convivencia al modo marital. Se basan éstos, en unos casos, en el principio general de protección al perjudicado, enraizado en el principio constitucional que proclama la dignidad de la persona —artículo 10.1 de la Constitución—, que sitúa el centro de atención, no en el hecho de si se han efectuado aportaciones económicas o se ha sufrido un empobrecimiento, sino en la circunstancia de que haya habido importantes aumentos patrimoniales durante la convivencia y en la dedicación al trabajo y atención al hogar, dejando al conviviente que la ha prestado al margen de todo beneficio económico. En otros casos, la justificación de la compensación económica viene de la mano de la aplicación al cese de la convivencia *more uxorio* de las reglas previstas en el Código Civil para la fijación de las consecuencias derivadas de la ruptura matrimonial —artículos 97, 98 y 1438— con base en la similitud relativa entre uno y otro caso —y, desde luego, con base en el concepto amplio de familia que ha elaborado el Tribunal Constitucional (STC 222/1992)— que justifica un método de integración que conduce a aplicar a las situaciones de hecho las consecuencias establecidas para la disolución —o nulidad, según el caso— del vínculo matrimonial sin necesidad de sostener la semejanza entre dos instituciones que son distintas —sin necesidad, por lo tanto, de recurrir a sistemas de integración basados en la analogía—, y sin que sea preciso acudir a la figura del enriquecimiento injusto.

Llegado este punto, debe recordarse que son ya once las Comunidades Autónomas las 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 de Cataluña, que ha dictado la Ley 10/1998, de 15 de julio, sobre Uniones Estables de Pareja, la cual deja a la autonomía de la voluntad de los convivientes la regulación de las relaciones patrimoniales derivadas de la convivencia, si bien establece un complejo mínimo de derechos irrenunciables (artículo 3, en relación con los artículos 13 y 14). Dicha Ley, en cualquier caso, no alcanza *ratione tempore* a la unión de hecho formada en su día por los litigantes, disuelta antes de su entrada en vigor, cuestión esta última que es pacífica entre los contendientes.

Se está, pues, en condiciones de dar respuesta al único motivo del presente recurso, que ineludiblemente —ya se anuncia— debe ser desestimado.

La recurrente concentra inicialmente su esfuerzo argumental en sostener que la sentencia recurrida ha vulnerado la doctrina jurisprudencial conforme a la cual se ha de estar a los pactos expresos o tácitos de los convivientes que patenten la voluntad de constituir una comunidad o una sociedad particular o universal. No es ésta, sin embargo, la razón por la cual la Audiencia ha desestimado la pretensión de obtener una compensación económica tras la ruptura de la convivencia. La verdadera *ratio decidendi* se encuentra en la imposibilidad de apreciar, visto el resultado de la prueba de autos, la existencia del desequilibrio patrimonial, y, por ende, del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento que habría de justificar el reconocimiento del derecho cuya efectividad reclama la actora, en la alegada condición de conviviente perjudicado por la ruptura de la relación. Es tajante la sentencia impugnada al afirmar que no hay prueba alguna acerca de la precariedad económica sobrevenida a la demandante tras el cese de la convivencia, ni del desempeño de una actividad laboral antes de iniciar la relación, ni, consecuentemente, de que por razón de ésta haya tenido que abandonar algún trabajo o empleo. Tampoco ha resultado acreditado que tras el fin de la convivencia la actora se hubiese encontrado con dificultades para encontrar empleo; como no se ha probado que haya sufrido una merma en sus ingresos, ni, en fin, deterioro de su situación económica. Falta la prueba, por tanto, de los presupuestos que, en aplicación —como principio inspirador— de la doctrina del enriquecimiento injusto, justifican la compensación por el desequilibrio económico sufrido a resultas del cese de la relación; del mismo modo que, dada esa resultancia probatoria, la pretensión de la recurrente se encuentra injustificada desde la aplicación del principio de la protección del conviviente perjudicado, o desde la

consideración de la procedencia de la compensación con fundamento en la extensión de las consecuencias previstas para la disolución del vínculo matrimonial, pues en todo caso falta el presupuesto que habilita el reconocimiento de tal derecho, cual es la constancia del desequilibrio económico sobrevenido al final de la relación, que aquí, precisamente, se encuentra carente de toda prueba. Y no le es dable a la recurrente, so pena de desvirtuar el objeto, la función y la finalidad propia del recurso de casación, imponer la existencia del perjuicio que ha de justificar la compensación reclamada por encima de las consideraciones de índole fáctica de la sentencia recurrida, en la medida en que éstas resultan de la valoración de la prueba aportada al proceso, la cual no ha sido conveniente, oportuna y eficazmente combatida, ni ha sido desvirtuado su

resultado por medio del estrecho cauce que abre la denuncia del error de derecho en la valoración de la prueba.

La denuncia casacional resulta, por lo tanto, de todo punto infundada, pues, o bien se desentiende la verdadera razón de la decisión combatida, o bien ignora la resultancia probatoria de la sentencia y se erige sobre las propias conclusiones fácticas de la parte recurrente. La resolución impugnada no vulnera, pues, la doctrina jurisprudencial de esta Sala; antes bien, se ajusta plenamente a ella, y con arreglo a sus criterios, y en función del resultado de la valoración de la prueba, ha concluido que resulta improcedente la compensación económica reclamada por la demandante, aquí recurrente. El motivo, por todo ello, decae.

UNIONES DE HECHO

Inexistencia de comunidad de bienes entre los convivientes al no acreditarse la existencia de actos concluyentes para crearla siendo insuficiente el dato de que en una escritura se hiciese contar que estaba casado ni que ella trabajase en la clínica de él, dado que lo hacía bajo el cumplimiento de un contrato de trabajo, siendo relevante que durante la convivencia aquél comprase un inmueble y lo pusiese a nombre exclusivo de aquélla.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 2008

Ponente: Excmo. Sra. doña. Encarnación Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Doña Julia y don Mariano habían constituido una unión de hecho, en una convivencia de aproximadamente veinte años, durante la cual tuvieron dos hijos.
- ⦿ Don Mariano abrió un negocio consistente en una Clínica veterinaria, que constaba exclusivamente a su nombre, en la que había trabajado doña Julia, colaborando en las tareas administrativas y de funcionamiento. En alguna ocasión, don Mariano había hecho constar que estaba sujeto al régimen de gananciales.
- ⦿ Al sobrevenir la crisis, ambas partes firmaron un convenio en que además de lo relativo al mantenimiento, guarda y custodia y visitas del hijo, se declaró lo siguiente: «Quinto: No produciéndose desequilibrio económico entre los convivientes, ambos renuncian expresa y mutuamente a la pensión que pudiera corresponderles. Sexta: La vivienda familiar, dado que estaba en arrendamiento, será abandonada por ambos convivientes».
- ⦿ Doña Julia interpuso demanda de menor cuantía contra don Mariano, solicitando que se dicte sentencia por la que se declare que: «1. Que el contrato o Convenio regulador firmado entre la actora y demandado, con fecha 29 de julio de 1998, es nulo por falta del consentimiento, en cuanto a las

estipulaciones que tengan que ver con las relaciones patrimoniales entre uno y otro otorgantes, manteniéndose la parte restante, aquellas otras estipulaciones que tratan sobre la guarda y custodia, régimen de visitas y sostenimiento del hijo de ambos. 2. Subsidiariamente, para el supuesto impensable se entendiera válido a todos los efectos dicho Contrato, se declare que su clausulado nada establece y por lo tanto en nada empece a los efectos de esta demanda, en la que se pide el reconocimiento de una Comunidad de bienes entre ambas partes. 3. Se declare la existencia de una Comunidad de bienes, entre la actora y el demandado, por sus veinte años de convivencia como familia de hecho, contribuyendo ambos a la formación del patrimonio actualmente existente. 4. Se declare que tal Comunidad de bienes la conforman además de los enseres domésticos que se han repartido aproximadamente al 50% cada uno, el negocio de Clínica Veterinaria denominado “MARQUI”, que comprende además del Local sito en planta baja de la Avda. de Tolosa, 85 de San Sebastián, finca registral núm. 23.754 del Registro de la Propiedad núm. 2 de San Sebastián y de los utensilios, aparatos, mobiliario y productos de alimentación de animales que en él se contienen, su fondo de comercio y los fondos efectivos existentes en Bancos y Cajas, así como cuantos otros bienes y derechos pudieran aparecer, cuyo nacimiento, ampliación o desdoblamiento tenga su existencia y origen desde el momento en que la pareja de hecho han iniciado su vida en común (año 1978) hasta nuestros días. 5. Que a falta de pacto expreso y dada la aportación de medios y esfuerzos semejantes, por ambos comuneros a la creación de dicho patrimonio común, se declare que tal patrimonio les corresponde al 50% a cada uno, compartiendo en esa misma proporción las cargas que pudieran existir. 6. Que, constando la finca 23.754 registralmente a nombre exclusivo del demandado, se debe rectificar tal inscripción en el sentido de que la propiedad es en pro indiviso y al 50% o por mitades iguales en favor del demandado y de la parte actora, cancelándose y/o modificándose en consecuencia la inscripción registral pertinente, y de persistir créditos con garantía hipotecaria, se declare que tales créditos son de la Comunidad de bienes constituida al 50% por actora y demandado, y solidariamente responsabilidad de ambos frente a la Entidad acreedora. 7. Que se condene al demandado a estar y pasar por tales declaraciones».

⊙ Admitida a trámite la demanda fue emplazado el demandado don Mariano y por resolución de 25 de febrero de 1999, se le declaró en rebeldía, dándose por precluido el trámite de contestación a la demanda, y acordar recibir a prueba los presentes autos, practicándose la que propuesta por la actora, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Donostia-San Sebastian dictó Sentencia el 4 de mayo de 1999 estimando la demanda y declarando la existencia de una Comunidad de Bienes entre las partes, conformada por el negocio de Clínica Veterinaria, que comprende además del local y de los utensilios, aparatos, mobiliario y productos de alimentación de animales que en él se contienen, su fondo de comercio y los fondos efectivos existentes en Bancos y Cajas, así como cuantos otros bienes y derechos pudieran aparecer, cuyo nacimiento, ampliación o desdoblamiento tenga su existencia y origen desde el momento en que la pareja de hecho inició su vida en común (año 1978), hasta la fecha de hoy. La titularidad de dicho patrimonio corresponde a ambas partes por mitad, compartiendo en esa misma proporción las cargas que pudieran pesar sobre el mismo. Igualmente se acordó rectificar la inscripción registral de la finca 23.754 del Registro de la Propiedad núm. 2 de San Sebastian, en el sentido de que la propiedad de la misma pertenece pro indiviso, por partes iguales a la actora y al demandado, persistiendo las cargas que puedan gravarla, tanto de carácter personal como real, que deben compartirse en la misma proporción. A los efectos oportunos se librará el correspondiente mandamiento al Registro de la Propiedad. En la sentencia se consideró que se había generado «una comunidad de intereses y trabajo que ha generado ingresos, con los que se han adquirido bienes que figuran exclusivamente a nombre del demandado», lo que lleva a concluir que éste efectuó un ejercicio abusivo de sus derechos y produjo una clara situación de enriquecimiento

injusto. Consideró también que «hay que apreciar la existencia de esos hechos concluyentes, expresivos de la voluntad de constituir una comunidad de bienes por la actora y el demandado, en la que se han venido integrando los bienes adquiridos con los ingresos provenientes del trabajo de ambos». Resultaba innecesario declarar la nulidad del convenio por no contener ninguna estipulación de contenido patrimonial, pero de los argumentos utilizados, entendió la sentencia que se había generado una comunidad de bienes sobre la clínica y la finca y que su titularidad correspondía a ambos convivientes por mitad.

⦿ Don Mariano se personó en autos y solicitó que «se aclare el concepto oscuro o se supla la omisión consistente en no haberse citado, en la sentencia, como compartibles al 50% no sólo las cargas registrales sino las deudas (sean procedentes de la ocupación de la misma vivienda, sean procedentes de reclamaciones laborales de una empleada del negocio, sean procedentes de la intervención quirúrgica relacionada con el corazón practicada en EEUU a mi representado)».

⦿ En grado de apelación la Sec. 3.^a de la AP de Guipuzkoa dictó Sentencia el 28 de septiembre de 2000 estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por Mariano frente a la sentencia dictada el 4 de mayo de 1999 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de los de San Sebastián confirmando dicha resolución con las siguientes precisiones: La participación de la actora en los bienes litigiosos asciende al 37,31% y la del demandado al 62,69%; Al formular el haber que corresponde a la actora se incluirá el valor de la casa de Gallipienzo, y no se hace especial imposición de costas en la primera instancia.

⦿ Tanto don Mariano como doña Julia interpusieron recurso de casación, estimándose únicamente el interpuesto por don Mariano, desestimando el Tribunal Supremo íntegramente la demanda interpuesta por doña Julia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Para una adecuada resolución del recurso, debemos estudiar en primer lugar el presentado por don Mariano.

El primer motivo considera infringida la jurisprudencia que establece la no aplicabilidad como presunción del régimen de gananciales a las consecuencias económicas surgidas de las uniones de hecho, que el Código Civil reserva exclusivamente para el matrimonio. Concretamente, cita como infringidas las Sentencias de 23 de julio de 1998, 4 de marzo de 1997, 18 de febrero de 1993 y 22 de julio de 1993. Dice que cuando se trata de una unión paramatrimonial no se puede considerar aplicable, como presunción, el régimen de los gananciales, porque debe probarse «inequívocamente» que fue la voluntad de los convivientes hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la unión. La prueba producida no evidencia dato alguno que refleje la voluntad de constituir dicha comunidad.

El motivo debe ser estimado

Las sentencias de esta Sala con relación a los problemas que plantea la liquidación de las convivencias de hecho han utilizado diversos criterios,

que deben resumirse aquí a los efectos de la solución del presente recurso.

Previamente, debe recordarse que tanto las sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC 14/1990 y 222/1992), como las de esta Sala (17 de mayo de 1998 y las allí citadas, así como la de 12 de septiembre de 2005) proclaman la diferencia entre la unión de hecho y el matrimonio. La Sentencia de esta Sala de 12 de septiembre de 2005 declara que «la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio –Sentencias del Tribunal Constitucional 184/1990 y la 222/92, por todas–, aunque las dos estén dentro del derecho de familia. Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias. Por ello debe huirse de la aplicación por «analogía *legis*» de normas propias del matrimonio como son los artículos 97, 96 y 98 del CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la

unión que no desea su continuidad». Es cierto que esta última sentencia se pronuncia en un supuesto de reclamación de una cantidad semejante a la de la pensión compensatoria del artículo 97 del CC, pero sus planteamientos generales son coincidentes con sentencias anteriores relacionadas con reclamaciones relativas a la liquidación económica de los bienes adquiridos durante la convivencia, ya sea de forma individual por uno de los convivientes, ya sea en comunidad.

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 septiembre 2005, seguida por la de 22 de febrero de 2006, declara de forma contundente que «las consecuencias económicas del mismo deben ser reguladas en primer lugar por 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 y 26 de enero de 2006). Por ello esta Sala ha entendido que se puede colegir la voluntad de los convivientes de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la convivencia siempre que pueda deducirse una voluntad inequívoca en este sentido. Las Sentencias de 21 de octubre de 1992, 27 de mayo de 1998 y 22 de enero de 2001 admiten que se pueda probar la creación de una comunidad por medio de los *facta concludentia*, que consistirá en la «[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.

En el presente recurso debe concluirse que dicha voluntad no existió. En definitiva los hechos declarados probados en el procedimiento, que esta Sala mantiene, no permiten llegar a concluir que concurriera la voluntad tácita exigida por esta Sala para que pueda considerarse que existió la voluntad de constituir una comunidad entre los convivientes sobre los bienes que constituían el negocio consistente en la Clínica veterinaria que se discute. Ello se deduce de los siguientes elementos:

1.º La sentencia recurrida mezcla hechos probados con otros hechos ocurridos durante el procedimiento. En el Fundamento sexto aprecia que la concurrencia de voluntad se evidencia en los siguientes hechos probados: «Los actos propios del recurrente previos, anteriores y posteriores a la ruptura de la unión de hecho, pues en la escritura de hipoteca otorgada el 27 de diciembre de 1988 se identifica en estado de casado con la actora. Con ocasión de la ruptura de la relación ofreció a la actora financiar el 50% de un piso que se escrituraría a nombre del hijo común y en el curso de la presente apelación ha ofrecido a la actora, para poner fin al procedimiento, la financiación de un piso de 20.000.000 de pesetas. y un contrato laboral en el negocio». Además, se afirma en la sentencia recurrida que la dedicación de la actora al negocio se desprende de declaraciones de testigos, así como «de la documental obrante en los autos» (fotos y contratos de trabajo correspondientes al período 1990 a 1993). Estos hechos probados no pueden llevar a concluir que existió la pretendida voluntad de crear una comunidad, ya que: a) la actora doña Julia había sido contratada por don Mariano y en consecuencia, hay que deducir que su dedicación a la clínica veterinaria era una consecuencia directa del cumplimiento del contrato de trabajo; b) el ofrecimiento de don Mariano, producido durante la tramitación de la apelación, relativo a la financiación de la adquisición de un piso a nombre del hijo común constituye una forma de compensación y de cumplimiento de los pactos relativos a la obligación de alimentos contenidos en el llamado convenio regulador; c) el ofrecimiento de unas cantidades y un contrato laboral efectuado durante el presente procedimiento no puede interpretarse como un hecho concluyente de reconocimiento de la comunidad, sino como una simple oferta de transacción; d) la ausencia de cualquier referencia a la liquidación de los bienes en el denominado convenio regulador es absolutamente lógica porque nunca se adquirió ningún bien en común, y e) durante la convivencia,

el recurrente puso a nombre exclusivo de doña Julia una finca, a la que no se alude en la demanda.

De la valoración de todos estos hechos se debe llegar a la conclusión que no existen los hechos

concluyentes requeridos por la jurisprudencia de esta Sala relativa a la exigencia de voluntad tácita que deba llevar a concluir que se constituyó una comunidad de bienes, por lo que debe rechazarse la demanda.

SUCESIONES

Mediando dispensa de colación, una vez comprobado que la donación no es inoficiosa, ésta ha de ser tratada como cualquier otra donación a extraños.

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

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

⦿ Don Esteban interpuso demanda de menor cuantía contra doña Araceli solicitando que se dictase sentencia por la que: «1. Declarase que la donación pura y simple de la nuda propiedad, de la casa sita en Villarrobledo (Albacete), efectuada por don José Carlos, también conocido como Luis Antonio, y doña Estefanía, a favor de la demandada doña Araceli, es colacionable por mitad en la herencia de cada uno de los citados causantes. 2. Declarase la obligación de doña Araceli, de aportar a la masa hereditaria de la causante doña Estefanía, la mitad del valor que resulte al efectuarse el avalúo de los bienes hereditarios y en el estado en que se encontraba al tiempo de la donación, de la nuda propiedad de la casa donada a la demandada, para el cálculo de la cuota hereditaria que deben percibir tanto el hoy actor don Esteban, como la demandada. 3. Declarase la obligación de doña Araceli, de aportar a la masa hereditaria de la causa doña Estefanía, la mitad del valor que resultare al efectuarse el avalúo de los bienes hereditarios y en el estado en que se encontraba al tiempo de la donación, de la nuda propiedad de la casa donada a la demandada, para el cálculo de la cuota hereditaria que deben percibir tanto el hoy actor don Esteban, como la demandada. 4. Declarase que las cuotas hereditarias tanto del actor como de la demandada, en las sucesiones de don José Carlos, también conocido como Luis Antonio y de doña Estefanía, deben ser de igual importe. 5. Se condenase a la demandada a satisfacer a mi representado, la cantidad computada a metálico, resultante del exceso o diferencia a determinar en ejecución de sentencia, existente entre las cantidades percibidas por la demandada de la masa hereditaria —incluido el valor de la donación colacional como anticipo de su cuota hereditaria— y la cantidad resultante de la cuota hereditaria que le corresponde percibir en la sucesión de don José Carlos, también conocido como Luis Antonio, para con ello completar y compensar el haber hereditario que le corresponde percibir al actor en dicha sucesión. 6. Se condene a la demandada a satisfacer a mi representado, la cantidad computada a metálico, resultante del exceso o diferencia a determinar en ejecución de sentencia, existente entre las cantidades percibidas por la demandada de la masa hereditaria —incluido el valor de la donación colacional como anticipo de su cuota hereditaria— y, la cantidad resultante de la cuota hereditaria que le corresponde percibir, en la sucesión de doña Estefanía, para con ello completar y compensar el haber hereditario que le corresponde percibir al actor en dicha sucesión. 7. Condenándose a doña Araceli en las costas de la litis».

⦿ 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 cual: «a) declarase que la donación pura y simple de la casa sita en Villarrobledo, no es colacionable, inoficiosa ni perjudica legítima alguna. b) Se determinase en ejecución de sentencia la cantidad computada en metálico de las cantidades que al fallecimiento de su madre doña Estefanía quedaron en las cuentas en que era titular ésta, así como la diferencia entre la cantidad entregada por la Compañía Finisterre, SA y los gastos que se ocasionaron por el sepelio, que serán partidas entre los litigantes por igual importe. c) Condenando al demandante a las costas de este juicio».

⦿ El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Torrente (Valencia) dictó Sentencia el 21 de febrero de 2000, estimando parcialmente y declarando que «las cuotas hereditarias tanto del actor como de la demandada en la sucesión de doña Estefanía deben ser por igual importe, determinándose en ejecución de sentencia el importe de dicha cantidad computada en metálico respecto de los bienes existentes en dicha masa hereditaria, desestimándose la demanda respecto de los demás pedimentos, sin imposición de costas».

⦿ En grado de apelación, la Sec. 7.^a de la AP de Valencia dictó Sentencia el 30 de diciembre de 2000 revocando parcialmente la sentencia del Juzgado y acordando: 1. Donación pura y simple de la nuda propiedad de la casa sita en la CALLE000, núm. NÚM000 de la población de Villarrobledo (Albacete), inscrita en el Registro de la Propiedad de la Roda (Albacete), tomo NÚM001, libro NÚM002 de Villarrobledo, folio NÚM003, finca NÚM004, efectuada por don José Carlos (conocido como don Luis Antonio) y doña Estefanía es colacionable por mitad en la herencia de cada uno de los causantes. 2. La obligación de doña Araceli, de aportar a la masa hereditaria del causante por don José Carlos (conocido como don Luis Antonio), la mitad del valor que resulte del avalúo de los bienes hereditarios en el estado en que se encontraban en el momento de la donación (actualizado dicho valor al momento del fallecimiento del causante) de la nuda propiedad de la casa donada a aquélla, para el cálculo de la cuota hereditaria que deben percibir ambos hermanos. 3. La obligación de doña Araceli, de aportar a la masa hereditaria del causante por doña Estefanía, la mitad del valor que resulte del avalúo de los bienes hereditarios en el estado en que se encontraban en el momento de la donación (actualizado dicho valor al momento del fallecimiento del causante) de la nuda propiedad de la casa donada a aquélla, para el cálculo de la cuota hereditaria que deben percibir ambos hermanos. 4. Las cuotas hereditarias de ambos herederos son iguales. 5. Se condena a la demandada, doña Araceli, a satisfacer la cantidad computada en metálico, resultante del exceso o diferencia a determinar en ejecución de sentencia existente entre las cantidades percibidas por la demandada de la masas hereditarias (incluido el valor de la donación colacional como anticipo de su cuota hereditaria), y la cantidad resultante de la cuota hereditaria que le corresponde percibir en la sucesión de don José Carlos (Luis Antonio), para ello completa y compensar el haber hereditario que le corresponde percibir a su hermano don Esteban. 6. Se condena a la demandada, doña Araceli, a satisfacer la cantidad computada en metálico, resultante del exceso o diferencia a determinar en ejecución de sentencia existente entre las cantidades percibidas por la demandada de la masa hereditaria (incluido el valor de la donación colacional como anticipo de su cuota hereditaria), y la cantidad resultante de la cuota hereditaria que le corresponde percibir en la sucesión de doña Estefanía, para ello completa y compensar el haber hereditario que le corresponde percibir a su hermano, don Esteban. En cuanto a la demanda reconvencional, se debe estimar y mantener exclusivamente en el pedimento correspondiente, a la determinación en ejecución de sentencia la cantidad correspondiente en metálico de las tres cuentas de la que era titular la madre, doña Estefanía, en el momento del fallecimiento y la diferencia entre la cantidad entregada por la compañía Finisterre, SA y los gastos que se ocasionaron por el sepelio, dividiéndose por mitad entre ambos herederos (formando dicho pedimento a las operaciones particionales que se deben de realizar). No es procedente realizar especial imposición de costas de primera instancia, ni de esta alzada».

⦿ Doña Araceli interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que condenó a doña Araceli a que pague a su hermano don Esteban el exceso del valor computable de la donación sobre su legítima para pago de la de don Esteban, no siendo colacionable el resto, y en relación a las herencias de sus padres don José Carlos (Luis Antonio) y doña Estefanía.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El motivo primero, al amparo del artículo 1692.4.º de la LEC, acusa a la sentencia recurrida de infracción del artículo 1306 del Código Civil, por inaplicación. La pertinencia y fundamentación del motivo la basa la recurrente (demandada reconviniendo en el procedimiento) en que en la escritura pública de donación de la nuda propiedad de la casa que sus fallecidos padres le hicieron, los mismos hicieron constar su carácter de «intervivos, pura y gratuita, irrevocable y no colacionable». Más adelante, en la propia escritura manifiestan que «no es inoficiosa y no perjudica legítima alguna». Es obvio, dice la recurrente, que quisieron que la casa fuese para ella. En suma, que la donación no es colacionable ni inoficiosa, en contra de lo declarado por la Audiencia.

El motivo se estima porque la sentencia recurrida impone a la recurrente la obligación de traer a colación en las herencias de sus fallecidos padres el valor de la donación actualizado (no se ha combatido casacionalmente este extremo de la actualización y sus parámetros), y de la imputación a su cuota hereditaria de lo recibido como donación. La Audiencia yerra en cuanto que en la escritura pública de donación se declara a la misma no colacionable de un modo expreso. Ciertamente que ha de ser computada en el activo hereditario junto a los bienes de dejados por los causantes para hallar el valor de las legítimas y deducir de ello si son oficiosas o no, en cumplimiento del artículo 818 del Código Civil, pero mediando dispensa de colación, una vez comprobado que la donación no es inoficiosa, la misma ha de ser tratada como cualquier otra donación a extraños (artículo 819 del Código Civil), ya que no hay entonces que dar cumplimiento al artículo 1035 del Código Civil. Es doctrina de esta Sala la de que la dispensa de colación no significa que se haya de prescindir de ella en el inventario para imputarla donde corresponda, para saber si el causante se ha extralimitado en sus facultades (Sentencias de 4 de mayo de 1899, 16 de julio de 1902, 21 de abril de 1990 y 21 de abril de 1997).

Si la donación fuese inoficiosa, no por ello pierde eficacia la dispensa de colación. El artículo 1036 lo que ordena, en consonancia con el carác-

ter imperativo de las normas sobre las legítimas, es que se reduzca la donación, no que toda ella sea colacionable. Salvaguardada la legítima de otros herederos forzosos, y si quedare algún resto, sobre él ha de recaer la dispensa de colación porque nada hay ya que proteger imperativamente. Por tanto, si hubiese inoficiosa y dispensa de colación, el donatario ha de ver reducida la donación solamente en la medida necesaria para el pago de las legítimas lesionadas.

El que el donante haya declarado no inoficiosa a la que hace con dispensa de colación no impide en absoluto la aplicación de las normas protectoras de la legítima por su carácter imperativo, entre ellas las de reducción de donaciones (artículo 636 del Código Civil).

El motivo segundo, al amparo del artículo 1692.4.º de la LEC, acusa infracción del artículo 1253 del Código Civil por inaplicación. Se fundamenta la queja casacional en que la Audiencia no ha presumido, del hecho probado de que todas las fincas rústicas fueron vendidas por sus padres antes de sus fallecimientos, que el producto de tales ventas se entregó al hermano de la recurrente, pese a la pública notoriedad de dicha entrega ante testigos, lo que a su vez enlaza con la manifestación de los donantes en la escritura de donación de que la misma no era inoficiosa ni perjudicaba la legítima de nadie.

El motivo se desestima porque es obvio que trata de que esta Sala revise todo el material probatorio aplicando al efecto nada más que una presunción, y en los términos que interesan a la recurrente, presunción de la que no ha hecho uso la sentencia recurrida, que ha llegado a su convencimiento de que el recurrido no recibió el dinero por la valoración de pruebas directas (documentales, testificales y de confesión judicial). Si la recurrente entiende que de la conclusión obtenida no es correcta jurídicamente, ha de citar los artículos atinentes a esa labor que han sido infringidos, argumentando su pertinencia, o que es irracional, arbitraria, completamente ilógica, o que incurre en objetivos errores de hecho (Sentencia de 5 de diciembre de 2007). Todo ello no se puede sustituir cómodamente por la aplicación por esta Sala de una prueba indirecta como es la de la presun-

ción, pues el recurso de casación no es una tercera instancia del pleito, pudiéndose en él valorar nuevamente el material probatorio (Sentencias de 14 de noviembre de 2001, 23 de noviembre y 20 de diciembre de 2002).

La estimación del motivo primero del recurso obliga a casar y anular parcialmente la sentencia recurrida en lo que contradiga las razones por las que

se estimó. En este sentido la anulación alcanza a los puntos 5 y 6 del fallo. En consecuencia, la demandada y recurrente doña Araceli deberá pagar a su hermano don Esteban el exceso del valor computable de la donación sobre su legítima para pago de la de don Esteban, no siendo colacionable el resto, y ello tanto en cuanto a la herencia de su padre don José Carlos (Luis Antonio), como a la de su madre doña Estefanía. El resto de la sentencia se confirma.

SUCESIONES

Rescisión de la donación de un inmueble efectuada por los padres a favor de los hijos por haberse burlado con la celebración de tal negocio las legítimas expectativas de cobro por parte de una entidad bancaria de la deuda pendiente con los donantes dimanante de la suscripción de póliza de contrato de crédito.

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

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Banco Español de Crédito interpuso demanda de menor cuantía contra don Sergio, doña Ana María y sus padres, don Alfonso y doña Gema, sobre rescisión de donación por fraude de acreedores, solicitando que se dictase sentencia por la que «se declare la rescisión de la escritura de donación sobre la finca ... y en consecuencia de tal declaración condenar a los demandados a estar y pasar por la misma, ordenando lo procedente en ejecución de Sentencia, para la efectiva rescisión de la escritura y la expedición de los mandamientos necesarios para la cancelación de las Inscripciones Registrales practicadas en virtud de dicha escritura de donación a favor de don Alfonso, y doña Gema, y que han quedado transcritas en el cuerpo de esta demanda, todo ello con expresa condena en costas a los demandados».
- ⊙ Admitida a trámite la demanda, los esposos codemandados, don Sergio y doña Ana María, contestaron alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimaron oportunos y terminaron suplicando al Juzgado: «dictar sentencia desestimando por completo la demanda y absolviendo de la misma a mi representado, con imposición al demandante de todas las costas causadas». Los codeemandados don Alfonso y doña Gema fueron declarados en situación de rebeldía por resolución de fecha 2 de mayo de 1998.
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Santa Cruz de la Palma dictó Sentencia el 19 de octubre de 1998 estimando la demanda.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP de Santa Cruz de Tenerife dictó Sentencia el 7 de octubre de 2000 desestimando el recurso interpuesto por los demandados.
- ⊙ Don Sergio interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Pretendió la entidad actora en los presentes autos la rescisión de la donación del inmueble reseñado en el hecho segundo de la demanda, efectuada en fecha 20 de junio de 1996, por los esposos codemandados, don Sergio y doña Ana María, a favor de sus hijos, don Alfonso y doña Gema, también demandados en autos. Justificaba la actora su pretensión en el hecho de haberse burlado con la celebración de tal negocio sus legítimas expectativas de cobro de la deuda pendiente con los esposos reseñados, dimanante de la suscripción, en fecha 10 de junio de 1996, de póliza de contrato de crédito por una cuantía límite de 10.000.000 de pesetas y con vencimiento un año después, el 10 de junio de 1997, cuyo impago dio lugar a los autos de juicio ejecutivo seguidos con el núm. 230/1997 ante el mismo Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Santa Cruz de la Palma.

En primera instancia reconoció el Juzgado el carácter fraudulento de la donación efectuada, en virtud de la presunción *iuris et de iure* que al respecto establece el artículo 1297 del Código Civil respecto de los actos de disposición patrimonial efectuados a título gratuito, en el entendimiento que no se habían reservado los donantes bienes suficientes para hacer pago a sus acreedores, considerando cumplido también el presupuesto relativo a la subsidiariedad de la acción.

La Audiencia consideró igualmente el carácter *iuris et de iure* de la presunción legal de acto fraudulento contenida en los artículos 1297 y 643 del Código Civil respecto de los negocios de disposición a título gratuito, y, sobre el requisito relativo a la subsidiariedad de la acción, sobre el que incidieron los apelantes, concluyó que «la insuficiencia patrimonial de los deudores en el caso de autos es manifiesta, sin que sea óbice para ello el que existan recursos económicos procedentes del salario de los deudores y que están ya siendo destinados a realizar pagos parciales y a cuenta de otros créditos vencidos y exigibles y sobre los que ha recaído resolución judicial condenatoria, pues ello no empece la clara situación de insuficiencia patrimonial de los deudores para atender el crédito no satisfecho a la entidad actora en los presentes, ante las cargas y gravámenes que pesan sobre los bienes y derechos de los que éstos son titulares».

Los dos primeros motivos del recurso de casación se ordenan a combatir la apreciación de la Sala *a quo* sobre la insuficiencia patrimonial de los deudores y, con ello, la concurrencia en el caso de autos del requisito relativo a la subsidiariedad de la acción rescisoria ejercitada, y el último aborda la problemática relativa a la existencia del *consilium fraudis*.

Denuncia el recurrente en el primer motivo del recurso la infracción del artículo 1218, inciso prime-

ro, del Código Civil y jurisprudencia de aplicación, así como la de los artículos 9.3, 14 y 24 de la Constitución Española. Atribuye a la Sala *a quo* error en la valoración de la prueba documental incorporada a los autos en el curso de la tramitación del recurso de apelación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 707 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, consistente en certificación de fecha 4 de enero de 2000, expedida por el Sr. Secretario del Juzgado de Primera Instancia que tramitó el ejecutivo de referencia, acreditativa, a su juicio, de que en tales autos, seguidos por el Banco Español de Crédito contra don Sergio y doña Ana María, al haberse embargado el salario de la ejecutada, se estaba reintegrando periódicamente el importe adeudado a la acreedora, por lo que, concluye el recurrente, ni puede hablarse de situación de «insuficiencia patrimonial de los deudores», como hace la Audiencia, ni concurre en definitiva el necesario presupuesto de la subsidiariedad de la acción. La errónea conclusión de la Sala *a quo* deriva, a juicio del recurrente, de haber considerado, desde la documental referida, que los importes embargados en el ejecutivo «están siendo destinados a realizar pagos parciales y a cuenta de otros créditos vencidos y exigibles y sobre los que ha recaído resolución judicial condenatoria».

Sobre la acción rescisoria ejercitada en estos autos, ha venido esta Sala señalando, entre otras, en Sentencia de 25 de noviembre de 2005, que cita la anterior de 31 de diciembre de 2002, que «la nota más característica de la acción rescisoria es su subsidiariedad entendida como remedio para el acreedor cuando se carezca de otro cauce para la satisfacción de su crédito, lo que denota, como presupuesto fáctico necesario, la concurrencia de una situación de insolvencia en el deudor, la que, atendiendo a la consolidada doctrina jurisprudencial al respecto, no tiene que ser absoluta, sino que es suficiente la existencia de una notable disminución patrimonial que impide al acreedor percibir su crédito o que el reintegro del mismo le sea sumamente dificultoso. Junto a semejante presupuesto, coexiste otro correlativo, el referente a que la desaparición o minoración patrimonial es el consecuente resultado de una operación transmisiva de bienes por el deudor a favor de terceros, presupuesto éste al que se enlaza, por último, un determinado propósito que viene a determinar el llamado *consilium fraudis*, entendido, de manera amplia, como conciencia en el deudor del perjuicio que el empobrecimiento real o fingido causa al acreedor, e interpretado, por la Sentencia de 6 de abril de 1992, como actividad intencionada y directamente dolosa o bien como simple conciencia de causarlo, llegando a alcanzar cotas de cuasi-objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación (STS de 31 de diciembre de 1998)».

Sobre el carácter subsidiario de la acción se ha pronunciado, entre otras muchas, la Sentencia de 30 de enero de 2004, señalando que «la acción rescisoria en fraude de acreedores –revocatoria o pauliana– tiene carácter subsidiario, de conformidad con lo establecido en los artículos IIII –“después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe”–, 1291.3.º –“cuando éstos [los acreedores] no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba”– y 1294 –“la acción de rescisión es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio”–, todos ellos del Código Civil». La Jurisprudencia, prosigue la Sentencia reseñada, «ha examinado la doble faceta de carencia de bienes y de otro medio legal para obtener la reparación del perjuicio económico, configurándola en torno a la imposibilidad de obtener la satisfacción del crédito (S de 28 de junio de 2002) –imposibilidad, real y efectiva, de cobrar, como señalan las Sentencias de 5 de noviembre de 1995 y 19 de junio de 2001–. Sin embargo, la propia doctrina jurisprudencial ha flexibilizado la aplicación de la exigencia declarando que no es preciso una persecución real de todos y cada uno de los bienes con resultado infructuoso (SS de 17 de julio de 2000 y 17 de julio de 2002), ni obtener en un juicio previo la declaración de insolvencia (SS de 29 de marzo de 2001, 2 de abril de 2002), como tampoco es preciso que el deudor se coloque en situación de insolvencia total, ya que basta que los bienes no sean suficientes para satisfacer a sus acreedores (SS de 31 de octubre de 1994, 20 de febrero y 19 de septiembre de 2001, 27 de junio de 2002), por haberse disminuido las posibilidades económicas efectivas (S de 9 de mayo de 2001) o producido una notable disminución patrimonial que impide al acreedor percibir su crédito o que el reintegro del mismo le sea sumamente dificultoso (SS de 31 de diciembre de 1998, 23 de septiembre de 2002)».

Sentado cuanto antecede, conviene recordar, por último, el marcado carácter fáctico de las apreciaciones sobre las que haya de derivarse la conclusión acerca de la insolvencia, al igual que ocurre en relación con la presencia o ausencia de fraude. A este respecto tiene esta Sala declarado que se trata de cuestiones de hecho y como tales apreciables por el Tribunal de instancia, de cuyo criterio no se puede desviar el Tribunal de casación, a menos que se impugnen aquellos hechos con éxito a través del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (entre otras, SSTs de 28 de octubre y 14 de diciembre de 1993, 28 de junio de 1994, 14 de diciembre de 1996, 14 de abril de 1998, 16 de julio de 1999, 27 de abril de 2000, 31 de diciembre de 2002 y 25 de noviembre de 2005).

Pues bien, con independencia de la dicción literal empleada en la resolución recurrida en el Fundamento Jurídico que se combate en este motivo

y que arriba quedó transcrito (ciertamente parece entender la Sala *a quo* que la cantidad embargada se está aplicando a la satisfacción de otros créditos diferentes al ahora esgrimido por la actora), procede ratificar en casación la conclusión de la Audiencia sobre la concurrencia en autos del requisito de la subsidiariedad de la acción rescisoria ejercitada, previa confirmación de la premisa, eminentemente fáctica, relativa a la insuficiencia patrimonial de los deudores, que quedó sentada con carácter expreso en la Sentencia del Juzgado, cuyos fundamentos fueron ratificados después por la de apelación. Por lo demás, en la certificación en que se ampara el recurrente para sostener la tesis contraria se hizo constar que, a fecha 4 de enero de 2000, en los autos del ejecutivo reseñado, «se ha acordado la retención y embargo de la cantidad mensual de ciento seis mil trescientas veintidós pesetas (106.322), con cargo al sueldo mensual que percibe la demandada doña Ana María, hasta cubrir las responsabilidades reclamadas en este procedimiento y que son: diecisiete millones doscientas cincuenta y cuatro mil cuatrocientas treinta y dos pesetas (17.254.432), de las que once millones doscientas cincuenta y cuatro mil cuatrocientas treinta y dos pesetas (11.254.432) corresponden a principal y seis millones (6.000.000) a costas. Hasta el día de la fecha le han sido retenidas seiscientos treinta y siete mil novecientos treinta y dos pesetas (639.932)». No cabe duda, que la situación económica que trasluce tal certificación, si no de insolvencia total, sí es indicativa de una disminución real, efectiva y notable de la solvencia económica de los ejecutados, de igual forma que comporta y augura dificultades o, cuando menos, excesiva dilación temporal, al objeto de lograr el acreedor el íntegro reintegro de lo debido, todo lo cual permite la subsunción del supuesto de autos en el concepto amplio de subsidiariedad arriba expuesto.

Expuesto lo anterior, ninguna virtualidad práctica cabe predicar de la cita que se efectúa en este motivo, como infringido, del artículo 1218, inciso primero, del Código Civil, sobre la prueba de documentos públicos, respecto de la cual la jurisprudencia ha reiterado que no goza de prevalencia sobre los demás medios probatorios. Y es que lo que la parte recurrente pretende, en el desarrollo argumental de este motivo, no es demostrar un error del tribunal sentenciador resultante del contenido del propio documento sino interpretar éste en un sentido muy distinto del atribuido al mismo documento por dicho tribunal, de suerte que el motivo no respeta el muy estricto ámbito casacional asignado por la jurisprudencia al artículo 1218 del CC (SSTs entre otras muchas).

El motivo, por todo lo hasta ahora expuesto, no puede prosperar, tampoco, obvio es, en cuanto a la cita efectuada por el recurrente, como infringidos, de los artículos 9.3, 14 y 24 de la Constitución Española, por cuanto el principio de interdicción de

la arbitrariedad de los poderes públicos que aquí invoca no puede amparar en modo alguno meras discrepancias de los litigantes con la valoración probatoria efectuada por los órganos de instancia.

En el segundo motivo del recurso se denuncia la infracción del artículo 1253 del Código Civil, sobre prueba de presunciones. Predica el recurrente esta infracción, en el marco de la resolución recurrida, del mismo argumento que combate en el motivo primero, el relativo a la insuficiencia patrimonial de los deudores.

La denuncia casacional cursada en este motivo tampoco puede tener favorable acogida en la medida en que, para alcanzar tal conclusión y entender la Audiencia concurrente el presupuesto relativo a la subsidiariedad de la acción, anteriormente examinado, no acudió a la prueba de presunciones, siendo doctrina reiterada de esta Sala que el artículo 1253 del Código Civil faculta o autoriza, mas no obliga, a utilizar la prueba de presunciones, por lo que cuando el juzgador de instancia no hace uso de este medio probatorio para fundamentar su fallo, no se infringe dicho precepto (Sentencias de 4 de diciembre de 2006, 29 de mayo y 19 de diciembre de 2007, entre otras muchas). Por lo demás, subyace a todo el motivo el intento del recurrente de sobreponer en esta sede su particular e interesada apreciación probatoria, incidiendo así, de plano, en el vicio casacional de la petición de principio o hacer supuesto de la cuestión, lo que está vedado, atendida la naturaleza extraordinaria de este recurso y su finalidad.

En el último motivo del recurso denuncia el recurrente la infracción de los artículos 1214 (sobre la carga de la prueba), 1250, 1251, párrafo primero (ambos sobre la prueba de presunciones), y 1277 (sobre

la causa de los contratos), en relación con el párrafo primero del artículo 1297 y párrafo segundo del artículo 643 (ambos específicos sobre la acción rescisoria ejercitada), todos ellos del Código Civil. La palmaria heterogeneidad de los preceptos citados conduce, *ab initio*, a proclamar el motivo improspectable, por no atenerse tal enunciado a las exigencias de claridad y precisión del artículo 1707 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como reiteradamente viene señalando esta Sala, en Sentencias, entre otras, de 3 de febrero de 2005, 9 de mayo de 2006, 20 de septiembre y 29 de noviembre de 2007.

Ocurre además que ninguna de las concretas infracciones normativas que en el motivo se denuncian como cometidas por la resolución recurrida puede tampoco, en cuanto al fondo, prosperar. Así, concurre en el presente caso el carácter fraudulento del negocio dispositivo celebrado por cuanto se trata de una donación, la cual se presume fraudulenta, sin que obste a tal consideración si la presunción sentada en los preceptos específicos que se estiman por el recurrente vulnerados (artículos 1297, párrafo primero y 643, párrafo segundo, ambos del Código Civil) es *iuris tantum* (SS de 7 de marzo, 11 de abril y 11 de octubre de 2001) o *iuris et de iure* (SS de 18 de enero de 1991, 16 de febrero de 1993, 19 de septiembre de 2001 y 22 de abril de 2003), en la medida en que no se ha combatido en legal forma, con denuncia de error de derecho en la valoración de la prueba, por infracción de regla legal tasada, la premisa, igualmente fáctica, de no haberse reservado los donantes, al tiempo de efectuar la donación, bienes suficientes para afrontar las deudas pendientes.

Este motivo, por tanto, también ha de ser rechazado.

SUCESIONES

La doctrina jurisprudencial ha flexibilizado la aplicación de la exigencia de la subsidiariedad del ejercicio de la acción rescisoria declarando que no es preciso una persecución real de todos y cada uno de los bienes con resultado infructuoso, ni que el deudor se coloque en situación de insolvencia total, ya que basta que los bienes no sean suficientes para satisfacer a sus acreedores por haberse disminuido las posibilidades económicas efectivas o producido una notable disminución patrimonial que impide al acreedor percibir su crédito o que su reintegro le sea sumamente dificultoso.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ El Banco de Andalucía presentó demanda de menor cuantía contra doña Natalia, don Lorenzo, doña Margarita, doña Silvia, don Ricardo, don Javier y doña María Rosario, los menores don Luis

Antonio y doña Remedios, representados por sus padres don Lorenzo y doña Aurora; don Julián y don Roberto, representados por sus padres, don Juan María y doña Silvia, y la también menor doña Flora, representada por sus padres don Javier y doña María Milagros, sobre acción pauliana, solicitando que se dicte sentencia que contenga los siguientes pronunciamientos: «1.º Declare revocada, y, por tanto, rescindida la donación que efectuaron doña Natalia y don Lorenzo, doña Margarita, doña Silvia, don Ricardo, don Javier y doña María Rosario, a favor de los menores don Luis Antonio y doña Remedios, don Juan María y don Roberto, y doña Flora, mediante la escritura que autorizó el Notario de Cádiz don Juan Pedro Montes Agustí, el día 22 de mayo de 1995, de la parcela y chalé en la misma edificado, que constituye la finca registral núm. NÚMooo del Registro de la Propiedad núm. 1 de El Puerto de Santa María. 2.º Como consecuencia del anterior pronunciamiento, declare, asimismo: a) Que el inmueble aludido se reintegra al patrimonio de los donantes según la propiedad que ostentaban antes de la donación cuyo título lo constituye la escritura de liquidación de ganancias y partición de la herencia de don Lázaro que autorizó el Notario de Cádiz don Federico Linares Castrillón el día 12 de abril de 1994 al núm. 1.438 de su protocolo. b) Que quedando rescindida la donación, y reintegrándose el dominio a los donantes, mande cancelar los asientos registrales contradictorios, a costa de los demandados. c) Que, reintegrado el inmueble al patrimonio de los demandados que en su día fueron donantes, queda el tan repetido inmueble a responder de los créditos de mi mandante frente a aquéllos. 3.º De forma subsidiaria, y para el supuesto de que la revocación solicitada resultara imposible o ineficaz, se condene a los donatarios demandados a indemnizar a mi mandante en la suma de 51.750.666 pesetas, importe de los principales de los procedimientos que han sido considerados para determinar la cuantía de esta demanda, minorada en los justos y legítimos pagos que a cuenta de tales principales se hayan podido producir, lo que, en su caso, se determinaría en fase de ejecución de sentencia. 4.º Condene a los demandados a estar y pasar por todos los anteriores pronunciamientos, así como al pago de las costas procesales».

- ⊙ Admitida a trámite la demanda, no compareció ningún codemandado dentro del plazo concedido para contestar a la demanda, por lo que fueron declarados en rebeldía por Providencia de fecha 1 de julio de 1997, compareciendo después en autos don Lorenzo, a quien se le tuvo por personado y parte por Providencia de 8 de julio de 1997, devolviéndosele, no obstante, el escrito de contestación a la demanda presentado, por extemporáneo.
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Cádiz dictó Sentencia el 24 de diciembre de 1998 estimando la demanda.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 4.ª de la AP de Cádiz dictó Sentencia el 2 de diciembre de 2000 desestimando el recurso interpuesto por los codemandados.
- ⊙ Don Lorenzo y don Ricardo presentaron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En la demanda que dio origen a la presente litis, ejercitó la entidad actora acción revocatoria o pauliana de la donación efectuada en fecha 22 de mayo de 1995 por doña Natalia y sus seis hijos, don Lorenzo, doña Margarita, doña Silvia, don Ricardo, don Javier y doña María Rosario, a favor de los menores don Luis Antonio y doña Remedios,

don Juan María y don Roberto y doña Flora, todos ellos, donantes y donatarios, codemandados en este procedimiento, en relación con la finca sita en El Puerto de Santa María que se describía en la demanda, adquirida por los donantes como consecuencia de las operaciones sucesorias de don Lázaro, fallecido, en estado de casado con doña Natalia,

el 17 de abril de 1993. Enunciaba la actora en su demanda las posiciones deudoras de los donantes al efectuar la donación concluyendo que a tal fecha «tenían vencidos créditos por más de cinco millones de pesetas, asumidos compromisos de pago por muy elevados importes, y deudas contraídas por la sociedad de gananciales de doña Natalia y su difunto esposo», reseñando además las deudas familiares contraídas a tal fecha con otras entidades crediticias. Acreditaba además la actora haber trabado embargo, en los procedimientos ejecutivos por ella incoados, sobre los bienes que se reseñaban en el cuaderno particional del causante, a excepción del inmueble donado ahora litigioso que no se pudo embargar por haber sido previamente transmitido.

En el motivo se denuncia la infracción por vulneración de los artículos 1211 y 1291 del Código Civil, que determina que el ejercicio de la acción que prescribe los citados artículos es de carácter subsidiario. Con carácter previo ha de reseñarse que, desde tal enunciado y vista la argumentación vertida en el desarrollo del motivo, la referencia de preceptos infringidos, como así asume la propia recurrida, habrá de entenderse hecha al artículo 1111, y no al 1211, del Código Civil, salvando así lo que no constituye más que un error de transcripción. Combaten los recurrentes en el presente motivo, pese a que en el enunciado que lo encabeza sólo refieren el presupuesto de la subsidiariedad de la acción ejercitada, la apreciación en ambas instancias de la concurrencia de los distintos requisitos exigidos para la prosperabilidad de la referida acción revocatoria.

Comienzan su argumentación los recurrentes con un relato de hechos probados que dista en algunos aspectos del tomado en consideración en las instancias. Así, vuelven a incidir nuevamente en la voluntad primigenia del causante de ceder a sus nietos el chalé cuya donación ahora se pretende revocar y en la tenencia de bienes suficientes, a la luz de las valoraciones actualizadas de los inmuebles aportadas en la segunda instancia, para cubrir la deuda pendiente, que cifraban en poco más de cinco millones de pesetas. Con tal planteamiento inciden los recurrentes en el vicio casacional de la «petición de principio» o «supuesto de la cuestión», que consiste en partir de un supuesto fáctico contrario al proclamado por la sentencia recurrida, o, lo que es lo mismo, no respetar los hechos probados y las determinaciones de carácter eminentemente fáctico que pertenecen al ámbito sentenciador de la instancia o, también, soslayar los hechos probados para, a partir de una construcción propia y unilateral, extraer consecuencias jurídicas en oposición a lo resuelto de conformidad con aquéllos, todo ello sin haber desvirtuado previamente la base

fáctica de la sentencia recurrida por la vía casacional adecuada, la denuncia de error de derecho en la valoración de prueba, con cita de norma valorativa que contenga regla legal tasada que se considere infringida y con exposición de la nueva resultancia probatoria. A este respecto no puede olvidarse que la Sentencia recurrida, que ratifica y reproduce las conclusiones valorativas del Juzgado, concluye que no hay acreditación en autos de que la donación fuese voluntad del abuelo causante, de igual forma que rechaza el valor probatorio de los informes aportados en la alzada por los apelantes sobre las valoraciones de inmuebles propiedad de la familia, y presupone, por remisión nuevamente a la fundamentación jurídica de la Sentencia de Primera Instancia, que el crédito pendiente a favor de la actora ascendía a más de 87 millones de pesetas.

Por lo demás, no cabe ahora sino ratificar los argumentos vertidos en la instancia a la hora de apreciar la concurrencia del resto de requisitos precisos para la prosperabilidad de la acción revocatoria o pauliana ejercitada, a saber, el carácter fraudulento de la enajenación y la existencia de perjuicio al acreedor —*eventus damni*— por la falta de solvencia de los deudores y carencia de otro recurso legal para hacer efectivo el crédito. Sobre esta acción ha sentado la jurisprudencia, entre otras, en Sentencia de 25 de noviembre de 2005, que cita la anterior de 31 de diciembre de 2002, que «la nota más característica de la acción rescisoria es su subsidiariedad entendida como remedio para el acreedor cuando se carezca de otro cauce para la satisfacción de su crédito, lo que denota, como presupuesto fáctico necesario, la concurrencia de una situación de insolvencia en el deudor, la que, atendiendo a la consolidada doctrina jurisprudencial al respecto, no tiene que ser absoluta, sino que es suficiente la existencia de una notable disminución patrimonial que impide al acreedor percibir su crédito o que el reintegro del mismo le sea sumamente dificultoso. Junto a semejante presupuesto, coexiste otro correlativo, el referente a que la desaparición o minución patrimonial es el consecuente resultado de una operación transmisiva de bienes por el deudor a favor de terceros, presupuesto este al que se enlaza, por último, un determinado propósito que viene a determinar el llamado *consilium fraudis*, entendido, de manera amplia, como conciencia en el deudor del perjuicio que el empobrecimiento real o fingido causa al acreedor, e interpretado, por la Sentencia de 6 de abril de 1992, como actividad intencionada y directamente dolosa o bien como simple conciencia de causarlo, llegando a alcanzar cotas de cuasi-objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación» (STS de 31 de diciembre de 1998).

Pues bien, en el presente caso, por tratarse el acto dispositivo de los deudores de una donación, la misma –como se sentó en las instancias– se presume fraudulenta de conformidad con lo establecido en los artículos 643, párrafo segundo: «se presumirá siempre hecha la donación en fraude de acreedores, cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella», y 1297, párrafo primero: «se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito», ambos del Código Civil, sin que obste a tal consideración si la presunción es *iuris tantum* (SS de 7 de marzo, 11 de abril y 11 de octubre de 2001), o *iuris et de iure* (SS de 18 de enero de 1991, 16 de febrero de 1993, 19 de septiembre de 2001 y 22 de abril de 2003), porque, como quedó dicho con anterioridad, no hay prueba alguna en contrario en los autos sobre la pretendida voluntad del fallecido de donar el chalé litigioso a sus nietos, como así justificó el Juzgado en primera instancia, con argumentos después ratificados en apelación.

Y, por último, en lo que atañe al requisito relativo a la subsidiariedad de la acción, ha sentado esta Sala, entre otras muchas, en la Sentencia de 30 de enero de 2004, que «la acción rescisoria en fraude de acreedores –revocatoria o pauliana– tiene carácter subsidiario, de conformidad con lo establecido en los artículos IIII –“después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe”–, 1291.3.º –“cuando éstos [los acreedores] no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba”– y 1294 –“la acción de rescisión es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio”–, todos ellos del Código Civil». La Jurisprudencia, prosigue la Sentencia reseñada, «ha examinado la doble faceta de carencia de bienes y de otro medio legal para obtener la reparación del perjuicio económico, configurándola en torno a la imposibilidad de obtener la satisfacción del crédito (S de 28 de junio de 2002), –imposibilidad, real y efectiva, de cobrar, como señalan las Sentencias de 5 de noviembre de 1995 y 19 de

junio de 2001–. Sin embargo, la propia doctrina jurisprudencial ha flexibilizado la aplicación de la exigencia declarando que no es preciso una persecución real de todos y cada uno de los bienes con resultado infructuoso (SS de 17 de julio de 2000 y 17 de julio de 2002), ni obtener en un juicio previo la declaración de insolvencia (SS de 29 de marzo de 2001, 2 de abril de 2002), como tampoco es preciso que el deudor se coloque en situación de insolvencia total, ya que basta que los bienes no sean suficientes para satisfacer a sus acreedores (SS de 31 de octubre de 1994, 20 de febrero y 19 de septiembre de 2001, 27 de junio de 2002), por haberse disminuido las posibilidades económicas efectivas (S de 9 de mayo de 2001) o producido una notable disminución patrimonial que impide al acreedor percibir su crédito o que el reintegro del mismo le sea sumamente dificultoso (SS de 31 de diciembre de 1998, 23 de septiembre de 2002). Desde lo expuesto, no puede obviarse el marcado carácter fáctico de las apreciaciones sobre las que haya de derivarse la conclusión acerca de la insolvencia, habiendo declarado esta Sala que se trata de cuestiones de hecho y como tales apreciables por el Tribunal de instancia, de cuyo criterio no se puede desviar el Tribunal de casación, a menos que se impugnen aquellos hechos con éxito a través del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (entre otras, SSTs de 28 de octubre y 14 de diciembre de 1993, 28 de junio de 1994, 14 de diciembre de 1996, 14 de abril de 1998, 16 de julio de 1999, 27 de abril de 2000, 31 de diciembre de 2002 y 25 de noviembre de 2005). En el presente caso, los recurrentes no han combatido en legal forma los hechos acreditados en autos que exponía el Juzgado en su Sentencia, a saber, «a) que la entidad bancaria actora ha ejecutado sus créditos y ha trabado embargo sobre los bienes conocidos de los deudores, en intento diligente de saldar sus créditos por vía distinta a la ahora actuada; b) que los citados bienes conocidos están gravados con cargas preferentes que disminuyen su valor en ejecución hasta hacerlo inexistente». Al no haberlo hecho así los recurrentes, la denuncia casacional cursada en torno al carácter subsidiario de la acción pauliana ejercitada tampoco puede prosperar.

PATRIA POTESTAD

Se acuerda suspender al padre de la patria potestad con relación a la menor, que no su privación, y por tanto quedará sometida al régimen de patria potestad de quien siempre la atendió y cuidó en todos los aspectos de su vida como es su madre, sin interferencia de quien no se preocupó por ella durante un más que prolongado y significativo período de tiempo.

AP A CORUÑA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Luis Seoane Spiegelberg

El objeto del presente litigio sometido a consideración judicial en la alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto, radica en la demanda de privación de patria potestad, que es formulada por la actora doña Mari Luz contra el demandado don Simón fundado en el incumplimiento grave y reiterado de los deberes inherentes a la patria potestad con relación a la hija de los litigantes Carmela, que cuenta en la actualidad con 8 años de edad. En la Sentencia de divorcio de 16 de junio de 2003, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de esta población, se aprobó el convenio regulador, que reprodujo el ya suscrito previamente en el procedimiento de separación, fijándose que la madre mantendría la patria potestad ordinaria y ambos la extraordinaria, al tiempo que se fijaba el régimen de comunicación del padre con su hija y la prestación alimenticia a su cargo. Seguido el juicio en todos sus trámites se dictó sentencia por la que se suspendió la patria potestad del padre con respecto a su hija, pronunciamiento contra el que se interpuso por el mismo el presente recurso de apelación, el cual no ha de ser estimado.

El nacimiento de una persona genera un vínculo jurídico con sus progenitores del que dimana un haz de derechos y obligaciones. En las primeras etapas de su desarrollo, el menor precisa de un mecanismo de protección personal y patrimonial, que se desenvuelve dentro del ámbito de la atribución por ministerio de la ley de la patria potestad a sus padres en igualdad de condiciones. En este sentido, se expresa el artículo 154 del CC, cuando señala que: Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad

física y psicológica. Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes.

Es decir que el ejercicio de la patria potestad, mediante el cumplimiento de tales deberes, pretende garantizar la asistencia moral, afectiva, física y jurídica del menor, de manera tal que su incapacidad natural no le impida el libre desarrollo de su personalidad.

En este sentido, la STS de 9 de julio de 2002 proclama que: «Viene configurada la patria potestad en nuestro ordenamiento jurídico como una función instituida en beneficio de los hijos, que abarca un conjunto de derechos concedidos por la Ley a los padres sobre la persona y bienes de los descendientes en tanto son menores y no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesa sobre dichos progenitores; y constituye una relación central de la que irradian multitud de derechos y deberes, instituidos todos ellos, no en interés del titular, sino en el del sujeto pasivo (SSTS de 9 de septiembre de 1960 y 8 de abril de 1975)».

No podemos sustraernos tampoco a la idea de que la patria potestad deberá de ser ejercida en el interés del menor sometido a ella. En tal sentido, se ha pronunciado, como no podía ser de otra forma, la STC de 18 de julio de 2002, cuando ha proclamado que «sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar porque el ejercicio de la patria potestad por sus padres... se haga en interés del menor y no al servicio de otros intereses que, por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante

el superior del niño». De igual manera, se ha expresado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al proclamar reiteradamente que el interés del menor ha de informar tanto la privación de la patria potestad como su mantenimiento (SSTS de 5 de marzo de 1998 y 23 de febrero de 1999).

Es por ello, que el legislador contempla que el progenitor que no cumpla tales deberes pueda ser privado de forma total o parcial de la patria potestad, y así nos lo explica la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2000, cuando indica: «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. Por ello, la propia Convención, en su artículo 9.1 después de establecer que los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres, contra la voluntad de éstos, a continuación añade que esta norma tiene su excepción cuando, a reserva de la decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria para el interés superior del niño. Este interés superior del niño, que implícitamente está recogido también en el artículo 154 del Código Civil cuando dispone que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, es el que tiene en cuenta la sentencia impugnada para confirmar la del Juzgado que decretó la privación de la patria potestad a los demandados, en conformidad con lo establecido en el artículo 170 del citado Cuerpo legal. El acierto de la juzgadora de primera instancia lo pone de manifiesto la sentencia impugnada con la concluyente declaración

que se ha reproducido más arriba en el punto 3, y que se refiere a la omisión por los demandados de los deberes de asistencia material y moral respecto a su hijo menor, desde los primeros meses de su vida, cuando las atenciones de los progenitores son absolutamente indispensables, por lo que la medida de privación de la patria potestad, aunque en extremo dura para los padres, ha resultado una medida indispensable de protección de los intereses superiores del menor, o, mejor dicho, necesaria para la protección integral del menor conforme al mandato constitucional».

Es necesario claro está que el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad ha de quedar debidamente acreditado. Así se expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1996, cuando declara que la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requiere por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 del Código Civil, pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, en definitiva, lo cual, supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada.

E igualmente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1996, ambas citadas por la STS de 10 de noviembre de 2005, se declara que el artículo 170 del Código Civil, en cuanto contenedor de una norma sancionadora, debe ser objeto de interpretación restrictiva, la aplicabilidad del mismo exige que, en el caso concreto de que se trate, aparezca plenamente probado que el progenitor, al que se pretende privar de la patria potestad, haya dejado de cumplir los deberes inherentes a la misma.

En el caso presente, consta cómo el padre, que se mantuvo en rebeldía voluntaria durante la sustanciación del litigio en la instancia, lleva varios años sin preocuparse lo más mínimo por su hija, ni desde el punto de vista afectivo procurando los contactos físicos con la niña, de manera tal que el demandado es un desconocido para la menor, como, desde el punto de visto patrimonial, al dejar de contribuir a satisfacer sus alimentos. Es por ello que, en atención a tales circunstancias, la medida de la sentencia apelada, siguiendo el criterio del Ministerio Fiscal, de suspender al padre de la patria potestad con relación a la menor, que no privación de la misma, no podemos considerarla como medida inidónea o contraria al interés y beneficio de la niña, en cuanto quedará sometida al régimen de patria potestad de quien siempre la atendió y cuidó en todos los aspectos de su vida como es su

madre, sin interferencia de quien no se preocupó por la misma durante un más que prolongado y significativo período de tiempo, y sin perjuicio de que las incidencias ulteriores permitan dejar sin efecto

un pronunciamiento de tal clase en beneficio de la menor, de hacerse el apelante acreedor al mismo, modificando el comportamiento hasta ahora observado.

GUARDA Y CUSTODIA

El sistema de alternancia en la custodia que contempla dicha reforma legal debe ser interpretado y aplicado en cada caso concreto bajo la inspiración del principio del beneficio del menor. No puede olvidarse que la medida acordada, en relación a la custodia en favor de la madre, fue pactada por ambos progenitores, y hasta este momento no se ha acreditado la concurrencia de incidencia negativa alguna en la vida del menor, en cualquiera de sus aspectos, que justifiquen la modificación de la guarda y custodia.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres

La cuestión relativa a la custodia sobre los hijos debe resolverse conforme al superior interés a proteger, afectante a aquéllos, y ello de conformidad con lo señalado en el artículo 92 del Código, en relación con los artículos 1 y 2 y 11.2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996, teniendo en consideración la Normativa Internacional, a la sazón, la Convención sobre los Derechos del Niño, Asamblea General de las Naciones Unidas, de 1959, pues en todos los casos dicho interés afectante a los hijos debe ser la consideración primordial en los procedimientos relativos a la custodia sobre los mismos.

Por lo demás, se debe atender a los elementos personales, familiares y materiales que concurren en la familia, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, sopesando las necesidades de atención, de cariño, de alimentación, de educación y ayuda escolar, y buscando el mejor clima de sosiego y equilibrio en el entorno personal y familiar, o social, de los progenitores.

Por lo demás, aun siendo cierta la previsión legal ya señalada en la actual redacción del artículo 92 del texto legal antes citado, es lo cierto que no existe motivo alguno para acceder a la custodia compartida, si tenemos en cuenta los antecedentes familiares concurrentes en el presente caso, dimanantes de las medidas establecidas en el convenio de 30 de abril de 2005, aprobado por Sentencia de separación de 30 de mayo de 2005, habiéndose resuelto, en su momento, otorgar la custodia a la madre, al tiempo que se establecía

el régimen de visitas en favor del padre, según los propios acuerdos de los progenitores, aprobado judicialmente dicho régimen de visitas por cuanto que no afectaba negativamente a los intereses y el beneficio y el desarrollo integral del hijo menor, y en este sentido, en el actual procedimiento, el Ministerio Fiscal se limitó a solicitar una ampliación del régimen de visitas para el padre, medida que en los términos que viene establecida en la sentencia no es aceptada por ninguno de los progenitores.

En suma, el sistema de alternancia en la custodia que contempla dicha reforma legal debe ser interpretado y aplicado en cada caso concreto bajo la inspiración del principio del beneficio del menor que, por el rango de las normas que aparece consagrado (artículo 39 de la Constitución, y artículos 2 y 11.2 de la Ley 1/1996) debe prevalecer sobre cualquier otro condicionante sustantivo o de fondo que ahora pueda plantear la parte que reclama la custodia.

No puede olvidarse que la medida acordada, en relación a la custodia en favor de la madre, fue pactada por ambos progenitores, y hasta este momento no se ha acreditado la concurrencia de incidencia negativa alguna en la vida del menor, en cualquiera de sus aspectos, que justifiquen la modificación de la guarda y custodia, sin prueba alguna de los beneficios que con ello se consigue para el hijo. Todo lo anterior determina la desestimación de la pretensión principal planteada por el demandante.

GUARDA Y CUSTODIA

El informe pericial psicológico reseña la existencia en la madre de un elevado nivel de distorsión emocional, acompañado de una tendencia al aislamiento social y de dificultades en el establecimiento de relaciones, encontrándose desbordada en cuanto a los problemas de conducta y educacionales del hijo, por lo que no se la considera como una persona especialmente capacitada para hacerse cargo del menor.

AP ZARAGOZA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María Elia Mata Albert

Recorre doña Bárbara la Sentencia dictada en la instancia y solicita se revoque parcialmente la misma en el sentido de que le sea otorgada la guarda y custodia del hijo del matrimonio, el uso del domicilio familiar, se fije a cargo del padre una pensión alimenticia de 450 euros y un régimen de visitas para el mismo, y finalmente se imponga al progenitor custodio la obligación de reanudar el tratamiento del menor con el Doctor don Benjamín, Neurólogo del Hospital Miguel Servet de Zaragoza.

Alega sustancialmente la actora que las peticiones de su recurso se basan en que el hijo del matrimonio, Jaime, de 12 años de edad, estaría mejor atendido por ella, dado su bajo rendimiento académico y la falta de atención médica que sufre viviendo son su padre por el trastorno de hiperactividad que tiene diagnosticado.

Efectivamente, el menor Jaime, ha sido diagnosticado de trastorno por déficit de atención con hiperactividad, habiendo iniciado tratamiento en el Servicio de Neurofisiología Clínica del Hospital Miguel Server, Doctor Benjamín, según consta, desde 2004 (folios 37 y siguientes de las actuaciones) lo que repercute en su aprendizaje escolar y comportamiento, teniendo reconocida una minusvalía del 37%.

La Sentencia firme de separación de 31 de marzo de 2004 otorgó al padre la guarda y custodia del niño, con un régimen de visitas para la madre, en

atención a la necesidad de apoyo que presentaba la madre para solventar los problemas ordinarios de que adolecía el hijo, lo que repercutía en la relación entre ambos.

La recurrente ha sido diagnosticada de un trastorno paranoide de la personalidad, teniendo reconocida una minusvalía del 66%.

El informe pericial psicológico emitido en la causa el 10 de octubre de 2007 (folios 286 y siguientes), reseña la existencia en la Sra. Bárbara de un elevado nivel de distorsión emocional, acompañado de una tendencia al aislamiento social y de dificultades en el establecimiento de relaciones, encontrándose desbordada en cuanto a los problemas de conducta y educacionales del hijo.

No se revela pues la recurrente como una persona especialmente capacitada para hacerse cargo del menor en tales condiciones, al que deben evitarse en lo posible nuevos cambios que lo desestabilicen.

Pese a ello sería conveniente que ambos progenitores colaboren positivamente en la educación y supervisión de los tratamientos médicos y psicológicos del hijo, para su correcto desarrollo, debiendo el padre acudir con él al Servicio de Neurofisiología mencionado, para seguir, si fuese necesario, el tratamiento médico instaurado por el doctor Benjamín, por lo que el recurso será estimado parcialmente en este punto concreto.

GUARDA Y CUSTODIA

Los informes de los centros a los que acuden los hijos y el informe social desvirtúan al respecto el informe emitido por el SATAV, que achaca a la madre una falta de empatía y una tendencia a un estilo educativo estricto y autoritario, lo que sin más no se puede calificar como circunstancia bastante para cambiar la guarda y custodia de los menores en favor del padre como hizo la sentencia del Juzgado, y ello a pesar del deseo de los hijos a dicho cambio.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 24 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María del Mar Alonso Martínez

De las presentes actuaciones resulta que en fecha 29 de marzo de 2005, se dictó sentencia de separa-

ción conyugal en la que se aprobó convenio regulador, en cuyo pacto tercero se dispuso que la guarda

y custodia de los hijos, Cristian Alexandre nacido el 6 de mayo de 1993 y María Nerea el 3 de junio de 1998, se atribuía a la madre.

El Sr. Humberto en su demanda, alega que ha surgido la voluntad manifiesta de los hijos de pasar a convivir con él, especialmente en el menor, que precisa de una atención especial, dada la minusvalía que padece, psíquica, constando en autos resolución del CAD Infantil de Grassol, en la que se reconoce un grado de discapacidad del mismo del 39%.

En aras de valorar la atribución de la guarda y custodia de los menores, se hace preciso analizar la prueba practicada en autos.

Del informe emitido por el SATAV, el 12 de abril de 2006, resulta que ambos menores describen un entorno materno altamente punitivo y despreocupado, con conductas de castigo, falta de afectividad y tendencia a la falta de hábitos de higiene, alimentarios, etc., significando una relación con la figura materna disfuncional y por ello no adecuada para su desarrollo psicomadurativo. En contraposición a lo expuesto, relatan un entorno paterno gratificante y asistencial, sintiéndose más atendidos y protegidos, observándose que tienen mayor complicidad y afinidad personal con el padre.

Por lo que respecta a la Sra. Begoña se valora que tiende a minimizar cualquier comportamiento hostil que haya podido tener con los menores, haciendo responsable de la situación, de forma exclusiva a Cristian, y que muestra déficits para asumir una responsabilidad personal de autocritica, mostrando una falta de empatía con los niños y una tendencia a tener un estilo educativo altamente autoritario y restrictivo, que podría interferir en el desarrollo de los menores, siendo preciso que se vincule a los servicios sociales de su municipio para recibir un entrenamiento en técnicas psicomadurativas.

Por ello valoran adecuado que el cuidado de los menores se ejerza por el padre, con un régimen de visitas amplio con la madre, que podría ser, de dos tardes intersemanales y fines de semana alternos.

Consta también en autos informe efectuado por el Psicólogo Clínico Psicoterapeuta, Sr. Jesús María, que depuso en la vista, en el que tras exploración de la madre y los menores, se refiere que la misma no presenta psicopatología de ningún tipo, sino un alto estrés emocional reactivo a la situación familiar por la que pasa, no mostrando tampoco ningún déficit que pueda limitar sus funciones parentales. Por lo que respecta a Cristian se destaca que presenta un conjunto de trastornos de déficits que hacen que precise necesidades educativas especiales, lo que puede presentar dificultades a las funciones parentales. Además destaca que la situa-

ción familiar es conflictiva, lo que está incidiendo en la maduración emocional de los niños, y que Cristian podría aprovecharse de manera infantil para realizar sus caprichos a costa de dicho conflicto, hallándonos ante una patología familiar, que precisa de terapia familiar y mediación.

Obra también en autos informe social del Ayuntamiento de Sant Boi de Llobregat, que refiriendo que la Sra. Begoña acudió al servicio a finales del año 2004 y destacando cómo se le tramitó PIRMI, y que después de firmar el convenio regulador, y volver con los hijos al domicilio familiar, que dejaron por imposibilidad de mantener una convivencia marital siendo acogidos por su madre, en enero de 2005, ante la situación de precariedad económica existente se le proporcionó ayuda de 300 euros para cubrir las necesidades básicas personales y de sus hijos. Además se expresa que la misma ha cumplido siempre con los acuerdos establecidos, siguiendo orientaciones y manifestando mucho interés y preocupación por el bienestar de sus hijos.

Del informe emitido por el Colegio Santo Tomás al que acude la niña, de 19 de octubre de 2005 resulta que la menor asiste con regularidad al centro, siendo puntual, presentado los deberes correctamente y que su madre ha asistido regularmente a las reuniones de curso y a las entrevistas con la tutora.

Por su parte del informe emitido por la Fundació Orienta, que atiende a Cristian, dentro del programa de intervención del CSMIJ en la escuela de educación especial Can Rigol, de 16 de junio de 2005, se manifiesta que la evolución del menor ha sido muy positiva y la progresión en los aprendizajes y el nivel de integración con compañeros y profesores plenamente satisfactorio, asistiendo su madre, regularmente, al grupo de padres que con frecuencia semanal se hace en el centro, aludiéndose a que pese a los momentos emocionales muy complicados vividos por la misma, tiene un actitud muy positiva, muestra interés y preocupación por la evolución del hijo y sigue las pautas que desde el grupo se le ofrecen.

Debe también aludirse a la exploración practicada a Cristian, que debe valorarse dadas sus manifestaciones, bajo la premisa de que está mejor con el padre, sin que resulte que se encontrara mal con la madre, que con el padre participa de actividades lúdicas que tiene presente y que mientras que su madre no le ha dicho lo que tenía que decir en la exploración, el padre sí.

En el interrogatorio de parte practicado en la vista celebrada en primera instancia, el Sr. Humberto no participó la existencia de modificación en la aptitud o conducta de la madre, tras el dictado de la sentencia de separación conyugal, sino que reiteró que la misma «nunca los ha cuidado ni que-

rido», refiriéndose a los hijos, manifestación que compagina mal con el acuerdo suscrito en el convenio regulador, en que acordaron los progenitores conferir la guarda y custodia de los menores a la madre, sin duda bajo la consideración que de era la medida más beneficiosa a su interés. También reconoció haber preguntado a la niña el nombre de sus amigas, una vez presentada la demanda rectora de las actuaciones.

Valorando estos hechos considera esta Sala que no existe modificación sustancial de las circunstancias que aconseje el cambio de guarda y custodia de los menores, ni patología en la madre que le impida cuidar de ellos correctamente, lo que dado los informes de los centros a los que acuden los hijos, y el informe social referenciado, parece que viene haciendo, mostrando interés y preocupación por éstos, lo que desvirtúa al respecto el informe emitido por el SATAV, que le achaca un falta de empatía y

una tendencia a un estilo educativo estricto y autoritario, lo que sin más no se puede calificarse como circunstancia bastante para cambiar la guarda y custodia de los menores, no pudiéndose obviar que fueron los propios progenitores quienes decidieron que sería la madre quien ostentara la misma. Ahora bien, atendiendo a la situación familiar existente se entiende pertinente disponer que por el SATAF se efectúe un seguimiento de la situación de los menores, debiéndose emitir informe en el término de seis meses o antes de resultar conveniente, al Juzgado de instancia.

En consecuencia debe estimarse el recurso de apelación sostenido por la representación de la Sra. Begoña, revocando la resolución de instancia, y por tanto manteniendo la guarda y custodia de los hijos en la madre, lo que determina que el resto de medidas inherentes a la misma determinadas en la sentencia de instancia, queden sin efecto.

GUARDA Y CUSTODIA

No puede desconocerse que la custodia compartida fue convenida por ambos progenitores en el convenio que reguló los efectos de su separación a principios del año 2005, que desde entonces así ha funcionado y nadie ha solicitado su modificación, que sólo cuando por el progenitor se insta el divorcio con mantenimiento de las mismas medidas es cuando por la recurrente se hace valer su pretensión de modificar la custodia.

AP VALENCIA, SEC. 10.^a, SENTENCIA DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María Pilar Manzana Laguarda

Cierto es que la nueva ley establece la posibilidad de acordar la guarda y custodia compartida sobre los hijos, pero lo supedita a que se den una serie de requisitos. Y estos requisitos varían según ésta venga solicitada de común acuerdo por ambos cónyuges o sólo a instancia de uno de ellos.

En este sentido, mientras el número 5 del artículo 92 establece el que el Juez deberá acordarla cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a ese acuerdo en el transcurso del procedimiento, en su número 8 establece el que aun sin acuerdo, el Juez podrá acordarla a instancia de una de las partes, con carácter excepcional y siempre que se den las siguientes circunstancias: 1. Que exista previo informe favorable del Ministerio Fiscal; 2. Que la resolución se fundamente en que sólo de esa forma se protege adecuadamente el interés superior del menor, 3. De la misma forma que cuando se solicita por ambos cónyuges el Juez antes de acordarla, de oficio o a instancia de parte podrá recabar el dic-

tamen de especialistas acerca de la idoneidad de la medida (artículo 92.9). Finalmente se denegará siempre la custodia compartida cuando cualquiera de los cónyuges esté incurso en un proceso penal por haber atentado contra la vida, integridad física, moral o libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Y tampoco procederá cuando el Juez advierta la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

Pues bien, en el presente caso no puede desconocerse que la custodia compartida fue convenida por ambos progenitores en el convenio que reguló los efectos de su separación, que lo fue a principios del año 2005, que desde entonces así ha funcionado y nadie ha solicitado su modificación, que sólo cuando por el progenitor se insta el divorcio con mantenimiento de las mismas medidas es cuando por la recurrente se hace valer su pretensión de modificar la custodia, y que, en consecuencia, debe ser ésta y no el actor el que prueba el que

dicha medida va contra el interés de las menores. En el presente caso la custodia compartida rige desde que sus padres se separaron, ha sido informada favorablemente por parte del profesional que ha emitido el informe obrante en autos a los folios

77 y siguientes de la causa, se trata de un informe imparcial pues se ha emitido a instancia judicial, y sólo es la recurrente la que pone en duda el que esa forma de custodia preserve el interés de sus hijas cuando ella ni siquiera instó su modificación.

GUARDA Y CUSTODIA

Atribución de la custodia a la madre con la prevención de que si decide trasladarse a su ciudad natal de Hong Kong, la custodia pasará automáticamente al padre, otorgándose a este último la facultad de decidir el lugar de residencia de los menores.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Pascual Martín Villa

La lógica impone que la primera materia objeto de examen haya de ser la planteada por la ex esposa con carácter principal; esto es, su autorización para la fijación de su residencia habitual en compañía de sus dos hijos menores en la ciudad de Hong Kong, a lo que el padre se ha opuesto y se opone. Esta materia debe ser resuelta en relación con los medios de prueba practicados en el procedimiento, desde dos puntos de vista, que, en última instancia, vienen a ser coincidentes: a) el arraigo de los menores en aquella localidad, lo que puede influir en su estabilidad y desarrollo emocional, y b) la necesaria salvaguarda de las relaciones personales y afectivas de ambos menores con su otro progenitor, el padre, lo que también en última instancia podría tener su repercusión en el armónico desarrollo de la personalidad de ambos menores.

Pues bien, pese a los denodados y contradictorios esfuerzos de la madre para justificar la bondad de este traslado para los menores, lo cierto es que ni está justificado un mínimo arraigo de los mismos en aquél país, aunque la madre puntualmente haya tratado a lo largo de este tiempo de salvaguardar en los menores algunos de sus aspectos culturales, como la lengua y alguna tradición; sin embargo, ha de considerarse especiosa la argumentación de la defensa de la madre, quien pretende reconducir toda esta cuestión a la circunstancia de que el padre ha nacido en Barcelona y la madre en Hong Kong, hallándose ambos puntos geográficos en igualdad de condiciones para poder constituir la residencia de ambos menores. Ello obviamente no es así, puesto que los niños desde su nacimiento en esta ciudad de Barcelona han vivido en ella de una manera habitual y permanente, con todo lo que ello representa para su desarrollo psicológico

y las pautas culturales y vitales de toda índole que han podido moldear su carácter. No se trata de optar simplemente entre la ciudad en la que nació la madre y en la que nació el padre, sino en la que han nacido y han vivido los menores, a fin de no desarticular de una manera significativa y severa su evolución psicológica y afectiva, que de otra manera podría verse truncada de una manera altamente perturbadora para ellos, dada su edad actual.

Por otra parte, el sustitutivo de la figura paterna que propone la madre por su familia extensa —una vez que los niños se encontrasen ubicados en la ciudad de Hong Kong— no resiste la menor crítica ni desde el punto de vista de la ciencia psicológica ni tampoco desde la argumentación lógica, pues con él no sólo se trata de imponer a los menores de un sucedáneo de la figura paterna, quien también tiene necesidades afectivas y derecho morales que esgrimir en toda esta cuestión, sino que denota el designio de una madre de minimizar ante los hijos para lo sucesivo la figura paterna, lo que habría de generar un quebranto importante en el desarrollo psicológico armónico de ambos menores.

Así pues, esta Sala sentenciadora encuentra plenamente justificada la decisión de la juzgadora de primer grado que, tras reconocer a favor de la madre la guarda y custodia de los menores, impuso la limitación de que ambos habrían de permanecer en este país.

Merece un comentario aparte las alegaciones de la defensa letrada de la ex esposa, en el sentido de que jamás debió haber sido decidido en la sentencia de primer grado que la circunstancia de que la madre abandonase este país fuese *per se* determinante del cambio de la guarda y custodia de

los menores a favor del padre, pues esto implicaría una previsión de futuro, que salvo los supuestos estrictos contemplados en el artículo 216 de la LEC, no resulta posible; siendo por tanto nulo de pleno derecho. Sin embargo, esta argumentación es también inane, pues no se trata de impedir los naturales cambios resultantes de una modificación sustancial que en un futuro más o menos próximo pudiera producirse respecto de las circunstancias contempladas en la sentencia, sino tan sólo proveer de una manera inmediata de la debida protección jurídica a ambos menores en el caso de que la madre tuviese el impróptu de trasladar su residencia a Hong Kong. Quizás hubiese sido técnicamente más correcto simplemente afirmar que la madre ostentará la guarda y custodia de los menores en tanto y cuanto ella permanezca en el territorio del estado español, sin haber establecido al respecto ninguna otra previsión. Pero lo cierto es que esta sola circunstancia habría dado lugar al correspondiente procedimiento de modificación de efectos, que, sin embargo, con la previsión contenida en la sentencia de primer grado, se podrá evitar con una loable economía procesal y ahorro de esfuerzos y dispendios. Obviamente, ello no empece a que en un futuro pudiera por la madre o el padre entablar-se el correspondiente procedimiento modificativo de efectos; pero ello siempre que varíen las circunstancias tenidas en cuenta en este procedimiento para la adopción de la medida, cuales son, a saber:

el armónico desarrollo integral de los menores y, en segundo lugar, los legítimos derechos del padre a relacionarse de una manera fácil y fluida con sus dos hijos. Por último, en lo que hace al efecto establecido en la sentencia de primer grado de que dentro del territorio del estado español pueda elegir el padre, cuando ostente la guarda y custodia de ambos menores, la ciudad o localidad de residencia habitual, no puede objetarse frente a ello que éste sería un aspecto que afectase de manera exclusiva a la patria potestad compartida, siempre que el padre no adoptase su decisión de una manera arbitraria o caprichosa o para lesionar injustificadamente los posibles derechos de la madre a comunicarse con sus hijos menores. Pero teniendo en cuenta que el padre ejerce su profesión con conocido arraigo en esta ciudad de Barcelona, es lógico pensar que la misma sea en la que van a permanecer dichos menores en su compañía, puesto que incluso desde la óptica de la salvaguarda de sus derechos –tal y como se ha dicho– no tendría cabida una intempestiva modificación de la residencia habitual ni cuando sea la madre cuando la plantee ni cuando sea el padre quien la suscite.

Por todo lo razonado, el recurso de apelación interpuesto con carácter principal por la madre debe ser desestimado, y mantenido en su integridad el pronunciamiento primero del contenido en la sentencia del primer grado.

GUARDA Y CUSTODIA

Fallecida la madre, el padre solicita con carácter cautelar que se le entregue al menor, pero se desestima su petición al no acreditarse que la guarda de hecho ejercida por los abuelos maternos suponga riesgo alguno para el menor, y ello sin perjuicio de lo que se acuerde en el procedimiento principal.

AP ÁLAVA, SEC. 1.ª, AUTO DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Íñigo Madaria Azcoitia

Don Jesús impugna el auto que desestimó la apertura de pieza de medidas provisionales coetáneas a la demanda, en las que se pedía que el menor fuera puesto bajo su guarda y custodia. Como argumento del recurso alega que tiene la patria potestad de su hijo y desde que falleció la madre del menor no ha tenido ningún contacto con él, vulnerándose su derecho a información y de relación con su hijo.

Interesada la medida provisional relativa a la guarda y custodia del menor conforme a lo establecido en el artículo 770.6.º de la LEC, es evidente que ninguna razón o situación extraordinaria se invoca para justificar la adopción de una medida

que realmente incide en las pretensiones principales ejercidas en el proceso de medidas en relación con hijos extramatrimoniales, lo que no justifica la medida si no consta que la guarda de hecho, cuestionada en el pleito principal, suponga algún riesgo para el menor.

En cualquier caso, la doctrina constante del Tribunal Constitucional establece que la decisión sobre la admisión de los recursos o no y la verificación de la concurrencia de los requisitos materiales y procesales a que están sujetos «constituye una cuestión de mera legalidad ordinaria que corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales, en el ejercicio de

la potestad jurisdiccional que les atribuye el artículo 117.3 de la CE» (STC 71). Son los Jueces y Tribunales, por lo tanto, a quienes corresponde determinar cuáles son los requisitos y presupuestos que la ley exige para el acceso a los recursos que establece, así como la verificación y control de su concurrencia en cada caso (STC 33/2008, de 25 de febrero).

Conforme a lo anterior, en el supuesto de autos es de observar que la cita del artículo 770.6.º de la LEC reconduce la cuestión procesal al artículo 773.3 de la misma, conforme al cual contra el auto que resuelve acerca de la solicitud de medidas provisionales coetáneas a la demanda «no se dará recurso alguno», por lo que la admisión a trámite del recurso de apelación debe entenderse improce-

dente y por tanto lo que debió ser una resolución formal de inadmisión es ahora motivo asimismo para desestimar formalmente el recurso, pues según doctrina pacífica y constante de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, que recoge y resume la sentencia de 26 de enero de 1996 con cita de otras en su apoyo, «... conforme a la doctrina consolidada de esta Sala los motivos legales en que pueda fundarse la inadmisión de un recurso, son pertinentes, al resolver, para desestimarle, aun cuando se hubiese admitido, pues las razones de inadmisión son suficientes, si resulta demostrada su existencia, para que los recursos a que se contraen deban ser desestimados», doctrina que se encuentra recogida, entre otras, en las Sentencias de 29 de julio de 1994, 22 de septiembre de 1995 y 22 de febrero de 1999.

RÉGIMEN DE VISITAS

Se reconoce el derecho de la abuela a relacionarse con su nieta, pero, dada la problemática existente, las visitas tendrán que llevarse a efecto desplazándose aquélla a la ciudad donde reside la menor, suprimiéndose la visita a casa de su abuela durante una semana en verano y cuatro días en Navidad.

AP ALICANTE, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María Dolores López Garre

Impugna la parte demandada doña Almudena la sentencia de instancia, por la que se accede a la petición de los demandantes de modificación del régimen de visitas acordado en los autos 35-02 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Arcos de la Frontera, en el sentido de que la abuela materna de la menor hoy recurrente, pueda comunicarse telefónicamente y por carta con la menor cuando lo desee y que pueda visitar a la menor en su domicilio, sin que la menor deba trasladarse al domicilio de la abuela materna.

La actora sustenta su pretensión en las previsiones contenidas en los párrafos segundo y tercero del artículo 160 del Código Civil, según ha quedado redactado por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, que sin duda ha potenciado la importancia y trascendencia de la relación abuelos-nietos y además sin duda alguna en las precisiones contenidas en la doctrina jurisprudencial (SSTS y entre otras de fechas SSTS de 7 de abril de 1994, 11 de junio de 1996, 17 de septiembre de 1996, 11 de junio de 1998 o 20 de septiembre de 2002) en cuanto ha venido señalando que, de conformidad con lo establecido en el párrafo segundo del indicado precepto en su redacción antes vigente y fijando el verdadero al-

cance de su párrafo tercero en cuanto prevenía que «no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados», que la carga de la prueba de las circunstancias que en su caso puedan impedir o desaconsejar el mantenimiento de tal relación, corresponde acreditarla al progenitor que se opone esto es al padre o madre del menor que se niega al mantenimiento de las comunicaciones de su hijo con los parientes, lo que así debe de ser habida cuenta, y con palabras de la propia jurisprudencia del carácter siempre enriquecedor de las relaciones abuelos-nietos/as que no pueden ni deben quedar mermadas en atención a unas posibles malas relaciones o relaciones deterioradas entre tales abuelos y el padre o madre del menor, que es lo que ha venido a acaecer, de una u otra forma en el presente caso y en los últimos tiempos. Debe recordarse también que con el ejercicio adecuado de tal derecho-deber de comunicación entre abuelos y nietos, lo que se persigue y cual precisa la jurisprudencia (STS entre otras de fecha 11 de junio de 1996 ya citada) es insertar beneficiosamente al menor en su entorno familiar completo, y que además esas relaciones resultan más necesarias cuando de los ascendientes se trata, por

su privilegiado grado de parentesco, dado que la personalidad se forja también entre las contradicciones que emanan, a veces, de los planteamientos y opiniones de los parientes, siempre que revistan un carácter de normalidad, pues como indica la Exposición de Motivos de la Ley 42/2003 ya citada «Los abuelos desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia, que es el agente de solidaridad por excelencia de la sociedad civil» por lo que «Los poderes públicos han de fomentar la protección integral del menor y la familia en cumplimiento del mandato constitucional del artículo 39 de nuestra Carta Magna».

En definitiva tal derecho-deber de comunicación entre abuelos y nietos, a través del establecimiento cuando sea preciso y en beneficio común de todos ellos, de un adecuado, aunque limitado régimen de visitas es distinto y puede confundirse ni fundirse, si bien en buena medida lo pueda complementar, con el derecho-deber del padre o madre no custodio de relacionarse con sus hijos con quienes no convive habitualmente pues como también señala la indicada Exposición de Motivos en otro apartado de la misma «... cabe entender que los abuelos, ordinariamente ajenos a las situaciones de ruptura matrimonial, pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor»... puesto que frecuentemente «disponen de una autoridad moral y de una distancia con respecto a los problemas de la pareja que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo en este sentido su estabilidad y su desarrollo» y a

«contrarrestar situaciones de hostilidad o enfrentamiento entre los progenitores y dotar al menor de referentes necesarios y seguros en su entorno son circunstancias que pueden neutralizar los efectos negativos y traumáticos de una situación de crisis.

Partiendo de las anteriores consideraciones y perspectivas doctrinales, jurisprudenciales y legales, esta Sala comparte la fundamentación y motivación que se contiene en la sentencia de instancia puesto que lo que procede es reconocer a la abuela demandada su derecho autónomo, el que le reconoce el vigente ordenamiento para comunicarse con su nieta y si bien es evidente las malas relaciones existentes entre la demandada y los actores, sería aconsejable en interés de la menor mantener un régimen de visitas con su abuela pero no el que se estableció en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, pues en atención a los informes psicológicos aportados en autos, y la exploración de la menor, es beneficioso para la misma que se suprima la visita a casa de su abuela durante una semana en verano y cuatro días en Navidad, sin perjuicio del derecho de la abuela a visitar a su nieta en su domicilio actual o comunicarse con ella por carta o por teléfono, existiendo una modificación de las circunstancias que fueron tenidas en cuenta para el establecimiento del régimen de visitas, pues la actitud de la menor hacia su abuela aconseja en beneficio de la menor el cambio en el régimen de visitas respecto de su abuela materna. Por todo lo expuesto debe ser confirmada la sentencia de instancia y desestimado el recurso interpuesto.

RÉGIMEN DE VISITAS

La situación emocional y psíquica del padre conduce a considerar más beneficioso para el hijo la suspensión de las visitas, pues constando que aquél precisa de supervisión y ayuda de tercera persona, no existe garantía plena de que el padre pudiera prestársela, siempre que se encuentre en su compañía, precisando los tratamientos ya previstos, y lo que es más importante, refiriendo el informe pericial la existencia de un peligro para el propio hijo dada su ideación autolítica.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 23 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María del Mar Alonso Martínez

Consta en autos Informe Clínico de fecha 19 de julio de 2006, efectuado por el Dr. Sr. Hugo, relativo al Sr. Juan Carlos, en el que figura que el mismo presenta un duelo patológico como consecuencia del fallecimiento de un hijo, habiendo precisado consulta con Psiquiatra, aconsejándosele tratamiento con antidepresivos.

Asimismo en informe del Dr. José Pedro, especialista en Psiquiatría y Neurología, de 12 de julio de 2006, se destaca que el Sr. Juan Carlos presenta un trastorno adaptativo mixto ansioso depresivo, que precisa medicación psicofarmacológica y continuación de terapia psicológica y para la superación de su trastorno psíquico, que no ejerza la

funciones parentales de cuidado con su hijo mayor. Señala además dicho informe la existencia de un peligro de empeoramiento de su sintomatología, y ante la presencia de la ideación autolítica, un peligro real para él y para el hijo.

La Psicóloga Clínica Sra. Carla, en informe de 20 de julio de 2006, certifica que habiendo visitado al Sr. Juan Carlos desde hace 6 meses, por trastorno adaptativo mixto Ansioso-Depresivo, con ideación autolítica, rumiación pesimista del futuro, pensamientos recurrentes de muerte, sentimientos de culpa e inutilidad, siguiendo terapia cognitivo-conductual, se recomienda se le libere de ser responsable del hijo mayor, afecto de Síndrome de Down, por peligro de empeoramiento de su sintomatología.

Consta también por prueba admitida en esta alzada, que el Sr. Juan Carlos se halla de baja laboral, según comunicado de baja de 10 de octubre de 2007, con una duración aproximada de 90 días. El Psiquiatra Dr. Rosendo, en informe obrante en autos de 15 de octubre de 2007, refiere que su paciente, el Sr. Juan Carlos, no se encuentra en condiciones de asumir la responsabilidad en relación a su hijo.

Por lo que respecta al hijo de los litigantes, Javier, según Informe Psicopedagógico y social, firmado por el Psicólogo Sr. Domingo y la Trabajadora Social Sra. Magdalena, del Taller ocupacional «Xalest», al que acude el mismo, presenta una falta de producción del lenguaje como factor altamente incapacitante de cara a su autonomía en la vida cotidiana, necesitando siempre alguien que le acompañe para poder obtener lo que precisa. También necesita de supervisión para evitar caídas, y en las tareas cotidianas, como vestirse o lavarse. Además se desorienta y puede perderse, desconoce las consecuencias de no respetar las señales de peligro, y los valores asociados al dinero y productos. No sabe leer la hora en el reloj. En resolución del CAD de

Terrassa, de 6 de septiembre de 2005, se reconoció que el mismo tiene un grado de disminución del 77%, con efectos del día 30 de abril de 2004, precisando de la ayuda de tercera persona.

Valorando estos hechos considera esta Sala procedente estimar el recurso de apelación y ello dado que la situación emocional y psíquica del apelante, conducen a considerar más beneficioso para el hijo la suspensión de las visitas con el padre, pues constando que el mismo precisa de supervisión y ayuda de tercera persona, no existe garantía plena de que el padre pudiera prestársela, siempre que se encuentre en su compañía, precisando los tratamientos ya previstos, y lo que es más importe, refiriendo el informe don José Pedro, ya citado, la existencia de un peligro para el propio hijo dada su ideación autolítica, debiéndose preservar el interés del mismo. Por ello debe suspenderse el régimen de visitas que en favor del padre viene fijado, hasta que se encuentre en condiciones de salud que le permitan atender idóneamente al hijo, no pudiéndose considerar, dadas las alegaciones de la Sra. Maite al impugnar el recurso de apelación, que su situación de salud sea homologable a la del apelante, pues de la resolución de Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 16 de enero de 2007, relativa a la misma, y en la que se le declara en situación de incapacidad permanente en grado de absoluta, derivada de enfermedad común, con efectos desde el 25 de noviembre de 2006, hasta junio de 2008, en que podrá instarse la revisión de la agravación y se procederá a la revisión de oficio por mejoría de la incapacidad permanente, se enuncia como padecimiento de la misma el Duelo complicado en evolución, Depresión Mayor en tratamiento psicofarmacológico y psicoterápico, sin mejoría sintomática, no constando en modo alguno que la misma no pueda atender adecuadamente al hijo, como ha venido haciendo de forma óptima y encomiable.

RÉGIMEN DE VISITAS

Disponer que el padre lleve a diario a los niños al centro escolar podría interferir en la organización doméstica de la madre, ante posibles retrasos o imposibilidades puntuales de éste, máxime a horas de especial congestión circulatoria, que podría constituir fuente de tensiones entre los progenitores, que en nada beneficiarían a los hijos.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 24 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María del Mar Alonso Martínez

La representación del Sr. José Ignacio peticiona de forma subsidiaria la ampliación del régimen de vi-

sitas fijado en su favor, interesando se disponga que pueda acompañar diariamente a los hijos al centro

escolar y dos días intersemanales, desde la salida del colegio hasta el día siguiente que los acompañará al mismo.

El derecho de visitas no puede ser interpretado de forma restrictiva, por su propia naturaleza y por tratarse de un derecho que actúa para la reanudación de las relaciones entre padres e hijos y su mantenimiento y desarrollo. Este derecho sólo puede ceder ante un peligro concreto y real para salud la física, psíquica o moral del menor. Es un complejo derecho-deber, cuyo cumplimiento no tiene por finalidad únicamente dar cumplimiento a los deseos de los progenitores, sino principalmente satisfacer las necesidades afectivas y educacionales, de forma amplia, de los hijos, en aras de un desarrollo íntegro de su personalidad y equilibrado. El artículo 135 del CF determina que la autoridad judicial, podrá suspender, modificar o denegar el derecho a relacionarse con el menor, incluso al padre y a la madre, si las relaciones pueden perjudicar al menor o si concurre justa causa.

Valorando el régimen de visitas fijado en la sentencia de instancia, y la edad de los menores,

no considera esta Sala procedente estimar la pretensión apelante, considerando que disponer que el padre lleve a diario a los niños al centro escolar, podría interferir en la organización doméstica de la madre, ante posibles retrasos o imposibilidades puntuales del mismo, máxime a horas de especial congestión circulatoria, que podría constituir fuente de tensiones entre los progenitores, que en nada beneficiarían a los hijos. Tampoco se valora procedente la fijación de dos días intersemanales con pernocta, pues la ampliación así del régimen de visitas, dada la corta edad de los trillizos, introduciría elementos desestabilizantes en los mismos, que precisarían aún de una especial rutina y costumbres pautadas y supondría, además *de facto*, la existencia de una custodia compartida, que, como se ha expuesto, no se valora procedente.

Ahora bien, no obstante lo expuesto, se procede ampliar el régimen previsto, de forma que el padre podrá estar con los hijos, un día intersemanal, que a falta de acuerdo será el miércoles, desde la salida del centro escolar a las 20 horas, que los reintegrará en el domicilio materno.

RÉGIMEN DE VISITAS

En el presente caso la conducta distante e impositiva del progenitor no custodio, unido a la edad adolescente de sus hijos, han propiciado una situación de enfrentamiento que motiva el Auto recurrido pues si el padre es incapaz de llevar a buen fin las visitas, éstas no pueden ser impuestas a los hijos con el rigor que el progenitor pretende.

AP VIZCAYA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Fernando Valdés-Solís Cecchini

Ciñéndonos al recurso principal, en el mismo don Luis Ángel pretende que se revoque el Auto recurrido por el que se restringió de modo notorio el régimen de visitas establecido inicialmente por los dos progenitores en el convenio regulador. Al efecto el actual régimen de visitas podemos considerarlo sumamente restrictivo, pues el mismo tiene lugar domingos alternos, de 10 a 21 horas, tres días en Navidad, tres en Semana Santa y dos semanas no consecutivas en las vacaciones de verano. Ello frente al régimen pactado que comprendía dos tardes entre semana de hora y media cada una, fines de semana alternos desde las 20 horas del viernes a las 20 horas del domingo, la mitad de las vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa y tres semanas en verano.

La resolución recurrida va desgranando los motivos por los cuales considera que el régimen de

visitas pactado no está funcionando correctamente, reflejando cómo el padre las incumple sistemáticamente aduciendo indemostradas ocupaciones laborales; y que, conforme al informe psicosocial practicado en autos, las visitas no están redundando en beneficio de los menores. Éstos perciben la figura paterna como un referente lejano, con el que no han tenido antes ni tienen ahora un trato afectuoso, interfiriéndose en sus actividades sociales y de amigos, con la dificultad añadida de que las visitas se llevan a cabo en un caserío sito a ocho kilómetros de Orduña, lugar de residencia habitual de los menores. En el curso de las vistas los niños permanecen en el caserío atendidos por sus abuelos, estando casi todo el tiempo su padre ausente bien por ocupaciones que considera prioritarias bien por desidia o falta de relación.

El recurso de apelación alega que para que se puedan modificar unas medidas acordadas en convenio regulador deben haber sobrevenido circunstancias que alteren sustancialmente las tomadas en consideración al momento de pactar el convenio. Y en el presente caso tal cosa no ocurre. La relación del padre con sus hijos siempre ha sido distante y lo era cuando se pactó el convenio regulador por lo que ninguna alteración se ha producido desde este punto de vista. Estima el recurrente que los hijos deben cumplir con el régimen de visitas y su madre poner de su parte todo lo necesario para ello, pues es en interés de ellos y de su progenitor que las visitas deben mantenerse en los términos pactados, únicos en que la figura paterna puede ser valorada adecuadamente por los hijos. Unas visitas tan escasas como las señaladas únicamente van a contribuir al distanciamiento entre padre e hijos frustrando la finalidad que el régimen de visitas tiene en sí mismo considerado.

Debemos tomar en cuenta, a la hora de resolver, que las relaciones entre el padre y sus hijos, especialmente con el mayor, Ugaitz que a día de hoy cuenta con 15 años de edad, son difíciles. La figura paterna siempre ha sido percibida por los hijos de modo distante y ajeno a su mundo afectivo y relacional; a ello se añade actualmente la situación de enfrentamiento parental que existe y el claro posicionamiento de los hijos a favor de su madre. Su edad, en plena adolescencia, aporta una

perturbación más a las dificultades que el sistema comporta.

Resulta evidente que el establecimiento de un régimen de visitas es el cauce adecuado, a falta de otros, para que el progenitor no custodio mantenga la relación con los hijos. Pero el régimen de visitas es un medio del que tiene que valerse el progenitor para, en ejercicio del mismo, atraer el afecto y la consideración de sus hijos. Ninguna norma ni decisión judicial pueden suplir el papel del progenitor no custodio a la hora de ganarse el afecto de sus hijos. Y si no lo consigue, omisión hecha del motivo, las consecuencias son el fracaso del sistema.

En el presente caso la conducta distante e impositiva del progenitor no custodio, unido a la edad adolescente de sus hijos, han propiciado una situación de enfrentamiento que motiva el Auto recurrido pues si el padre es incapaz de llevar a buen fin las visitas, las mismas no pueden ser impuestas a los hijos con el rigor que el progenitor pretende.

No es preciso, por tanto, que se haya producido una alteración sustancial para restringir o llegado el caso suspender el régimen de visitas, pues las mismas deben desarrollarse siempre en beneficio de los hijos y la falta de este requisito puede comportar una modificación como en el presente asunto ha acontecido.

En conclusión de lo anterior el Auto debe ser mantenido, desestimando el recurso.

RÉGIMEN DE VISITAS

Al estar el padre ingresado en prisión, se fija un régimen de visitas a favor de la abuela que incluye fines de semana alternos, en el entendimiento de que la abuela tiene la obligación de recoger a los niños y acompañarlos a visitar a su padre a la prisión.

AP ALICANTE, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Benigno Flórez Menéndez

La apelante está divorciada por Sentencia de 11 de enero de 2007, que, teniendo en cuenta que el esposo se encuentra en prisión, estableció un limitado régimen de visitas de los dos hijos menores con el padre. En el presente juicio la abuela paterna demanda un régimen de visitas directamente a su favor, en conformidad con los artículos 159 y 160 del CC. La sentencia de instancia estima la demanda y es recurrida por la madre para que el régimen fijado sea limitado y se modifiquen otros extremos de su ejecución.

Conviene ante todo señalar que el hecho de que la hoy apelante no hubiera en su momento contes-

tado a la demanda ni comparecido en el juicio no equivale a allanamiento y por tanto no le priva del derecho a apelar la sentencia. A mayor abundamiento, ha de considerarse la índole de las cuestiones debatidas, que son de orden público, por lo que el allanamiento en sentido estricto no es posible; y, por otra parte, esto afecta también a la posición del órgano jurisdiccional, con poderes de oficio en la materia, de manera que la Sala, una vez cumplido el presupuesto de la existencia del recurso como fundamento de su competencia, puede regular las visitas en la forma que estime más adecuada para

los intereses de los menores, aun cuando no coincidan con las peticiones de las partes.

Pasando pues al fondo del asunto, hay que señalar:

A) Tiene razón la recurrente cuando alega que, aun a falta de una previsión legal expresa en este sentido, el régimen de visitas a favor de los abuelos es en cierta medida secundario en relación con el de los padres, circunstancia que justifica que la extensión de aquél sea menor y por esta razón conviene reducir el establecido por la sentencia a 15 días en el verano, 4 días en las vacaciones de navidad y semana santa, y 2 horas en los cumpleaños y otras

fechas señaladas análogas. En cambio, parece razonable mantener los fines de semana alternos fijados por el Juzgado, pero en el entendimiento de que uno de ellos se entenderá cumplido con el que, por disposición de la sentencia de divorcio, la abuela tiene que recoger a los niños y acompañarlos a visitar a su padre a la prisión.

B) También tiene razón la recurrente en que no está justificado que se le imponga a ella la carga de llevar a los niños a casa de su abuela, ni por razones económicas ni por disponibilidad personal, por lo que será la abuela quien haya de recoger a los niños en su domicilio y reintegrarlos a él.

RÉGIMEN DE VISITAS

El informe redactado por la psicóloga no constituye una base suficiente para la suspensión de la pernocta del menor en el domicilio de su padre habida cuenta de la importancia que tiene la existencia de un vínculo intenso con el progenitor no custodio para el correcto desarrollo personal y social del menor. Dicho informe carece de una valoración profunda de los motivos por lo que el menor no quiere ir al domicilio paterno, y el porqué de lo que la psicóloga en la vista expresó diciendo «el niño tiene rechazo a irse a casa de su padre, rechaza la situación, no al padre».

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Esparza Olcina

Las representaciones de las dos partes interponen recursos de apelación contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Torrent el día 25 de enero de 2008, que estimó la demanda formalizada por la actora y acordó la suspensión de la pernocta del hijo de los litigantes, de 6 años de edad, en el domicilio del demandado.

Como ha declarado con reiteración la jurisprudencia, en el artículo 94 del Código Civil se configura el derecho, que también es una obligación del progenitor que no tenga consigo a los hijos menores de edad de comunicar con ellos y tenerlos en su compañía; este derecho-obligación se inscribe en el marco de las relaciones paterno-filiales, siendo una faceta del desarrollo de la personalidad de los hijos importante y en cuya determinación, concreción y desarrollo ha de primar, no obstante el derecho del progenitor, el principio rector consagrado en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de primacía del interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir; en el caso que hoy atrae la atención del Tribunal, el informe redactado

por la psicóloga del «Gabinet Psicotècnic Municipal» de Torrent, ratificado en la vista, no constituye una base suficiente para la suspensión de la pernocta del menor en el domicilio de su padre habida cuenta de la importancia que tiene la existencia de un vínculo intenso con el progenitor no custodio para el correcto desarrollo personal y social del menor, y de la ausencia en el informe de una exploración y una valoración profunda de los motivos por lo que el menor no quiere ir al domicilio paterno, el porqué de lo que la psicóloga en la vista expresó diciendo «el niño tiene rechazo a irse a casa de su padre, rechaza la situación, no al padre»; no está justificada la restricción de los contactos acordada por el Juzgado; por ello, a juicio de la Sala, procede reconocer al demandado, como él solicita, el derecho a estar con su hijo por la noche en su domicilio un fin de semana al mes, que a falta de acuerdo será el primero de cada mensualidad, así como una vez cada tres días en el próximo período de vacaciones de Navidad, para que, transcurrido éste, se elabore un informe psicológico que valore la oportunidad de volver al régimen normal de comunicación establecido en la Sentencia de separación de 22 de junio de 2004.

VIVIENDA FAMILIAR

Ineficacia frente al arrendador del pacto contenido en el convenio regulador de la separación por el que el esposo se obligaba al pago de las rentas, siendo procedente la estimación de la demanda de resolución del contrato por falta de pago.

AP SEVILLA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Herrera Tagua

En cualquier caso, entrando en el fondo del asunto, la única cuestión que se alega, en orden a desvirtuar la acción ejercitada por el actor, es el pago realizado por el otro codemandado, ya que venía obligado a ello, a tenor de lo acordado en el proceso de separación. Dado que se trata de un hecho extintivo, de conformidad con la regla de la carga de la prueba, su adveración corresponde a quien lo ha alegado, de modo que su insuficiencia probatoria perjudicará a quien lo ha formulado.

Para que el pago produzca los efectos liberatorios que le concede el artículo 1156 del Código Civil, como señalan las Sentencias de 4 de abril de 1956, y 2 de junio de 1981, entre otras, exige que la cantidad pagada se incorpore efectivamente al patrimonio del acreedor o se ponga a su disposición, si se hubiera negado a recibirla. Dado que el pago es un negocio jurídico bilateral que requiere la colaboración del acreedor, STS de 24 de noviembre de 1988, es necesaria la voluntad clara y determinante por parte del demandado de extinguir su obligación, y que dicho cumplimiento reúna los requisitos de identidad e integridad, es decir, que ha de cumplirse la petición pactada y no otra, y que no se entenderá pagada la deuda, sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consista, artículo 1157 del Código Civil.

Se alega por la demandada que acordó con el codemandado Sr. Íñigo que él asumiría, entre otros, el pago de las rentas derivadas del contrato de arrendamiento respecto de la citada finca, y así se reflejó en la Sentencia dictada en el proceso de separación. A estos efectos conviene recordar, que por su propia naturaleza, estas cuestiones económicas resueltas en el proceso matrimonial no produce su eficacia *erga omnes*, es decir, frente a todos, sino tan sólo entre las partes del dicho proceso, a diferencia de las cuestiones que se resuelvan sobre el vínculo matrimonial o la patria potestad.

Dicho acuerdo realizado por las partes, y oportunamente aprobado en la Sentencia de separación, supone una transmisión de las obligaciones, que doctrinalmente es calificada como la aptitud de las mismas de pasar o derivarse de uno a otro sujeto, en este caso en el pasivo, sin alterar su esencia, es decir, se trata de una asunción de deuda, que supone to-

mar a su cargo una obligación preexistente constituyéndose en deudor y liberando al deudor primitivo, que aunque es atípico, ya que nuestro Código Civil sólo regula la novación que a diferencia de la figura anterior, supone una nueva deuda, como parece desprenderse del artículo 1207 del Código Civil, ha sido reconocido por la jurisprudencia, siendo necesario para su plena eficacia que sea conocido por el acreedor y conste su consentimiento de un modo cierto e indudable, excluyéndose toda forma tácita o presuntiva, la Sentencia de 21 de marzo de 2002 declara que: «el acreedor, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1205 del Código Civil ha de prestar necesariamente su consentimiento para que surja la novación negocial por sustitución del deudor por otro nuevo —figura conocida doctrinalmente con la denominación de asunción de deuda—. Ahora bien para que surja tal asunción de deudas, en cuanto supone la sustitución del primitivo deudor, por otro nuevo y ajeno a la convención originaria, ha de constar dicho asentimiento siempre de modo claro, preciso, inequívoco y contundente, ya que crea una nueva y moderna relación obligatoria, como proclama la Sentencia de esta Sala de 27 de junio de 1991». En este mismo sentido agrega la Sentencia de 29 de noviembre de 2001 que: «según doctrina jurisprudencial y científica, que establece que para que surja el tipo contractual atípico de la asunción de deuda es precisa la concurrencia del consentimiento liberatorio del acreedor, lo que es definitivo a tenor de lo dispuesto en el artículo 1205 del Código Civil, que establece dicho consentimiento para el caso de una novación por cambio de deudor sobre la que se ha tratado de basar dicha figura atípica del contrato de asunción de deuda, y así se establece en la Sentencia de esta Sala de 16 de marzo de 1995, cuando dice «que la institución de asunción de deudas, si bien carece de regulación precisa en nuestro Código, salvo la referencia genérica de sus preceptos 1112 y 1205, ha sido integrada doctrinalmente por la jurisprudencia de esta Sala, ya que se ha declarado que opera ocasionando la sustitución del deudor originario por el posterior, que voluntariamente acepta y asume la obligación de satisfacer la deuda, con lo que se alcanza estado liberatorio para el primero. De esta manera no se da la coexistencia de dos créditos frente a dos deudores, al prevalecer el último como

obligado pasivo, necesitando para la plena eficacia el consentimiento del acreedor, que no cabe sea en forma tácita o presuntiva, sino expresa y decidida».

Ese consentimiento por parte del actor, necesario e indispensable para que pudiera vincularle dicho acuerdo, no ha existido, hecho que implícitamente se admite por la apelante, ya que sólo esgrime ese acuerdo formalizado con el Sr. Íñigo, aprobado judicialmente, lo cual no impide la eficacia del mismo, pero sólo entre las partes, dado el principio de autonomía de la voluntad que consagra el artículo 1255 del Código Civil, al tratarse de actos que fueron realizados con plena libertad de criterio y con voluntad no coartada. A estos efectos, no podemos olvidar que en nuestro sistema rige la denominada relatividad de los contratos que consagra el artículo 1257 del Código Civil, que supone que éstos sólo producen efectos entre las partes que los celebraron, es decir, *inter partes*, y sus herederos; respecto de terceros no puede favorecerlos ni perjudicarlos. En este sentido señala la Sentencia de 27 de marzo de 1984 que: «a partir del principio de la relatividad de los contratos (*res inter alios acta, neque nocet neque prodest*) según el que cada contrato constriñe exclusivamente a las partes contratantes y a sus herederos; y si la Jurisprudencia de esta Sala, a partir de la sentencia de diecisiete de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve seguida por las de cinco de octubre de mil novecientos sesenta y cinco, tres de octubre de mil novecientos setenta y nueve y veinte de febrero de mil novecientos ochenta y uno y últimamente reiterada su doctrina por la de dos de noviembre de mil novecientos ochenta y uno, se ha separado de la rígida aplicación del principio, ha sido sólo en el sentido de contraponerlo matizadamente a la regla *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*, admitiendo que las obligaciones y también los derechos dimanantes del contrato trasciendan (con excepción, claro es, de los personalísimos) a los causahabientes a título particular, que penetran

en la situación jurídica creada mediante negocio celebrado con el primitivo contratante o, como dicen las sentencias, ya citadas, de mil novecientos cincuenta y nueve a mil novecientos sesenta y cinco: “el causahabiente a título particular, soporta los efectos de los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ella, si influyen en el derecho que se transmite”. En términos parecidos se pronuncian las Sentencias de 14 de mayo de 1928, 20 de febrero de 1981, 2 de noviembre de 1981 y 27 de mayo de 1989 y 13 de febrero de 1997.

Por tanto, estas consideraciones serían suficientes para rechazar la eficacia de dicho acuerdo frente al actor, dado que en nada le vincula, pero, además, del tenor de la Sentencia dictada en el proceso matrimonial, no se deduce que el Sr. Íñigo asumiera el pago de esta deuda, tan sólo se hace referencia en dicha resolución a que deberá asumir el pago de las cuantiosas deudas generadas constante matrimonio y antes del cese de la convivencia conyugal, pero sin perjuicio del reintegro que pudiera corresponderle, una vez que se liquide el acervo ganancial. Del tenor de dicha disposición, dado su carácter genérico, no se deduce que se esté refiriendo a la deuda que sustenta la acción resolutoria ejercitada por el actor, o, al menos, en toda su extensión, ya que dicha resolución se dicta el día 4 de octubre de 2005 y el impago de rentas es desde junio de 2005 a septiembre de 2006, de modo que gran parte de la misma no se podría asumir por el Sr. Íñigo según el tenor de dicha decisión judicial, ya que, en gran medida, se trataría de deuda generada después de la ruptura matrimonial.

En todo caso, la demandada no está alegando dicho acuerdo, sino que efectivamente se ha pagado, en los términos que anteriormente hemos señalado que consiste el pago, es decir, que se ha integrado la cantidad correspondiente en el patrimonio del acreedor, y es evidente que no ha realizado el menor esfuerzo para acreditarlo.

VIVIENDA FAMILIAR

Por convenio extrajudicial las partes pactaron la venta del domicilio familiar, realizando posteriormente la esposa determinadas acciones tendentes a tal venta, pues acudió a un API para encargar tal venta, tal como reconoció en el acto de la vista, por lo que no puede ahora alegar su oposición a tal pacto y solicitar la atribución del uso del inmueble.

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, SENTENCIA DE 18 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María José Pérez Tormo

El recurso que plantea la Sra. Leticia contra los pronunciamientos de la sentencia que no le ha atribuido

el uso de la vivienda que fue familiar y ha declarado extinguida su pensión compensatoria,

peticiones que reproduce en esta alzada, van a ser nuevamente desestimadas.

La cuestión que debe ahora plantarse es la de la naturaleza jurídica del convenio extrajudicial entre las partes que no fue ratificado a presencia judicial, como ocurrió en el presente caso con el convenio de fecha 14 de febrero de 2006, cuyo valor, según reiterada jurisprudencia, tal como ha indicado con acierto la Juzgadora *a quo*, es el de un negocio de derecho de familia que tiene eficacia como contrato de carácter consensual y bilateral, aceptado y reconocido por ambas partes, con la concurrencia de su mutua anuencia, objeto y causa, y tiene carácter obligatorio para los suscribientes, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil, tal como proclama la Sentencia de Tribunal Supremo de fecha 22 de abril de 1997, siempre que sus estipulaciones no sean contrarias a las leyes, la moral ni al orden público.

Los pactos así adoptados referidos a materias ajenas al principio dispositivo, como son las relacionadas con los derechos de los hijos menores de edad (guarda y custodia, patria potestad, régimen de visitas, etc.), por hallarse sujetos al orden público y ser constitutivos de *ius cogens*, podrán ser de nuevo analizados por los Tribunales en un ulterior proceso; pero las materias o efectos de carácter dispositivo, referidos a divisiones de patrimonio de las partes, la disposición de los bienes tanto a título

oneroso como gratuito, la pensión compensatoria o la compensación del artículo 41 del Código de Familia, ostentan carácter contractual y son de obligado cumplimiento entre los suscribientes, ante la concurrencia de mutuo consenso, objeto y causa, como elementos que integran todo negocio jurídico, artículo 1261 del Código Civil.

Por el convenio extrajudicial de 14 de febrero de 2006 las partes pactaron la venta del domicilio familiar, realizando posteriormente la hoy recurrente determinadas acciones tendentes a tal venta, pues acudió a un API para encargar tal venta, tal como reconoció en el acto de la vista, por lo que no puede ahora alegar su oposición a tal pacto, ni que su voluntad estuviera viciada, pues no ha intentado la nulidad del referido convenio.

Asimismo renunció a su pensión compensatoria en aquel documento, reconociendo, y así consta en dicho documento que tiene «un compañero sentimental que le ayuda económicamente». Esta renuncia es plenamente válida y eficaz, y de conformidad a la doctrina del Tribunal Supremo, en Sentencia entre otras de fecha 5 de abril de 1997, cabe concluir que siendo clara, explícita, inequívoca, terminante y sin dudas sobre su significado, y al tener la Sra. Leticia facultad de disposición sobre tal pensión, ha devenido irrevocable.

Debe pues, desestimarse este motivo impugnatorio.

VIVIENDA FAMILIAR

Atribución del uso de la vivienda familiar sin limitación temporal a la esposa en tanto no cese la situación de mayor necesidad apreciada en ella, por cuanto frente a su carencia de ingresos se aprecia que el esposo cuenta con una pensión por importe de 2.487,86 euros, lo que pone de manifiesto que aquélla se encuentra en mayor necesidad de que le sea atribuido el uso de la vivienda que éste y no constan en las actuaciones datos objetivos que permitan determinar cuándo cesará aquélla.

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Paulino Rico Rajo

Por lo que hace a la primera de las pretensiones articuladas en esta alzada, la relativa al uso del domicilio familiar, respecto a lo que solicita que se confirme lo acordado en el Auto de Medidas Provisionales, en el que se otorgó el uso a la Sra. Rocío, en lugar de su atribución a la misma «hasta que se produzca la venta y transmisión de la vivienda familiar», debe tenerse en cuenta, en orden a su resolución, la previsión legal contenida en el artículo 83 del Código de Familia de Cataluña, titulado «uso de

la vivienda familiar», por cuanto, al ser uno de los aspectos que deben ser objeto de regulación en los casos de nulidad del matrimonio, divorcio o separación judicial, el relativo a la atribución del uso de la vivienda familiar, con el correspondiente ajuar, y, en su caso, de las demás residencias, conforme a lo dispuesto en el artículo 76.3.a) de dicho texto legal, el referenciado artículo 83 dispone que: «1. El uso de la vivienda familiar, con su ajuar, se atribuye en la forma convenida por los cónyuges, salvo

que ésta resulte perjudicial para los hijos, a criterio de la autoridad judicial, que resuelve la cuestión. 2. En defecto de acuerdo o si éste es rechazado, a criterio del juez o jueza, dadas las circunstancias del caso, decide, en lo que se refiere a la vivienda familiar, en los siguientes términos: a) Si hay hijos, el uso se atribuye, preferentemente, al cónyuge que tenga atribuida su guarda, mientras dure ésta. Si la guarda de los hijos se distribuye entre los cónyuges, resuelve la autoridad judicial. b) Si no hay hijos, se atribuye su uso al cónyuge que tenga más necesidad de la misma. La atribución tiene lugar con carácter temporal, mientras dure la necesidad que la motivó, sin perjuicio de prórroga, en su caso».

De dicha previsión legal se deriva, sin duda alguna, que, por tratarse de materia no de orden público sino sometida al principio dispositivo, por tanto sujeta a la libertad de pactos que en nuestro ordenamiento jurídico establece el artículo 1255 del Código Civil, y en principio, prima el acuerdo que sobre el uso hubieran alcanzado los cónyuges, salvo que se entienda perjudicial para los hijos menores de edad si los hubiere, en los supuestos de nulidad, separación o divorcio contenciosos sin que exista acuerdo entre los cónyuges, lo que la Ley prevé es la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, bien, preferentemente, si hay hijos, a favor de aquel que tenga atribuida su guarda, bien, si no hay hijos, o éstos son mayores de edad o emancipados, a aquel que tenga más necesidad de la misma.

Igualmente se deriva del contenido de la regulación legal sobre el uso de la vivienda familiar que el legislador contempla su atribución temporal, tanto si hay hijos menores como si no los hay, por cuanto el legislador dispone, en el primer caso, que la atribución se hará, preferentemente, al cónyuge que tenga atribuida su guarda, «mientras dure ésta», a diferencia de la dificultad que entraña el término necesidad (y «mientras dure la necesidad que la motivó») que se prevé para el supuesto de ausencia de hijos, que supone que deban constar en

las actuaciones datos que permitan determinar, con una previsión de futuro más o menos cierta, cuándo cesarán los que se tienen en cuenta para determinar la atribución del uso de la vivienda, esto es, cuándo cesará la mayor necesidad de su atribución a uno u otro cónyuge, con independencia de que con la previsión legal de limitación temporal persigue el legislador la evitación de que el derecho de propiedad se vea permanentemente constreñido en su uso mediante la atribución del mismo a uno de los copropietarios o, incluso, a un no copropietario, con la incidencia que ello puede tener en el derecho de libre disposición que el derecho de propiedad lleva consigo, no tanto en cuanto al ejercicio del mismo cuanto en la repercusión que el hallarse el bien ocupado por otra persona puede tener en el precio del mismo y, consiguientemente, en la posible ganancia que por su enajenación pueda obtener su titular, es lo cierto que, como señala la jurisprudencia «en supòsits de copropietat, qualsevol dels dos cònjuges podrà instar en el moment que estimi oportú l'acció de divisió de la cosa comú, sens perjudici que, consolidat la totalitat del domini, el cònjuge no beneficiat per a l'atribució de l'ús de l'habitatge o un tercer, hagi de respectar la decisió que sobre tal us hagi estat judicialment fixat; ús inscribible en el Registre de la Propietat i que causarà els efectes protector inherents al principi de publicitat registral» (STSJ de Cataluña de fecha 22 de septiembre de 2003), por lo que procede la estimación del recurso de apelación y acordar la atribución del uso de la vivienda familiar a la Sra. Rocío en tanto no cese la situación de mayor necesidad apreciada en la misma, por cuanto frente a la carencia de ingresos por parte de la misma se aprecia que el Sr. Romeo cuenta con una pensión por importe de 2.487,86 euros, lo que pone de manifiesto que aquélla se encuentra en mayor necesidad de que le sea atribuido el uso de la vivienda que éste y no constan en las actuaciones datos objetivos que permitan determinar cuándo cesará la misma.

VIVIENDA FAMILIAR

Los gastos por IBI, reparaciones de la vivienda, seguro de ésta y derramas extraordinarias por instalación de servicio de ascensor en la comunidad afectan a la propiedad de la vivienda familiar, suponiendo un incremento de su valor y una obligación de abono por parte de ambos titulares del inmueble.

AP ZARAGOZA, SEC. 2.ª, AUTO DE 29 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María Elia Mata Albert

Recorre el ejecutado el Auto dictado en la instancia el 29 de enero de 2008, suplicando su revocación y

se estime íntegramente la oposición a la ejecución por él deducida.

El ejecutado alega, en síntesis, que no resultan abonables los gastos reclamados por la ejecutante por ser gastos los del menor no exigibles, o no acreditarse correspondan al mismo, y los restantes gastos de la vivienda familiar abonables por la Sra. Regina, por ser la que ocupa la misma.

Es perfectamente legítima la ejecución amparada en la Sentencia de separación de 5 de abril de 2005, anterior a la de divorcio de 25 de septiembre de 2006, firme ésta el 7 de marzo de 2007, por tratarse las reclamadas de deudas generadas durante su vigencia y antes de que recayese la segunda sentencia citada.

Impugnados todos los conceptos reclamados, esta Sala comparte los razonamientos desplegados por el Juzgador de instancia en su resolución.

Los gastos médicos y farmacéuticos son de escaso importe, y su devengo aparece justificado por

la urgencia asistencial invocada por la Sra. Regina, viniendo amparados por la cláusula tercera del Convenio aprobado judicialmente de 8 de marzo de 2005, lo mismo que los de material escolar y libros, expresamente contemplados en la citada cláusula.

Finalmente, los gastos por IBI, reparaciones de la vivienda, seguro de la misma y derramas extraordinarias por instalación de servicio de ascensor en la Comunidad afectan a la propiedad de la vivienda familiar, suponiendo un incremento de su valor y una obligación de abono, a los titulares, legalmente previsto. La falta de previsión expresa de tales cuestiones en el convenio, no impide la aplicación de los principios rectores de la propiedad a los litigantes, tratándose de una medida habitualmente examinada en las resoluciones de Derecho de Familia, que agiliza las reclamaciones liquidatorias de la sociedad conyugal que se formulen con posterioridad.

VIVIENDA FAMILIAR

No puede estimarse la pretensión principal de compartir la vivienda por períodos temporales idénticos, pues dicha solución lo único que produce son problemas entre las partes relativas a la forma de uso, o abuso de ese uso en el período próximo al cambio, o relativo a cómo se abonan los gastos generales de la vivienda, etc.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María Pilar Manzana Laguarda

El artículo 96 del CC determina como criterio para atribuir a uno u otro de los cónyuges el domicilio familiar la necesidad de proteger el interés prioritario de alguno de ellos, que en el caso de descendencia común vendrá determinado por la atribución de la guarda de los hijos y en hipótesis como la presente de ausencia de prole o por ser éstos ya independientes económicamente, por otros factores que hagan merecedor a uno u otro cónyuge de tal amparo preferente. Y analizadas las específicas circunstancias concurrentes en el supuesto sometido a la valoración de la Sala se encuentra motivo suficiente para considerar como interés más necesitado de protección el de la esposa, y ello por cuanto se asumen en su integridad los argumentos esgrimidos por el Juzgador de instancia para concluir esa atribución preferente, derivados de su situación económica y laboral.

No puede estimarse la pretensión principal de compartir la vivienda por períodos temporales idénticos, pues dicha solución lo único que produce son problemas entre las partes relativas a la forma

de uso, o abuso de ese uso en el período próximo al cambio, o relativo a cómo se abonan los gastos generales de la vivienda, etc. Por ello procede desestimar la pretensión principal.

Por lo que se refiere a la petición subsidiaria, como se ha dicho, los datos que ofrecen las actuaciones hacen inclinar la balanza hacia la atribución del uso de la vivienda que fuera familiar a la esposa, más ello sin perjuicio de que ese uso exclusivo y excluyente tenga un límite temporal, cual es la liquidación de la sociedad de gananciales, y sin que la atribución del uso a uno de los cónyuges, ha de añadirse, determine la adjudicación a éste en la liquidación de gananciales. En efecto, cualquiera de las partes puede en todo momento obtener la liquidación de los bienes que componen el acervo ganancial, y es en ese momento en el que al dividirse la sociedad procede adjudicar a uno de ellos la vivienda familiar a cambio de la oportuna compensación económica al otro, o proceder a su venta y dividirse el precio de la misma en caso de que se venda a un tercero. Por ello, la atribución a uno de los cónyuges resulta

siempre temporal a expensas de lo que, en definitiva, se acuerde en la liquidación de gananciales, estando en manos de ambos obtener la misma.

En esos términos, pues, procede la estimación del motivo. Finalmente la atribución de ese uso lleva consigo no sólo el pago de los gastos corrientes de la vivienda relativa a suministros –agua, luz,

gas teléfono,...–, sino muy especialmente los ordinarios de la comunidad de vecinos del edificio del que forma parte la vivienda, de modo que sólo los extraordinarios –arreglos de fachada, cambio de ascensor,...– deben ser abonados al 50% entre los titulares del inmueble, igual que el impuesto de bienes inmuebles, y el préstamo hipotecario que grava la vivienda.

VIVIENDA FAMILIAR

Otorgado el uso alternativo de la vivienda a ambos cónyuges se encuentra más acertado que la alternancia sea semestral y no por quincenas.

AP ALICANTE, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Federico Rodríguez Mira

La sentencia de instancia decidió otorgar a los litigantes, con carácter alternativo, el uso del domicilio familiar por períodos quincenales, hasta la liquidación de la sociedad ganancial, comenzando su disfrute el marido al llevar más tiempo fuera de aquél.

Dicho pronunciamiento se acomoda, en principio, al criterio general establecido por el artículo 96 del CC, al no existir hijos y tratarse de litigantes con ingresos similares; de manera que, a pesar de los alegatos expuestos por la recurrente para apoyar su derecho a que se le otorgue el citado uso de manera exclusiva hasta la liquidación de la sociedad conyugal, la realidad es que aquélla no justifica un interés más necesitado de protección frente al demandado, el cual, por cierto, tuvo que abandonar dicho domi-

cilio familiar por una orden de protección de fecha 18 de julio de 2007 dictada en vía penal, a virtud de denuncia de su esposa por supuesto delito de malos tratos en el ámbito familiar, la cual fue dejada sin efecto mediante Sentencia absolutoria de 24 de septiembre de 2007, confirmada en apelación por otra de 29 de noviembre de 2007.

La única corrección que cabría hacer a la decisión judicial, según aceptan además ambas partes con carácter subsidiario, es la de sustituir el escaso período de uso quincenal fijado en sentencia por uno superior de 6 meses, más acorde en este caso con una estancia razonable en la vivienda, y la posibilidad de alquilar otra por períodos equivalentes cuando el usuario tuviera que abandonarla al finalizar aquél.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Se concede efectos retroactivos a la extinción de la pensión alimenticia desde la fecha de presentación de la demanda, ya que en esa fecha ya concurría la causa de extinción.

AP A CORUÑA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ramón Sánchez Herrero

Se ha suscitado en la presente ejecutoria el problema del momento en que se debe dar efecto a la extinción de la pensión de alimentos que había sido fijada en la sentencia de separación a favor del hijo Silvio, si debe ser en el momento en que se acordó tal extinción en la sentencia de divorcio –tesis de la sentencia–, o aquél en que se solicitó –tesis del apelante–.

Frente a la tesis de que esta prestación de alimentos como carga familiar y por tanto de naturaleza constitutiva, cuyos efectos sólo se pueden exigir desde que se establece, se viene oponiendo una naturaleza declarativa, por su relación con la prestación de alimentos, y por ello la aplicación del artículo 148 del CC, que establece que los alimentos se deben desde que son reclamados, y por ello la

extinción también habría de declararse desde que se solicitó.

En la reciente Sentencia de 6 de marzo de 2006, analizando el momento a partir del cual se debían producir los efectos a la cesación de la prestación alimenticia establecida en una resolución anterior, si la fecha de presentación de la demanda (artículo 148 del CC: «los alimentos se abonarán desde que se interponga la demanda») o el momento en que se dictó la sentencia en que declaraba extinguida la prestación (artículo 91 CC, según el cual las medidas anteriores sólo pueden dejarse sin efecto por otras posteriores), dijimos que es difícil responder de forma definitiva y general a la cuestión propuesta, pues el sistema del artículo 148 gira más bien sobre criterios de justicia material —se necesitan alimentos, y no puede esperarse hasta que se resuelva definitivamente—, mientras que el del 91 lo hace sobre criterios más formales —establecida una medida judicialmente, no puede quedar sin efecto hasta que se sustituya por otra—, y la confluencia y colisión entre ambos variará según los casos. No obstante, señalábamos, la interpretación que del régimen del artículo 91 no es rígida, ya que el artículo 775.3 de la LEC prevé que el cónyuge que pretenda solicitar una modificación de medidas, inste la modificación provisional de las medidas definitivas concedidas en un pleito anterior (a sustanciar por la vía del artículo 773, de las medidas provisionales). Es decir, que el régimen legal permite que unas medidas fijadas en una resolución judicial queden sin efecto de forma provisional, antes de la decisión definitiva sobre su modificación, si bien en este caso no se ha solicitado así, quizá porque se pedía en la demanda la producción de sus efectos desde la fecha de la misma.

Ante esa circunstancia, decíamos que la solución más adecuada vendría dada por el examen *a posteriori* de las circunstancias que se hubieran po-

dido tener en cuenta a la hora de presentar la demanda, sobre la ejecución provisional de la medida. Es decir, que si hubiera una apariencia firme de derecho que hubiera podido motivar la adopción de la medida en forma provisional —en este caso la cesación de la obligación de prestar alimentos—, los efectos se podrían considerar *ex tunc*, mientras que en otro caso, deberían considerarse producidos sólo desde la decisión definitiva —*ex nunc*—. Así podríamos conjugar mejor el principio de justicia material (evitar el enriquecimiento injusto de quien no tenía derecho a percibir alimentos) con el de seguridad jurídica (es precisa una decisión judicial para dejar sin efecto otra anterior).

En el presente caso, dado que la causa de la extinción de la obligación alimenticia se ha producido por el hecho de que el hijo Silvio, que ha finalizado los estudios de Formación Profesional de Automoción, tras haber desempeñado algún trabajo de forma más o menos continuada, desde octubre de 2006 ha trabajado ininterrumpidamente para la empresa Trasiega Noroeste, SL, pernoctando habitualmente fuera del domicilio familiar, y con unos ingresos de unos 1.900 euros al mes, según relató el juzgador de instancia en su sentencia, sin que se haya contradicho por la otra parte, que ha permanecido en rebeldía durante el procedimiento. Por ello resulta evidente que esa causa concurría ya en el momento de interponer la demanda en julio de 2007, por lo que podía fácilmente haberse tenido en consideración en dicho momento —si bien los efectos se producirán a partir de agosto, ya que cuando se interpuso la demanda y se notificó a la demandada ya se habría devengado la pensión de julio—. Por ello, y en aplicación de lo que se lleva expuesto, hay que concluir que la decisión de la sentencia apelada de no retrotraer los efectos de la extinción de la pensión al momento de la solicitud, no resulta consecuente con esa doctrina, por lo que se estima el motivo de recurso.

PENSIÓN ALIMENTICIA

El hecho de ponerse el alimentante una nómina en la sociedad a efectos fiscales no implica que sea un asalariado, ni mucho menos que dicha nómina unilateralmente impuesta por él en su calidad de administrador único de su sociedad mercantil no pueda ser muy superior a la que a efectos formales dice tener.

AP ZARAGOZA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Alberto Nicolás Bernard

Recurren demandante y demandado la Sentencia apelada al objeto de que, a favor de la actora, se aumente la pensión básica de alimentos fallada en

dicha resolución en la cantidad de 100 euros en relación a los 600 solicitados. Por parte del alimentante se ataca en el sentido de oponerse al abono

de los gastos que los estudios universitarios de arquitectura técnica en la Universidad de Navarra le ocasionan, muy superiores, por otro lado a los que se devengarían estudiando la alimentista en la Universidad de Zaragoza donde, además, tiene fijada su residencia habitual.

En relación a la primera cuestión fallada, relativa a la pensión básica por alimentos, este Tribunal considera que concurren méritos suficientes para su revisión al alza en esta instancia, en relación con el importe de 100 euros mensuales a cuyo pago se condenó al alimentante en la resolución apelada, señalamiento que no se acomoda a los medios económicos de quien los da y las necesidades de quien los recibe, elementos estos a tener en cuenta para cuantificar una pensión de alimentos tal y como viene reiterando la jurisprudencia desde la STS de 21 de noviembre de 1986, y de la interpretación literal del artículo 146 del Código Civil. Así, consta en la demanda de divorcio interpuesta por éste en el mes de junio de 2006, es decir, hace dos años, una oferta a la entonces madre de la actora de 300 euros por hijo, cuando esta última era aún menor de edad. También resulta acreditado a través de la testifical desplegada en el plenario y a preguntas de la letrada del Sr. Ernesto que en dicho proceso se condenó al alimentante al pago de 450 euros mensuales a la ahora alimentista, así consta también en el Auto de medidas provisionales, folio 36 de la pieza separada de medidas cautelares, por tanto, muy alejada de los 100 euros fallados. Por otro lado no escapa a la Sala que el nivel de vida y la situación socioeconómica del alimentante no se corresponden con la imposición de una pensión alimenticia de 100 euros. El Sr. Ernesto, con independencia de su desahogada situación patrimonial, es propietario de una firma de electrodomésticos que lleva en pie en el mercado más de 20 años, pasando por diversas formas jurídicas hasta la actual sociedad limitada. Tiene una facturación en el último ejercicio cerrado, previo a la presentación de la demanda, correspondiente al año 2006, de más de 847.000 euros, así se desprende de los cuatro trimestres presentados

al pago del IVA de dicho ejercicio. En dicha sociedad el alimentante tiene el 98% del capital social, según se desprende del testimonio de su propio asesor económico. Además de ello, tiene el pleno dominio de la mitad de 7 inmuebles en Zaragoza, seis de ellos viviendas y un local, dos plazas de garaje y diversos activos financieros. Existen también diversos préstamos vinculados al pago de los inmuebles. El Sr. Ernesto vive en una casa unifamiliar en la urbanización Montecanal. Si bien dice tener un sueldo de 1.800 euros procedente de su sociedad mercantil dicha manifestación no puede pasar de ello, pues difícilmente puede entenderse que quien tiene un 98% de participaciones sociales tenga a su vez la condición de asalariado. Al menos, esta circunstancia entra en contravención con la Disposición Adicional Vigésima Séptima de la Ley General de la Seguridad Social y con el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores. El hecho de ponerse el alimentante una nómina en la sociedad a efectos fiscales no implica que sea un asalariado, ni mucho menos que dicha nómina unilateralmente impuesta por el Sr. Ernesto en su calidad de administrador único de su sociedad mercantil, no pueda ser muy superior a la que a efectos formales dice tener. Así se desprende del balance de situación y de la cuenta de pérdidas y ganancias del último impuesto de sociedades legalizado que se presenta en las actuaciones, el del año 2005. Ciertamente es que la alimentista tiene su parte en la herencia yacente de su madre, pero hasta la fecha no consta ni que la haya aceptado ni que se beneficie de las rentas que genera ésta.

Por todos estos motivos, procede imponer al alimentante el pago de una pensión básica de alimentos a favor de la actora de 500 euros mensuales que deberá abonar desde la fecha de esta Sentencia, actualizándose dicha cantidad el día 1 de julio de cada año, de acuerdo a la variación que experimente el IPC que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que sustituya a éste. Se estima parcialmente, por consiguiente, en este punto, la apelación formulada por doña Lourdes.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Ni el padre ni este Tribunal tienen legitimidad para imponer a la alimentista dónde cursar sus estudios, pero sí limitar la aportación obligatoria que debe realizar el alimentante cuando idéntica carrera universitaria se encuentra en una universidad pública de su residencia.

AP ZARAGOZA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Alberto Nicolás Bernard

La Sentencia condena al alimentante al pago de los estudios universitarios que la alimentista cursa en la

Universidad de Navarra, además de la estancia en una residencia. Consta que dichos gastos ascienden

a 8.650 euros de la Universidad de Navarra, folio 78 y 1.860 euros trimestrales (folio 80) de la residencia en la que tiene que alojarse (ó 620 euros mensuales, lo que de 15 de septiembre de 15 de julio representan 6.200 euros al año). A estas dos cantidades, 8.650 y 6.200 euros, ha sido condenado el alimentante y corresponden a gastos de educación de la alimentista realmente devengados por lo que procede confirmar la Sentencia en este punto. De hecho, consta en los folios 384 y 385 la transferencia que el alimentante ha realizado de esas cantidades a favor de la alimentista en el mes de abril pasado.

Distinta suerte confirmatoria ha de tener la condena que hace la Sentencia ahora combatida de que tales gastos de educación de la alimentista deban ser pagados en años sucesivos. En efecto, la actora cursa una diplomatura universitaria en una universidad privada cuando dicha diplomatura no sólo puede cursarse también en una pública sino en la propia Universidad de Zaragoza, localidad en la que vive la demandante. Es cierto que la carrera de arquitectura técnica no se encuentra implantada en el campus de Zaragoza, sino que se halla en el de La Almunia de doña Godina en un centro adscrito a esta Universidad. Sin embargo, no es la diferencia de distancia y de circunscripción universitaria lo que avala que haya de otorgársele razón al alimentante sino la diferencia abismal existente en el importe de la matrícula en el centro de Pamplona y en el de La Almunia: 8.650 euros frente a 1.100 en La Almunia. Consta que la actora se preinscribió y fue admitida este último año académico en el campus de La Almunia, sin que se sepa ni se aleguen razones objetivas para hacerlo finalmente en Pamplona. Ni su padre ni este Tribunal tiene legitimidad para imponer a la alimentista dónde cursar sus estudios, pero sí limitar la aportación obligatoria que debe realizar el alimentante cuando idéntica carrera universitaria se encuentra en una Universidad Pública de su residencia o adscrita a la misma, salvo que se acredite por aquélla que el hecho de estudiar fuera de su casa o en una Universidad Privada,

con costes muy superiores a la Pública, procure en la alimentista un mejor desarrollo intelectual, humano y profesional, lo que no concurre en el caso de autos. Interpretarlo de otro modo supondría un ejercicio abusivo del derecho a la educación y a la formación que, a favor de la alimentista, previene el artículo 142 del Código Civil. Por ello, la actora podrá estudiar la carrera de arquitectura técnica donde mejor le convenga, pero para el curso 2008 y 2009 y los siguientes las aportaciones del padre vendrán limitadas a los siguientes parámetros:

1.º El alimentante vendrá obligado a satisfacer la matrícula y tasas de los créditos universitarios en que se matricule la alimentista en la diplomatura de arquitectura técnica con el límite económico que cada curso fije la Universidad de Zaragoza para esta titulación en el campus de La Almunia de doña Godina o el que, en su caso, pase a ser implantada ésta por adaptación al Espacio Europeo de Educación Superior.

2.º El alimentante vendrá obligado a satisfacer los gastos de apoyo a los estudios universitarios de la actora, siempre que su devengo se justifique y siempre que se desarrollen fuera del municipio de Zaragoza, pudiendo elegir la alimentista una de estas tres opciones: a) transporte escolar; b) alojamiento en residencia de estudiantes o c) piso de alquiler individual o compartido con los siguiente límites.

Si la elección de la alimentista es la de transporte escolar, el precio del abono mensual de autobús que haga el trayecto diario Zaragoza-La Almunia y viceversa.

Si la elección es la de residencia de estudiantes; el precio mensual será el correspondiente a cualquier residencia de estudiantes ubicada en La Almunia de doña Godina, en régimen de alojamiento y manutención.

Si la elección es la de un piso de alquiler: el límite será de 200 euros mensuales desde el 1 de septiembre de 2008, actualizables con arreglo al IPC a partir del 1 de septiembre de 2009.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Los gastos derivados de autoescuela y carné por su importancia e imprevisibilidad deberán excluirse de la pensión alimenticia y conceptuarse como extraordinarios.

AP ZARAGOZA, SEC. 2.ª, AUTO DE 15 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Julián Carlos Arque Bescos

Se recurre por la representación de la Sra. Eugenia el auto del Juzgado de instancia por el que se despatchaba ejecución únicamente por la cantidad de

380,21 euros considerando en su recurso (artículo 458 de la LEC) que procede hacerlo en cuanto a los gastos de autoescuela y carné de conducir, cuerdas

de violín, matrícula de la Escuela Oficial de Idiomas y Seguro Universitario en relación con el hijo Miguel y matrícula y libros de texto de la Universidad CEU, matrícula y libros de la Escuela Oficial de Idiomas en relación con el hijo Ricardo, por tener tales gastos la condición de extraordinarios.

Es cierto, que conforme tiene declarado esta Sala, Autos de 8 de marzo de 2005 y 5 de diciembre de 2006, los gastos extraordinarios serán los no comprendidos en el artículo 142 del CC, esto es, los que exceden al concepto de los causados en la vida cotidiana y produciéndose de modo imprevisible se instalan en lo excepcional, ya por su inhabitualidad o su coste excesivo, lo que ocurre, es que fuera de estas acepciones generales, deberá de ser fijado en cada caso, atendiendo a las circunstancias con-

currentes, en el presente supuesto parece que la Sentencia ejecutada en evitación de inútiles gastos procesales, establece una inclusión más pormenorizada de los gastos, englobándolos en una pensión alimenticia que incluso fue elevada por esta Sala al resolver el recurso de apelación.

Parece pues adecuado mantener el criterio del Juzgado de incluir en la pensión mensual de alimentos los conceptos relativos a los gastos de enseñanza, incluyéndose las clases de formación, sin que en cambio pueda extenderse a los gastos derivados de autoescuela y carné que por su importancia e imprevisibilidad deberá excluirse de la pensión alimenticia y conceptuarse como extraordinarios, procediéndose a continuar la ejecución únicamente por este concepto (200 euros).

PENSIÓN ALIMENTICIA

Si en el convenio regulador se pactó que la pensión de alimentos del hijo del matrimonio se devengará mientras permaneciere bajo la guarda y custodia de la madre, alcanzada la mayoría de edad por aquél ha perdido eficacia jurídica las funciones de la guarda y custodia, al extinguirse la patria potestad, por lo que ha quedado sin efecto la pensión de alimentos del hijo común, sin perjuicio de que éste inicie un procedimiento de alimentos.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 22 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

Finalmente se expresó la alegación de la extinción de la pensión de alimentos del hijo del matrimonio, al cumplir el mismo la mayoría de edad, y en consecuencia no sujeto a la guarda y custodia de su madre, momento que en base a la estipulación cuarta del convenio regulador del divorcio, aprobado por la sentencia recaída en el proceso consensuado, dejaría de devengarse por acuerdo de las partes plasmado en el convenio la pensión de alimentos del hijo común. El ejecutado fijó el acceso a la mayoría de edad de Javier el 29 de junio de 2006. Además desde tal fecha se incorporó al mercado laboral y alcanzó vida independiente.

La resolución definitiva del proceso de ejecución, tras aprobar en forma parcial la excepción de pluspetición alegada por el ejecutado, consideró que el total capital realmente adeudado ascendía a la suma de 11.656,5 euros, debiendo seguirse adelante la ejecución por tal importe, además de lo calculado en concepto de intereses y costas procesales.

El auto resolutorio del proceso de ejecución ha sido apelado por la parte ejecutada, aduciendo en la formulación escrita del recurso, los alegatos de

hecho y de derecho ya esgrimidos por el ejecutado como causas de oposición al despacho de la vía ejecutiva.

La concurrencia de pactos o transacciones entre las partes del proceso de ejecución tendentes a evitar el inicio de la vía ejecutiva, requieren que consten en documento público, tal como preceptúa el artículo 556.1 párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que no acontece en el caso enjuiciado, por lo que la reducción de la cuantía de la pensión de alimentos, por acuerdo verbal de las partes negado por la ejecutante, no tiene ninguna eficacia jurídica.

Las sentencias judiciales han de ser ejecutadas en sus propios términos dispositivos, sin interpretaciones que cambien su contenido.

En el convenio regulador del divorcio, que fue suscrito por las partes y ratificado ante la presencia judicial, que lo aprobó formando parte de la sentencia definitiva, expresaba en su cláusula cuarta que la pensión de alimentos del hijo del matrimonio se devengará mientras permaneciere bajo la guarda y custodia de la madre.

Siendo ésa la libre voluntad de las partes, sin expresar la continuidad de la pensión de alimentos hasta la independencia económica del hijo, aún habiendo accedido a la mayoría de edad, ha de entenderse en base al propio título judicial, que en fecha 29 de junio en que cumplía la mayoría de edad, y perdía eficacia jurídica las funciones de la guarda y custodia, al extinguirse la patria potestad, habría de dejarse sin efecto la pensión de alimentos del hijo común, lo que evidentemente no impedía que el mismo, fuera del proceso matrimonial, pudiese ejercitar acción de alimentos contra ambos progenitores, por el cauce del juicio verbal del artículo 250.1 8.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En su consecuencia, y aceptando las alegaciones del ejecutado, perfectamente esgrimibles en el proceso de ejecución, sobre la base del instituto de la pluspetición, y evitación de un abuso de derecho, tan sólo procede seguir adelante la ejecución por las cantidades adeudadas desde diciembre de 2001 a 29 de junio de 2006, en que accedió a la mayoría de edad el hijo del matrimonio, con la consecuencia de la extinción de la patria potestad y de las funciones de la guarda y custodia, según estipulación contenida en el título ejecutivo, que ha de ser cumplimentada.

En su consecuencia de la cantidad reclamada por el año 2006, en la demanda rectora del proceso de ejecución, tan sólo procede las referidas a enero a junio de 2006, a razón de 282,40 euros por mensualidad, lo que determina un montante de 1.694,76 euros, en lugar de las doce mensualidades reclamadas en la demanda ejecutiva.

La cantidad inicialmente objeto del proceso de ejecución ha de disminuirse en la suma de 1.694,76 euros, relativos a la mensualidades de julio a diciembre de 2006, período en que se había extinguido la obligación de pago de la pensión por mayoría de edad del hijo común y cese de las funciones de la patria potestad y guarda y custodia.

Teniéndose en cuenta tal consideración, y no apreciándose error por el órgano judicial del proceso de ejecución, en cuanto a las cantidades parcialmente abonadas por el ejecutado, que habían de reducir el capital inicialmente reclamado en su demanda del proceso de ejecución, procede entender que debe seguir adelante la vía ejecutiva por capital principal de 9.961,08 euros, en lugar de los 11.656,05 euros indicados en el auto apelado, con más la cantidad señalada en concepto de intereses y costas procesales.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Carecen de fiabilidad los rendimientos declarados fiscalmente por el demandado con posterioridad a 2006, dada su cotización como autónomo. Además debe tenerse en cuenta que constituyó con otros dos socios una sociedad de la que es administrador mancomunado, cuyo objeto social es la explotación de negocios de hostería y restauración, comercio al por menor de alimentos y bebidas y venta de productos dietéticos, de estética y belleza.

AP ZARAGOZA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María Elia Mata Albert

Recorre la demandante la Sentencia dictada en la instancia, suplicando su revocación, y se establezca a favor de la hija habida de la relación de los litigantes, la pensión alimenticia de 600 euros mensuales, o, subsidiariamente, se le absuelva de la cadena en costas impuesta en la misma. Asimismo, el Ministerio Fiscal interesó en el acto del Juicio la elevación a 300 euros de la pensión alimenticia, sentido en el que impugna la Sentencia.

La actora formuló demanda de modificación de medidas definitivas acordadas en Sentencia dictada sobre relaciones paterno-filiales el 15 de febrero de 2005, solicitando la elevación de la pensión alimenticia de la hija Alicia, nacida el 10 de junio de 2004, fijada en el convenio aprobado por dicha resolución

en 120 euros mensuales, a 600 euros al mes, en atención al aumento del patrimonio del demandado desde dicha resolución y de los gastos generados por la menor, resultando el primero propietario de tres inmuebles, haber constituido la Sociedad Limitada «Alimentación y Gastronomía Avanzadas», dedicada a la explotación de negocios de restauración y venta de productos alimenticios, y conducir un vehículo SAAB 9-3, adquirido mediante *renting*.

La Sentencia dictada en la instancia desestimó dicha demanda, con imposición de costas a la actora, fundando ésta su impugnación en error valorativo de la prueba practicada en la causa.

El demandado ha reconocido en interrogatorio haber cambiado su trabajo, pasando de ser asalaria-

do a trabajador autónomo como «comercial» para una empresa y colaborar a la vez con otra, estando pendiente de regentar un restaurante aún no abierto, en trámite de la obtención de las oportunas licencias.

También ha aceptado, (lo corroboran las pruebas documentales aportadas) la compra reciente de la vivienda de Beniarbeig (Alicante) por la que satisface una hipoteca, el pago de otra hipoteca por otro piso en Zaragoza, el abono, dice, de 400 euros como alimentos para los dos hijos habidos de su anterior matrimonio (la Sentencia de divorcio de 10 de marzo de 2005, estipuló 601 euros mensuales, folios 293 y siguientes de las actuaciones) y el pago de 469,39 euros por *renting* del coche (folio 107) desde 2006.

La empresa «NATIMEL, SL» ha certificado unos pagos al demandado como agente de comercio libre, entre el 1 de mayo y el 30 de octubre de 2007, de unos 26.000 euros (folio 78), y «DIETICLAR, SA», pagos por importe de unos 2.300 euros entre el 31 de mayo de 2007 y el 7 de enero de 2008 (folios 219 y siguientes).

El demandado constituyó con otros dos socios la Sociedad Limitada mencionada por la actora el 9 de

abril de 2007 con domicilio social en Zaragoza, de la que es Administrador mancomunado, cuyo objeto social es la explotación de negocios de hostería y restauración, comercio al por menor de alimentos y bebidas y venta de productos dietéticos, de estética y belleza (folios 237 y siguientes actuaciones).

En este orden de circunstancias, carecen de fiabilidad los rendimientos declarados fiscalmente por el demandado con posterioridad a 2006, dada su cotización como autónomo, resultando irrelevantes en la resolución de la cuestión litigiosa los ingresos de la actora, conforme a lo dispuesto en el artículo 146 del Código Civil.

En materia de alimentos no rige el principio dispositivo de parte, debiendo los Tribunales velar de oficio por la protección de los intereses de los hijos.

En el caso enjuiciado, existen datos suficientes, los anteriormente consignados, para entender concurrente la modificación de circunstancias alegadas, con la consecuencia de elevación de la pensión alimenticia estipulada en su día en Sentencia firme, la que se fija en 300 euros mensuales, suma que se considera acorde a los intereses en conflicto.

PENSIÓN ALIMENTICIA

La hija mayor de edad ha abandonado toda clase de estudios y reconoció en el interrogatorio realizar algunos trabajos en el sector de la hostelería. Al haberse acreditado que trabajó para diversas empresas no procede fijar pensión alimenticia dado que ésta ha evitado la aportación de los contratos de trabajo que hubiesen permitido establecer su duración y salario.

AP ZARAGOZA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María Elia Mata Albert

No se discute la procedencia de los alimentos para Cristina, de 13 años de edad, sí para Paula, al alegar el padre que trabaja, teniendo medios propios de vida (sostiene que se ha comprado una motocicleta y tiene importantes gastos de teléfono móvil).

En esta alzada se ha recibido informe de vida laboral de Paula en el que consta que trabajó para «Meson El Tapabocas» desde noviembre de 2007 al 31 de marzo de 2008, trabajando desde el dos de abril de 2008 para «Estabus Zaragoza Restauración», donde lleva 52 días acreditados.

Paula, que ha abandonado toda clase de estudios, reconoció en el acto del juicio hacer extras en algún restaurante y cobrar 200 euros al mes. Sin embargo, el informe de anterior referencia revela un trabajo estable y continuo, no por sustituciones, aunque se

ha procurado, por quien lo tenía en su mano, evitar la aportación de contratos de trabajo de Paula, que hubiesen permitido establecer su duración y salario, y, por consiguiente, su independencia, para poder determinar con plena fiabilidad la necesidad que alega la madre en torno a su mantenimiento.

Al parecer (no se ha aportado), la Sentencia firme de divorcio estableció la suma alimenticia de 240 euros mensuales para cada hija (Sentencia de la Audiencia Provincial de 20 de diciembre de 2005 según se cita).

El demandado trabaja desde el 24 de diciembre de 2007 en el Ayuntamiento de Zaragoza, como Técnico Auxiliar, en el área de Servicios Sociales Especializados, percibiendo una retribución bruta anual de 28.305,48 euros, abonando un préstamo

hipotecario de unos 1.266 euros mensuales de cuota y un préstamo personal.

La actora trabaja como Vigilante de Seguridad para Vectra Aragón, SA, cobrando unos 1.144,39 euros mensuales (folio 94 de las actuaciones), residiendo con sus padres en un piso de alquiler.

Conforme a tales circunstancias, no puede concederse una pensión alimenticia para la hija mayor Paula, la cual puede satisfacer sus propias necesidades, habiendo decidido insertarse en el mercado laboral y cesar en su período de formación, pese a lo cual, en caso de necesidad, puede acudir a la

vía civil en reclamación de alimentos, si así lo precisase.

En consecuencia, para Cristina se establece una pensión mensual de 350 euros.

Debe señalarse que la cuestión litigiosa aquí sometida a debate podría haberse solventado de forma extrajudicial entre las partes, sin planteamientos de demandas parcialmente al menos improcedentes (guarda y custodia y trabajos remunerados omitidos), lo que habría evitado gastos procesales innecesarios y, en definitiva, una resolución que puede no satisfacer las expectativas creadas.

PENSIÓN ALIMENTICIA

La inestabilidad o el carácter esporádico, o, incluso, la escasa o precaria remuneración de los empleos desarrollados, son circunstancias que derivan de la situación actual del mercado de trabajo al que acceden los jóvenes, pero lo que no cabe duda es que el hijo se ha incorporado al mercado laboral, por lo que no procede aplicar la excepcionalidad que supone la fijación de una pensión alimenticia a favor de hijos mayores de edad con arreglo a lo dispuesto en el artículo 93 *in fine* del CC.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Enrique de Motta García-España

Si bien un trabajo meramente accidental, o por un corto período de tiempo, no excluirá, normalmente, el concepto de necesidad, sin embargo, cuando la situación de empleo o incorporación a la vida laboral activa es sucesiva, al margen del carácter temporal del mismo, ha de estimarse ello determinará la concurrencia de esta causa de extinción teniendo en cuenta que la realidad social actual, norma interpretativa exigida por el artículo 3.1 del CC, que no es otra que la propia de una sociedad moderna y con amplias oportunidades de empleo, evidencia que en el mundo laboral el contrato de trabajo por un tiempo indefinido ha pasado a ser la excepción a la regla general de trabajo temporal, en cualquiera de sus modalidades, de ahí que la invocación de la temporalidad del trabajo no sea en absoluto determinante para afirmar o negar el derecho a ser alimentado, como tampoco lo es la subsistencia de los dos requisitos de convivencia en el domicilio familiar y falta de autonomía económica, pues ello supondría tanto, como, empleando palabras del TS en su Sentencia de 1 de marzo de 2001 «... favorecer una situación pasiva de lucha por la vida, que podría llegar a suponer un parasitismo social».

Tal y como se expresa en la resolución recurrida, respecto al hijo Ernesto, único del que trata el

recurso de apelación, aparte de haber debido cesar su período de formación académica y profesional, cabe destacar la circunstancia acreditada de que ha accedido al mercado de trabajo, percibiendo sus propios ingresos por su actividad laboral. La inestabilidad o el carácter esporádico, o, incluso, la escasa o precaria remuneración de los empleos desarrollados, son circunstancias que derivan de la situación actual del mercado de trabajo al que acceden los jóvenes, pero lo que no cabe duda es que el hijo se ha incorporado al mercado laboral, por lo que no cabe aplicar la excepcionalidad que supone la fijación de una pensión alimenticia a favor de hijos mayores de edad con arreglo a lo dispuesto en el artículo 93 *in fine* del CC, sin que concurra la situación de necesidad, ya que se encuentran ante la posibilidad cierta de alcanzar una plena independencia económica. En este sentido teniendo además en cuenta, que a tenor de lo dispuesto en el artículo 3.1 del Código Civil, que determina que las normas se interpretarán atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas; no cabe la menor duda que no hay base suficiente para que siga vigente tal obligación alimenticia. Se dice lo anterior porque una persona, con plena capacidad física y mental, mayor de edad y con trabajo fijo, no se encuentra, hoy por hoy, y dentro de una sociedad moderna y

de oportunidades, en una situación que se pueda definir de necesidad, que le pueda hacer acreedor a una prestación alimenticia; lo contrario sería favorecer una situación pasiva de lucha por la vida, que podría llegar a suponer un parasitismo social, como antes se decía.

Pero es que, además, en el caso de autos, debe tenerse muy en cuenta que tiene garantizado el

trabajo al tratarse de la empresa de su propio padre, con la seguridad que ello conlleva, y que le permitirá no sólo trabajar sino, asimismo, terminar sus estudios precisamente relacionados con dicho tipo de empresa, procediendo por ello la confirmación de la sentencia de instancia sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas de esta alzada.

PENSIÓN COMPENSATORIA

El apelante era perfecto conocedor de la convivencia *more uxorio* de su esposa con bastante antelación a la firma del Convenio aprobado judicialmente. En el Convenio, en su cláusula cuarta se establece: «La esposa tendrá derecho a percibir dicha pensión compensatoria, en tanto no contraiga nuevas nupcias, y ello aun el supuesto de que trabajara por cuenta propia o por cuenta ajena...». Ninguna referencia se hace a la otra posible causa de extinción del derecho a la pensión compensatoria establecida en el artículo 101 del CC «o por vivir maritalmente con otra persona».

AP ASTURIAS, SEC. 7.ª, SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Julián Pavesio Fernández

La sentencia dictada en primera instancia desestima la demanda de modificación de medidas interpuesta por don Fidel, en la que solicitaba se dejara sin efecto la pensión compensatoria establecida a favor de la demandada, doña Angelina, en la sentencia de divorcio de fecha 10 de febrero de 2006, aprobando el Convenio Regulador de 18 de enero de 2006 suscrito por los litigantes, por haber cambiado las circunstancias que la motivaron, al convivir la demandada de manera extramatrimonial con otra persona. Pues estima juzgador *a quo* que no se ha producido tal cambio, al haber excluido los cónyuges, consciente y debidamente informados, al firmar el Convenio como causa de extinción de la misma la convivencia *more uxorio*.

Frente a dicha sentencia se interpone recurso de apelación por la representación del actor, haciendo una serie de alegaciones sobre la prueba practicada, que no vienen sino a denunciar error en la apreciación y valoración de la misma por parte del juzgador *a quo*. Alegando, en síntesis, que al momento de la firma del Convenio desconocía la convivencia *more uxorio* de la esposa, que se enteró en marzo de 2006, por el contenido de un informe psiquiátrico de su hija, dos meses después de la firma del Convenio y uno de dictarse sentencia, que de haber conocido tal circunstancia no habría aceptado abonar pensión compensatoria alguna. Que es de aplicación el artículo 101 del CC, probada la convivencia marital de la esposa cesa la

obligación de pago de la pensión compensatoria. Solicitando se dicte sentencia declarando extinguida la pensión.

Recurso que se rechaza por los propios razonamientos contenidos en los fundamentos de derecho segundo y tercero de la sentencia apelada, que la Sala comparte y tiene por reproducidos, que no han sido desvirtuados por las alegaciones del recurrente, mera reproducción de sus alegaciones en primera instancia.

Pues en primer lugar, del examen de las actuaciones y prueba practicada en primera instancia (acta del juicio, vídeo) de la testifical de la hija mayor del matrimonio, Raquel, que su padre en las visitas iba a recoger a su hermana Eunice a Avilés donde vivía con su madre y su pareja, y del informe presentado por el propio demandante de la psicóloga de la hija menor, Eunice, (folios 19 y 20) de fecha 23 de marzo de 2006, en el que expresamente se dice que: «Eunice vive en la actualidad con su madre y su actual pareja, con la que conviven desde hace un año para lo que se han trasladado a vivir a Avilés», hay que concluir que el apelante era perfecto conocedor de la convivencia *more uxorio* de su esposa con bastante antelación a la firma del Convenio aprobado judicialmente.

En segundo lugar, en el Convenio, suscrito por las partes y ratificado y aprobado judicialmente en su cláusula cuarta. Pensión Compensatoria, en

su párrafo tercero se establece «La esposa tendrá derecho a percibir dicha pensión compensatoria, en tanto no contraiga nuevas nupcias, y ello aún el supuesto de que trabajara por cuenta propia o por cuenta ajena...». Ninguna referencia se hace a la otra posible causa de extinción del derecho a la pensión compensatoria establecida en el artículo 101 del CC «o por vivir maritalmente con otra persona.» En consecuencia no pactada como causa de extinción de la pensión por las partes la convivencia *more uxorio* no es de aplicación al caso lo dispuesto con carácter general en el artículo 101 del CC, pues siendo el artículo 97 del CC que regula este derecho un precepto de derecho positivo, no necesario o imperativo han de respetarse los pactos privados en caso de separación conyugal. Ciertamente y tal como ya se dice en la sentencia impugnada, la pensión compensatoria está sujeta al principio dispositivo, por lo que al haberse suscrito por las partes el convenio regulador, en forma libre y voluntaria, con asesoramiento de un profesional del derecho, habrá de estarse al contenido de sus estipulaciones dispositivas, emanadas del principio de la autonomía de la voluntad del artículo 1255 del CC, con las limitaciones que el indicado precepto contiene.

El convenio regulador firmado por las partes, debidamente asesoradas, y aprobado judicialmente, tiene eficacia de ley para las partes (artículo 1091 del CC). En consecuencia el régimen jurídico a aplicar tiene que ser el derivado del Convenio regulador aprobado judicialmente en anterior proceso de divorcio, cuyos términos se han de mante-

ner, deviniendo obligado para las partes, pretender un pronunciamiento que suponga apartarse del Convenio es necesario, como señala la STS de 8 de febrero de 2003, que se postule su nulidad, pues mientras ésta no se declare sigue desplegando todos sus efectos al tratarse de pacto lícito, enmarcado en la libre voluntad de los otorgantes y los vincula conforme a los artículos 1254, 1255 y 1258 del CC.

Estipulación que se ha de considerar acorde con el principio dispositivo que a las partes se les ha de conceder en tanto se refiere sólo y exclusivamente a cuestiones económicas que sólo a ellos les afectan, hasta el punto que su reconocimiento y, en su caso, extinción depende de la voluntad de la perceptora, incluso la cuantía que fijen los interesados, es la que habrá de aprobarse judicialmente, sin que en ningún modo se autorice intromisión judicial en esta materia, lo que se ha de considerar predicable igualmente para las causas de extinción, por las mismas razones, sólo a ellos les afecta, encontrando cobijo en el principio de libertad de pactos (artículo 1255 del CC).

Siendo el Letrado de la parte demandada el mismo que asistió a las partes en el procedimiento de Divorcio de Mutuo Acuerdo, y redactor del Convenio, remítase testimonio de la presente resolución, sentencia dictada en primera instancia, del Convenio suscrito por las partes aportado con la demanda, y de los escritos de interposición del recurso de apelación y oposición al mismo, al Ilmo. Colegio de Abogados de Gijón a los efectos oportunos.

PENSIÓN COMPENSATORIA

El hecho de que la ex esposa haya tenido un hijo no implica que haya convivido maritalmente con otra persona, dato sobre el que tampoco hay prueba bastante, como causa para la desaparición de la pensión compensatoria.

AP A CORUÑA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 23 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ramón Sánchez Herrero

La oscuridad existente sobre la situación personal y económica de la demandada no ha quedado aclarada en esta alzada, sino que incluso resulta más difusa, al ignorarse todo lo relativo a la nueva hija y las condiciones en las que marchó a Madrid y tuvo esa nueva descendencia. En todo caso hay que presumir que ésa fue una decisión voluntaria y consciente, y que posee medios de vida suficientes para desarrollar su vida en una ciudad donde la vida resulta más cara que en Ribeira, donde residía antes. El problema radica en determinar hasta qué punto. Por otro lado, el hecho de tener una hija no implica tampoco

que haya convivido maritalmente con otra persona, dato sobre el que tampoco hay prueba bastante, como causa que es para la desaparición de la pensión compensatoria. Conjugando los distintos elementos probatorios y las incertidumbres resultantes, no hay motivos bastantes para alterar las decisiones económicas adoptadas por la juzgadora de instancia, que aparecen como proporcionadas a las circunstancias expuestas, tanto en relación con la cuantía de la pensión alimenticia de Irene como a la cuantía y provisoriedad de la pensión compensatoria establecida, por lo que se rechazan los recursos planteados.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Habiendo percibido la esposa la pensión compensatoria durante siete años y teniendo en cuenta que cuando se produjo la separación aquélla contaba con 44 años y que los tres hijos habidos en el matrimonio conviven con el padre, procede declarar extinguida la pensión.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Enrique de Motta García-España

Entiende la Sala que la existencia del artículo 100 del Código Civil no supone ningún obstáculo a la posibilidad de establecer una duración temporal de estas pensiones, pues una cosa es que un cambio sustancial de circunstancias permita la adaptación de las pensiones acordadas a la nueva situación creada y otra es que se impida a los Jueces y Tribunales hacer previsiones de que el desequilibrio producido por la ruptura de la convivencia matrimonial pueda repararse mediante una pensión de duración predeterminada. Es el artículo 101 del Código citado el que regula la extinción de la pensión comentada, previendo en primer lugar que la misma cese cuando cese la causa que la motivó, pudiendo el Juez o Tribunal prever que esa cesación tendrá lugar por el mero transcurso del tiempo, en base a las razones antes expuestas de posibilidades razonables de inmersión de la pensionista en el mundo laboral, en atención a su edad, antecedentes laborales, preparación y ausencia de obligaciones familiares.»

Así pues, a la vista de la doctrina expuesta, la pensión compensatoria en modo alguno puede convertirse en vitalicia, sino que la misma tienen un carácter temporal según las circunstancias del caso concreto, a saber, duración del matrimonio, dedicación del cónyuge a los hijos, posibilidades de introducirse en el mercado laboral, etc.

Viene sosteniendo esta Sala que, con independencia de otros matices, especialmente de carácter indemnizatorio, la institución regulada en el artículo 97 del Código Civil descansa en un principio de solidaridad familiar, que nace entre los esposos al contraer matrimonio y subsiste durante toda la unión nupcial, pero que no puede, en cualquier caso, quedar bruscamente sin efecto a la disociación de vidas tras la separación o el divorcio; por el contrario debe mantenerse dicha solidaridad posconyugal bajo los condicionantes exigidos en el inciso inicial de dicho precepto, esto es ante un *status* de notable diferencia pecuniaria en la que han de quedar los cónyuges, siempre que el beneficiario del derecho experimente además un patente descenso en su nivel de vida, en comparación con el disfrutado durante la unión nupcial.

Sin embargo dicho principio de solidaridad exige que el derecho examinado, tras su originario reconocimiento, no se mantenga incólume bajo cualesquiera circunstancias o avatares que, en lo sucesivo, puedan afectar a uno u otro cónyuge, a especie de derecho absoluto e ilimitado temporalmente, lo que sería contrario a su propia filosofía inspiradora; y así lo pone de manifiesto claramente el propio articulado del Código Civil cuando prevé tanto su modificación cuantitativa, bajo los condicionantes del artículo 100, como su definitiva extinción, en base a la concurrencia, ulterior a su nacimiento, de alguna de las causas recogidas en el artículo 101.

Entre estas últimas, y a los efectos hoy debatidos, se sitúa «el cese de la causa que la motivó», esto es la desaparición del desequilibrio económico que condicionó su inicial reconocimiento, lo que, evidentemente, no implica una absoluta equiparación o aproximación, al menos, entre las disponibilidades de una y otra parte, del mismo modo que el reconocimiento y cuantificación original de la pensión no supone, como norma general, distribuir por mitad las disponibilidades económicas de la familia, al ser otros los factores que determinan, según la propia dicción legal, el *quantum* compensatorio.

Por lo cual sería totalmente contrario a la naturaleza y finalidad de la institución estudiada la pervivencia del derecho en quien, si bien originariamente desfavorecido por la disociación nupcial, ha alcanzado ulteriormente una autonomía pecuniaria que le permite afrontar de forma digna sus propias atenciones, sin necesidad ya de prolongar una dependencia de su cónyuge que, si bien tuvo su justificación y amparo legal en etapas anteriores, ha quedado ya sin contenido, en cuanto precisamente una de las finalidades de la pensión compensatoria es la de proporcionar al beneficiario medios de vida en tanto alcance, por sí mismo, a una autosuficiencia económico-laboral, a la que además viene constitucionalmente obligado (artículo 35.1 de la CE).

En el caso de autos concurren unas circunstancias especiales que, por su mayor trascendencia, deben tenerse muy en cuenta a la hora de decidir tanto la cuantía como la duración, y así: 1.º el

matrimonio ha durado 28 años, 2.º que cuando se casaron tenían, respectivamente, 24 y 21 años, 3.º que en la actualidad tienen 52 y 49 años, 3.º que cuando se separaron tenían 48 y 44 años, 4.º que la convivencia ha durado 24 años, 5.º que de dicho matrimonio ha habido 3 hijos que conviven con el padre, 6.º que el esposo lleva siete años pasando una pensión compensatoria.

Así las cosas estima la Sala que debe extinguirse la pensión compensatoria habida cuenta de las anteriores circunstancias, especialmente tanto de la edad de la esposa al separarse, adecuada para seguir en su trabajo, como de la convivencia, al poder ya tener medios de vida suficientes para atender a sus propias necesidades sin tener que depender de dicha pensión.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Extinción de la pensión compensatoria al acreditarse que la esposa vive en el domicilio alquilado por un tercero que es la misma persona con la que, según el informe de detectives emitido dos años antes, la esposa paseaba abrazada por la calle.

AP VIZCAYA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María de los Reyes Castresana García

El objeto del presente recurso de apelación se contrae exclusivamente a la petición de la parte apelante-reconveniente de que revoque la sentencia de divorcio en el único sentido de que se extinga la pensión por desequilibrio económico, establecida a favor de doña Margarita y a cargo de don Luis Pablo. Dicha extinción de la pensión compensatoria, la basa o fundamenta la parte apelante en la circunstancia prevista en el artículo 101 del Código Civil de «vivir maritalmente con otra persona» la persona a cuyo favor se ha establecido.

El «vivir maritalmente con otra persona» contemplada en el artículo 101 del Código Civil, viene siendo interpretado por los Tribunales en el sentido de que la convivencia marital, según la expresión que utiliza la norma, para extinguir o impedir el nacimiento del derecho a la pensión compensatoria, supone necesariamente una relación de carácter permanente y estable que en la práctica venga a generar una posesión de estado familiar de hecho, es decir, una convivencia *more uxorio*, puesto que la expresión utilizada por el Código configura una relación a semejanza de la matrimonial, como precisó la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de marzo de 1998, lo que exige que concurran las notas de habitualidad y estabilidad, pero sin que por ello tenga que ser definitiva en el tiempo, como también puede no serlo el matrimonio.

Como dijimos en nuestra Sentencia de 8 de marzo de 2004 «... la causa extintiva, basada expresamente en *vivir maritalmente*, del artículo 101 del Código Civil, está exigiendo una convivencia estable y continuada, una unión similar a la conyugal, con comunicación personal y de interés, única que podría crear entre ambos recíprocos

deberes de socorro y ayuda que harían desaparecer, como nueva familiar, los propios nacidos del vínculo matrimonial, pues no es otra la *ratio legis* de la citada norma, la de evitar situación a todas luces fraudulenta»; y en la de fecha 30 de abril de 2004 «El análisis del otro motivo de extinción alegado, la convivencia con otra persona, se debe iniciar exponiendo del criterio de aplicación de las normas de la carga probatoria en esta materia, recordando que si bien es la parte que alega la causa de extinción la que debe probar una convivencia o una relación, corresponde a la parte que la niega, acreditar que la misma no reúne las condiciones de estabilidad o permanencia, que la puedan hacer asimilable a una convivencia matrimonial, ello por aplicación de la teoría de la facilidad probatoria, actualmente consagrada en el artículo 217 de la LEC... Estos dos indicios permiten concluir, una relación afectiva estable y duradera, aunque no tengamos datos de una convivencia física diaria, lo que por otra parte puede no ser necesario para calificar una convivencia como marital pues de hecho existen multitud de situaciones en las que la convivencia marital, puede no suponer una convivencia diaria en el mismo domicilio. No habiendo efectuado la esposa ninguna actividad probatoria, tendente a negar la estabilidad o permanencia de la relación, las normas de la carga probatoria arriba expuestas llevan a considerar probada la causa de extinción alegada y en consecuencia estimar la impugnación, suprimiendo la pensión compensatoria».

La Sentencia de la AP de Asturias de 13 de septiembre de 2006 establece que «Para resolver la precedente cuestión se ha detener en cuenta que, como reiteradamente se ha manifestado por los

Tribunales, entre otras, por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona de 15 de noviembre de 2004: “Resulta evidente y conocido que quien viene percibiendo la pensión o pretende percibirla, suele intentar ocultar por todos los medios tal convivencia. Si a ello se añade que la situación misma de la convivencia marital es algo que entra dentro de la intimidad de cada persona, la prueba de esta circunstancia suele ser difícil ya que normalmente ha de basarse en indicios”.

El examen de la prueba practicada lleva a la Sala a discrepar de la valoración probatoria, que sobre este extremo, hace la Magistrada *a quo* que se limita a manifestar que «pruebas practicadas no llevan a concluir en una convivencia con el Sr. Carlos Jesús, más allá de una relación entre ambos», y, que, por contra, considera la Sala que sí ha quedado acreditada la convivencia marital de doña Margarita y don Carlos Jesús.

Especial mención tienen lo relatado y las fotografías de los informes de detectives. El de fecha 11 de noviembre de 2004, que constata que el día 8 se encuentran la Sra. Margarita con un señor, que resulta ser el Sr. Carlos Jesús, y que caminan abrazados por la calle, así como el más reciente de 19 de octubre de 2006, del que resulta que doña Margarita vive en el domicilio sito en la calle DIRECCIÓN 0000 núm. NÚM 0000-NÚM 0001 de Sestao, alquilado por el Sr. Carlos Jesús, conviviendo en dicho inmueble con don Carlos Jesús, que es el mismo Sr. con el que la Sra. Margarita paseaba abrazada por la calle en el anterior informe, dos

años antes, siendo que por las mañanas a las 8,30 horas doña Margarita sale de su domicilio para cuidar a una anciana y el Sr. Carlos Jesús va a buscarla a su salida a las 20 horas, y, tras dar ambos una vuelta, paseando cogidos de la mano, se introducen en el domicilio de la DIRECCIÓN 0000 núm. NÚM 0000 de Sestao, comprobando que ambos pernoctan en el interior el domicilio y ubicado en la citada dirección, y que son conocidos por los vecinos de este inmueble como pareja, observándolo así en las fotografías aportadas al informe de investigación.

Ciertamente tenemos en la contraposición la declaración de la Sra. Margarita que niega los hechos y formula todo tipo de alegaciones y excusas, carentes en todo caso de respaldo probatorio alguno, manifestando que en dicho inmueble conoce a dos ancianas, a quien las ayuda y a cambio duerme en sus domicilios, reconociendo que con el Sr. Carlos Jesús únicamente mantiene una relación de amistad desde hace muchos años, lo que también es confirmado por la declaración del Sr. Carlos Jesús, quien lógicamente tiene interés en que su compañera no pierda los recursos económicos que obtiene de su ex cónyuge Sr. Luis Pablo.

En definitiva, y a la vista de la valoración que hemos expuesto, la Sala considera acreditada que la señora Sra. Margarita mantiene una relación de convivencia marital con otra persona y que por lo tanto se da la circunstancia prevista en el artículo 101 del Código Civil para declarar la extinción de la pensión por desequilibrio, establecida a su favor en la sentencia de separación.

CONVENIO REGULADOR

El abono por mitad de los gastos de la vivienda que los cónyuges pactaron en el convenio regulador no puede hacerse extensivo al pago de la hipoteca dado que se trata de una vivienda privativa del esposo.

AP ZARAGOZA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Julián Carlos Arque Bescos

En cuanto al tema de los gastos de la vivienda, la parte demandada en su contestación solicitaba el mantenimiento de la cláusula 2.ª del Convenio Regulador de la Separación, en realidad es una cuestión derivada del uso del domicilio familiar que no necesitaba propiamente de reconvención (artículo 770.2 de la LEC), lo que ocurre es que la problemática iba dirigida de manera subrepticia al abono o no de la mitad del préstamo hipotecario que grava la vivienda, obviamente de la lectura de la cláusula 2.ª del Convenio no pue-

de deducirse que se haga extensible dentro del concepto de gastos de la vivienda los derivados del gravamen hipotecario, tratándose de vivienda privativa, parece lógico deducir (artículo 1281 del CC), que la estipulación hace referencia a gastos propios de la vivienda (gastos comunitarios ordinarios y extraordinarios) a excepción de los de suministro (gas luz y agua) que son abonados por la actora. Se aclara la Sentencia en este apartado a los efectos de evitar inútiles gastos procesales a las partes.

CONVENIO REGULADOR

Se estima la demanda de reclamación de la pensión alimenticia pactada por los cónyuges en un convenio regulador y no abonada por el padre, sin que sea obstáculo alguno que aquél no hubiese sido ratificado judicialmente.

AP VIZCAYA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María de los Reyes Castresana García

En la demanda rectora de esta *litis*, se ejercita por doña María Rosa una acción de reclamación de 24.886 euros así como las pensiones alimenticias que se devenguen con posterioridad a razón de 541 euros mensuales, contra don Sebastián, en cumplimiento del convenio regulador celebrado entre las partes de fecha 19 de diciembre de 2002. Fundamenta su derecho en que los litigantes, que eran matrimonio y que tiene tres hijos en común, decidieron separarse de hecho, para lo cual el 19 de diciembre de 2002 otorgaron capitulaciones matrimoniales y suscribieron el convenio regulador para regir sus relaciones futuras, entre las que está la Estipulación Segunda «Régimen de Alimentos: El esposo se compromete abonar mensualmente, en concepto de manutención y alimentos para sus tres hijos la cantidad de quinientos cuarenta y un euros mensuales (541 euros/mensuales). Ello se debe a que en este momento se halla en paro, pero comprometiéndose a incrementar dicha cantidad en un 50% en el momento en que encuentre trabajo que le permita asumir en esta cuantía esta obligación para con sus hijos», aunque no fue aprobado judicialmente, correspondiendo la cantidad reclamada a las cuarenta y seis mensualidades comprendidas entre enero de 2003 a octubre de 2006.

La sentencia recaída en primera instancia estima íntegramente la demanda, alzándose frente a ella el demandado don Sebastián, señalando como motivos del recurso, que estamos en presencia de un convenio del que no pueden extraerse efectos, careciendo de validez y de eficacia contractual alguna la estipulación segunda que regula los alimentos de los hijos en común, porque: tal borrador no fue judicializado ni ratificado por ambas partes ni homologado en sentencia; la indisponibilidad para las partes del objeto por contravenir el artículo 152 del Código Civil, que atiende «a la fortuna» del apelante que no podía satisfacerlos sin desatender a sus propias necesidades, y los artículos 1328 y 1255 del Código Civil al ser contrario a la moral y a las leyes establecer un pacto alimentario a satisfacer por una persona que no dispone de recursos ni para atender a sus propias necesidades; la admisión por la actora de la situación de imposibilidad de cum-

plimiento del esposo para hacer frente a esta cláusula, por el mero hecho de no haberlo reclamado durante estos años; y que el borrador del convenio suscrito es gravemente perjudicial para el Sr. Sebastián atendiendo al artículo 90 del Código Civil. Esto es, se opone a su eficacia por razones de precariedad económica del apelante, que debe abonar la cantidad de 541 euros en concepto de alimentos para sus tres hijos pese a haber estado en situación de desempleo.

Tales motivos de disconformidad se revelan infundados, pues como establece la SAP de Barcelona, Sec. 12.ª, de 24 de febrero de 2000, y la SAP de Ávila, Sec. 1.ª, de 20 de diciembre de 2001: «La existencia de un convenio regulador de la separación de hecho de los esposos, elevado a escritura pública en fecha 19 de febrero de 1982, y en el que entre otras estipulaciones se contenía pacto de prestación de alimentos a favor de la esposa o hijo del matrimonio, bajo la incorrecta denominación de cargas del matrimonio, si bien no tenía la condición y carácter del convenio regulador que, contempla el artículo 90 del Código Civil, y al que refieren los artículos 81 y 86, dada la falta de aprobación judicial en procedimiento consensuado de separación matrimonial al que se refiere la Disposición Adicional Sexta de la Ley 30/1981, de 7 de julio, no es menos cierto que se trata de negocio jurídico de derecho de familia, que no está inmerso en el proceso de separación conyugal, pero que tiene eficacia como contrato de carácter consensual y bilateral, aceptado y reconocido por las partes, con la concurrencia de mutua anuencia, objeto y causa, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil, tal y como proclama la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1997 y siempre que sus estipulaciones no sean contrarias a las leyes, la moral y el orden público...».

Aplicando esta doctrina al caso de autos, el convenio regulador no aprobado judicialmente y sin intervención del Ministerio Fiscal, tiene eficacia, puesto que concurre consentimiento, objeto y causa conforme al artículo 1261 del CC, sin que pueda predicarse seriamente que el mismo carece

de efectos por no haberse aprobado judicialmente, cuando lo cierto es que la actora y en base al mismo únicamente reclama los alimentos y prestaciones alimenticias impagadas a sus hijos. Por tanto el convenio regulador no puede tacharse de ineficaz por carecer del requisito de ser aprobado judicialmente, yendo el demandado contra sus propios actos de forma inadmisibles, al haber convenido con la madre de sus hijos la prestación alimenticia que sufragaría y pretender ante la reclamación justa ante el impago que carece de efectos al no haber sido objeto de aprobación judicial, aprobación que por cierto el demandado en ningún momento ha postulado ni tampoco ha interesado su modificación o la fijación de las medidas paterno-filiales de sus hijos acorde con su caudal patrimonial.

No es predicable la nulidad de la pensión alimenticia libremente pactada entre partes atendiendo a la alegada precariedad económica del apelante, puesto que el convenio regulador fue firmado en diciembre de 2002, cuando el propio apelante se encontraba percibiendo la prestación de desempleo, que tenía vigor hasta el mes siguiente, 30 de enero de 2003, si bien se fue ampliando en tres ocasiones hasta 1 de marzo de 2005, y con posterioridad hasta incorporarse a la mercanti Cy-

nosure UK Ltd el 23 de octubre de 2006, ha percibido subsidios y ayudas sociales. Es decir, en el propio convenio se estableció dicha suma dineraria en concepto de pensión alimenticia atendiendo a la situación de desempleo del apelante, lo que no puede ser excusa para exonerarse de la obligación paterno-filial de dar alimentos a sus hijos entonces menores de edad.

La parte apelante sostiene que sus ingresos económicos quedaron reducidos durante el período reclamado al cobro de las prestaciones y subsidios de desempleo y sociales, y que la obligación asumida, no se olvide por su propia voluntad, en la cuantía pactada le conlleva a no atender a sus propias necesidades. Este relato no se adviene con el hecho de que el apelante Sr. Sebastián haya venido aplicando los ingresos del INEM prácticamente en su integridad al pago de dos préstamos con la BBK, como se comprueba con el examen de los movimientos bancarios de la cuenta de la BBK abierta a nombre del Sr. Sebastián «doc. núms. 44 y 45 de autos»; indicio que pudiera llevarnos a afirmar que el apelante pudiera contar con otra posible fuente económica o familiar para atender a sus propias necesidades.

CUESTIONES PROCESALES

A pesar de que se hubiese instaurado la práctica de que el padre ingresaba la pensión de los hijos mayores en una cuenta a nombre de ambos, la demanda en la que el padre solicita la extinción de la pensión debe dirigirse contra la madre, ya que la pensión se fijó en un procedimiento matrimonial y los hijos continúan conviviendo en el domicilio familiar.

AP ALICANTE, SEC. 4.^a, SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María Amor Martínez Atienza

La parte apelante impugnó parcialmente la sentencia de instancia en el particular afecto a la desestimación de la pretensión de modificación de medidas en su trascendencia a la pensión de alimentos a favor de su hijo Cristóbal; desde los argumentos de dotación de contenido del recurso por la parte apelante se solicitó la revocación de la sentencia de instancia al objeto de extinción de la citada prestación con imposición de costas al demandado.

Los demandados/apelados se opusieron al recurso deducido de contrario, interesando su desestimación, confirmando en su integridad la resolución impugnada, con imposición de costas de la alzada a la parte apelante.

Con carácter previo, procede poner de manifiesto determinados datos que adquieren trascendencia a los fines de la presente resolución. A saber:

– La parte demandante promovió (en virtud de demanda presentada en fecha 22 de noviembre de 2006) expediente de modificación de medidas en relación aparte de las adoptadas en proceso de divorcio tramitado con el núm. 164/2001 ante el Juzgado de Primera Instancia de Denia (Alicante) al objeto de interesar la supresión de la/s pensión/es de alimentos a favor de los hijos comunes de los litigantes recepcionadas en la sentencia que puso término al referido proceso, alegando la mayoría de edad de los referidos hijos y ocupación laboral actualizada de los mismos.

– La referida sentencia recaída en el proceso de divorcio ya aludido –de fecha 3 de octubre de 2002–, en cuanto a las medidas complementarias de contenido económico, procedió (tal y como se recoge en su parte dispositiva) «... a la confirmación en todos los extremos del convenio regulador aprobado con fecha 5 de mayo de 2000, mediante Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. uno de Denia, en Autos de Separación matrimonial núm. 86/2000...». La sentencia dictada en el proceso matrimonial aludido aprobó el convenio regulador aportado por el ahora apelante y la Sra. Virginia; convenio regulador que, en lo documentado por el demandante, y no impugnado por parte alguna, contenía particular del tenor siguiente: «En concepto de alimentos para los hijos, el padre abonará a la madre la cantidad de quince mil pesetas (15.000) mensuales por hijo... Esta cantidad será revisable anualmente según las variaciones que experimente el IPC según publicaciones del Instituto Nacional de Estadística o entidad que le sustituya en su caso...».

– La parte demandante promovió la demanda de modificación de medidas única y exclusivamente en relación a sus referidos hijos, sin llamamiento a la Sra. Virginia como parte demandada en el proceso.

Pues bien, aunque no ha sido planteado por parte alguna ni en primera ni en segunda instancia, y en la medida en que la determinación de la adecuación de la constitución de la relación jurídico procesal aparece vinculada a cuestión de orden público, procede, como circunstancia que pudiera obstar a entrar a valorar cuestión de fondo reproducida en esta segunda instancia, valorar dicha adecuación en su trascendencia al pronunciamiento a otorgar.

Adquiere relevancia, a los efectos de la valoración aludida, el análisis de la doctrina mantenida por los Tribunales al respecto con carácter mayoritario. Así la Audiencia Provincial de Pontevedra, en sentencia de fecha 18 de marzo de 2005, reseñó que «... El deber contributivo que viene impuesto al demandante trae causa de una anterior sentencia de divorcio en la que se había atribuido a la esposa la custodia de las dos hijas y, entre otras medidas, la contribución del marido a las cargas familiares y alimentos de las hijas a la cantidad mensual de 25.000 pesetas (12.500 pesetas para cada hijo), cantidades que el marido habría de ingresar mensualmente en una cuenta bancaria.

La legitimación en los procesos cuyo objeto es la modificación de medidas adoptadas en anterior sentencia de separación o divorcio (artículo 775 Ley de Enjuiciamiento Civil) no puede ser otra distinta de la que configuró el proceso precedente,

del que, en cierto modo el segundo es tributario. Se trata de modificar una sentencia determinada y alterar los pronunciamientos que en la misma se hicieron. Siendo así, el proceso de modificación ha de entenderse necesariamente entre quienes han sido partes en dicho procedimiento. Puede decirse que en este segundo proceso hay una suerte de *perpetuatio legitimationis*, por lo que la legitimación *ad causam* ha quedado ya determinada en el anterior proceso cuyos pronunciamientos se tratan de alterar. No se trata, en puridad, de la exigencia de un litisconsorcio pasivo necesario, sino de la necesidad de que sea demandado, y como parte única, el otro cónyuge destinatario de las medidas acordadas en pleito anterior y cuya modificación se postula.

Es cierto que la cuestión había sido discutida y fuente de resoluciones jurisdiccionales que sostenían criterios diversos. Pero al margen de la razón ya apuntada –suficiente para entender que no puede la modificación de medidas o efectos de la sentencia, ser debatida sino entre quienes fueron parte en el proceso donde se acordaron– el criterio ha venido a resultar reforzado a raíz de la STS de 24 de abril de 2000 que vino a afirmar la legitimación pasiva del cónyuge con el cual conviven los hijos mayores de edad que se encuentran en la situación de necesidad a que se refiere el artículo 93.2 del Código Civil, cuando se trataba de demandar del otro cónyuge progenitor su contribución a los alimentos de aquellos hijos en los procesos matrimoniales entre los comunes progenitores.

El criterio es aplicable ahora, *mutatis mutandis*, pues si estaba legitimado activamente, debe estarlo también pasivamente cuando se trata de instar la modificación de medidas. Sin que sirva de obstáculo a ello que la hija sea ya mayor de edad, si vive todavía en casa y compañía de la madre, donde también en unión de su compañero –*status* que evidencia la incapacidad para la vida independiente–. Mas esto será cuestión que afecte a la valoración sobre la subsistencia, modificación o extinción de la pensión alimenticia, pero no afecta al *prius* que es la correcta constitución de la relación jurídico-procesal. En palabras de las Sentencias de la AP de Zaragoza de 19 de mayo de 2000 y 1 de julio de 2002 «no puede negarse plena y exclusiva legitimación a la esposa en toda cuanta discusión se plantee sobre las medidas adoptadas en la sentencia matrimonial, con independencia de la edad de la prole, siendo doctrina pacífica que en los litigios matrimoniales no caben más partes que los cónyuges que integran el matrimonio en crisis» de suerte que «el proceso matrimonial tiene como partes necesarias y excluyentes a los cónyuges, a salvo la especialidad de la intervención del Fiscal en los casos en que

es preceptiva. No hay, por tanto, posibilidad jurídicamente admisible de que en el mismo existan otros litigantes, aunque a pesar de que su posición jurídica puede verse afectada, y ello porque esa afectación nunca es directa sino derivada o refleja, de modo que no quedan comprometidos directa y definitivamente sus derechos por la decisión que se adopte...».

Por su parte, la SAP Asturias de 31 de octubre de 2005, reseñó lo siguiente: «... Dice la Sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2000, en recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal en Interés de Ley, que la remisión que hace el artículo 93.2 del Código Civil a los artículos 142 y siguientes ha de entenderse hecha a los preceptos que regulan el contenido de la prestación alimenticia, por cuanto los supuestos en que procede acordar e imponer esa obligación en la sentencia que recaiga en los procesos matrimoniales, se establecen en el propio artículo 93, párrafo 2.º (convivencia, mayoría de edad y carencia de ingresos propios), sin que, por otra parte en este precepto se establezca norma alguna que modifique la legitimación para ejercitar las acciones de separación, divorcio o nulidad de matrimonio que se reconoce únicamente a los cónyuges (a salvo la legitimación que en determinados supuestos se reconoce al Ministerio Fiscal y a los terceros interesados para ejercitar la acción de nulidad), únicos que pueden promover esta clase de procesos ejercitando aquellas acciones principales así como las accesorias relativas a los llamados “efectos civiles”, entre las cuales se encuentra la petición de alimentos para los hijos mayores por el progenitor con quien éstos conviven frente al otro en quien no se da esa situación de convivencia. El artículo 24.1 de la Constitución establece que “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión” y en similares términos se manifiesta el artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, incluyendo entre los “intereses legítimos”, tanto los individuales como los colectivos. Resulta evidente que el texto constitucional posibilita el acceso a la jurisdicción no sólo para demandar la tutela de los derechos de que es titular el demandante de tutela judicial sino también a quien acude a los órganos jurisdiccionales invocando intereses legítimos. Del artículo 93.2 del Código Civil emerge un indudable interés del cónyuge con quien conviven los hijos mayores de edad necesitados de alimentos a que, en la sentencia que pone fin al proceso matrimonial, se establezca la contribución del otro progenitor a la satisfacción

de esas necesidades alimenticias de los hijos. Por consecuencia de la ruptura matrimonial el núcleo familiar se escinde, surgiendo una o dos familias monoparentales compuestas por cada progenitor y los hijos que con él quedan conviviendo, sean o no mayores de edad; en esas familias monoparentales, las funciones de dirección y organización de la vida familiar en todos sus aspectos corresponde al progenitor, que si ha de contribuir a satisfacer los alimentos de los hijos mayores de edad que con él conviven, tiene un interés legítimo, jurídicamente digno de protección, a demandar del otro progenitor su contribución a esos alimentos de los hijos mayores. No puede olvidarse que la posibilidad que establece el artículo 93, párrafo 2.º del Código Civil de adoptar en la sentencia que recaiga en estos procedimientos matrimoniales, medidas atinentes a los alimentos de los hijos mayores de edad se fundamenta, no en el indudable derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres, sino en la situación de convivencia en que se hallan respecto a uno de los progenitores, convivencia que no puede entenderse como el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término con lo que la misma comporta entre las personas que la integran. De todo lo expuesto se concluye que el cónyuge con el cual conviven hijos mayores de edad que se encuentran en la situación de necesidad a que se refiere el artículo 93, párrafo 2.º, del Código Civil, se halla legitimado para demandar del otro progenitor la contribución de éste a los alimentos de aquellos hijos, en los procesos matrimoniales entre los comunes progenitores».

Este mismo criterio, que se ratifica en la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2000 resulta aplicable al aspecto pasivo de la legitimación en los procesos matrimoniales, puesto que si se concluye que son los cónyuges los únicos legitimados para ejercitar las acciones de nulidad, separación o divorcio (salvo la legitimación que en determinados supuestos se reconoce al Ministerio Fiscal y a los terceros interesados para ejercitar la acción de nulidad), y las accesorias relativas a efectos civiles, entre las cuales se encuentra la petición de alimentos para los hijos mayores, que puede ejercitar el progenitor con quien éstos conviven frente al otro en quien no se da esa situación de convivencia, ha de convenirse necesariamente que es, por los mismos motivos, el cónyuge con quien convive el hijo mayor de edad pero económicamente dependiente, el único legitimado para soportar, en el lado pasivo de la relación jurídico-procesal, el ejercicio de la acción, y, por lo tanto, es contra él contra quien debe ir dirigida la demanda, pues es obvio que es

él quien asume las funciones de dirección y organización de la vida familiar en todos sus aspectos, y que si ha de contribuir a satisfacer los alimentos de los hijos mayores de edad que con él conviven, tiene un interés legítimo, jurídicamente digno de protección, en defender en juicio el mantenimiento de la contribución del otro progenitor a los mismos fines.

Lo dicho viene corroborado por el hecho de que el artículo 775.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, únicamente reconoce legitimación para solicitar del Tribunal la modificación de medidas al Ministerio Fiscal, cuando hay hijos menores o incapacitados, y a los cónyuges, por lo que, obviamente, la solicitud de modificación debe ir dirigida por un cónyuge contra el otro, y contra el Ministerio Fiscal, cuando en el matrimonio hay hijos menores o incapacitados. Y ello es lógico si se tiene en cuenta, además, que se trata de un procedimiento dirigido a modificar unas medidas adoptadas en otro proceso en el que la aquí demandada no fue parte.

En este mismo sentido se ha venido pronunciando ésta Audiencia Provincial de Asturias, en Sentencias de 5 y 10 de octubre de 2000 y 27 de abril de 2004 (Sec. 1.^a), 28 de mayo de 2001 y 28 de octubre de 2002 (Sec. 6.^a), y 23 de mayo de 2003 (Sec. 7.^a).

Ahora bien, el defecto advertido no determina la estimación de la alegada excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, sino la de falta de acción, o falta de legitimación pasiva *ad causam*, por cuanto ésta sólo la ostenta, en un supuesto como el presente, el cónyuge con el que convive el hijo mayor de edad económicamente dependiente, como administrador de los alimentos de éste mientras con él conviva, y ello sin perjuicio de que el hijo mayor de edad pueda, si así lo desea, intentar su personación en los autos por la vía que habilita el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil...».

Aun cuando las resoluciones mencionadas fueron dictadas al hilo de excepción al efecto formulada por el/la/los demandado/s en los procesos en los que se dictaron, es lo cierto que, asociado a cuestión de orden público, cabe trasladar gran parte de sus consideraciones al caso que nos ocupa en su trascendencia al recurso planteado.

Así, reiterándose parcialmente el planteamiento de modificación de medidas en esta alzada –aun cuando la misma se refiere, no obstante la extensión del suplico, a la supresión/extinción de la pensión de alimentos a favor de Cristóbal–, no cabe sino apreciar, en la omisión de llamamiento a la causa de la Sra. Virginia –parte en el proceso de divorcio, aun cuando pudiera haber permanecido en rebel-

día en el mismo–, la existencia de una incorrecta constitución de la relación jurídico-procesal, por cuanto pretendida la modificación de la prestación alimenticia aludida con ocasión de lo reflejado en los primeros párrafos del presente en el contexto de proceso matrimonial, aparecía la citada Sra. Virginia como parte necesaria del citado proceso de modificación, sin que el mero hecho de acceso del/ de los hijo/s a la mayoría de edad altere necesariamente dicha circunstancia en función de lo expuesto.

La mera alegada dinámica de materialización de ingresos en cuenta a nombre de los hijos –al parecer arrastrada, en lo deducible de alegaciones de la parte demandante– desde la minoría de edad de los hijos, en nada alteraría lo expuesto, debiendo reseñarse que no previéndose –en los términos de su aprobación– la extinción automática de la medida de alimentos a favor de los hijos asociada a la mera mayoría de edad de los mismos, el análisis –en supuestos de discrepancia– de cuestiones tales como la posibilidad o no de mantenimiento de tal prestación alimenticia para alguno de los hijos –en lo referido a la discusión en esta segunda instancia, a Cristóbal– como tal medida complementaria a resolución dictada en proceso matrimonial en función de los condicionamientos legales de su mantenimiento alcanzada la mayoría de edad (no aludiéndose por el demandante en la demanda sino a la mayoría de edad del/de los hijo/s y actividad laboral actualizada de los mismos, y, en esta segunda instancia, el acceso pasado del hijo Cristóbal a actividad laboral y pasividad al objeto de completar formación y/o acceso a actividad laboral), constituye cuestión de fondo cuyo análisis, conforme tesis de este Tribunal, queda condicionado en su viabilidad a la constatación de la válida constitución de la relación jurídico-procesal no concurrente en el caso que nos ocupa.

En virtud de lo expuesto procede confirmar el pronunciamiento impugnado por la apelante de la sentencia de instancia relativo a la desestimación de la pretensión de modificación de determinada medida de índole económica recepcionada en previa sentencia de divorcio, si bien sobre la base de pronunciamientos no estrictamente coincidentes con los del Juzgador *a quo* sino vinculados a la apreciación de defecto procesal por falta de legitimación pasiva en su trascendencia a adecuada conformación de la relación jurídico-procesal que obsta a pronunciamiento sobre el fondo, habilitando por ello a la parte apelante al replanteamiento –de estimarlo procedente– de la pretensión en nuevo proceso al respecto y con materialización de adecuada constitución de la relación jurídico-procesal.

CUESTIONES PROCESALES

La demandada fue debidamente emplazada, constando en la diligencia extendida por el funcionario del Servicio Común que «la demandada se identifica a través del portero electrónico pero una vez a la puerta del domicilio y haciéndole saber que es una notificación judicial no abre la puerta a pesar de las reiteradas llamadas» y consta igualmente que se intentó su citación para el acto de la vista sin que se pudiera llevar a cabo porque «se negaron a recoger la documentación tanto la persona que dice ser su hermana como otro señor que no se identifica» por lo que no puede estimarse que se haya producido indefensión alguna para la demandada.

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Rafael Márquez Romero

Se alega en el escrito de interposición de recurso que la demandada fue declarada en rebeldía sin haber sido emplazada para contestar la demanda, aunque no se solicita la declaración de nulidad de la sentencia apelada ya que ésta no habría sido distinta en caso de haberse realizado correctamente el emplazamiento; por lo que respecta al fondo, se limita el objeto del recurso al pronunciamiento de la sentencia apelada relativo a la supresión de la pensión alimenticia fijada a favor de Diego por estimar que no goza estabilidad en el empleo, encontrándose en situación de desempleo de forma habitual necesitando durante esta situación alimentación y cuidados por parte de su madre, con quien convive habitualmente.

Del examen de las actuaciones ha de estimarse que la demandada fue debidamente emplazada,

constando en la diligencia extendida por el funcionario del Servicio Común de Notificaciones y Embargos que «la demandada se identifica a través del portero electrónico pero una vez a la puerta del domicilio y haciéndole saber que es una notificación judicial no abre la puerta a pesar de las reiteradas llamadas» y consta igualmente que se intentó su citación para el acto de la vista sin que se pudiera llevar a cabo porque «se negaron a recoger la documentación tanto la persona que dice ser su hermana como otro señor que no se identifica» por lo que no puede estimarse que se haya producido indefensión alguna para la demandada que tampoco se alega por ésta al considerar que la sentencia no habría diferido de haber sido correctamente emplazada.

CUESTIONES PROCESALES

No es necesaria una prueba pericial psicológica cada vez que se discuta sobre la guarda y custodia, ni corresponde decidir a los peritos ante la falta de acuerdo entre el padre y la madre, basándose el debate procesal en circunstancias relacionadas con los respectivos regímenes y horarios laborales, quién dispondría de más posibilidades de dedicación, quién se ocupaba más de los hijos antes de la ruptura de la convivencia y cosas por el estilo.

AP A CORUÑA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Fuentes Candelas

Este Tribunal de apelación tiene que decidir ahora si confirmar o modificar la decisión tomada en la sentencia del Juzgado de Familia acerca de la guarda y custodia de los hijos menores del matri-

monio que han continuado con la madre desde primero de junio de 2007, fecha del cese de la convivencia y marcha del marido del hogar familiar. La sentencia de primera instancia consideró deci-

siva esta circunstancia por considerar beneficioso para los menores la estabilidad y evitar cambios de custodia. El marido apela argumentando acerca de los distintos horarios de padre y madre, así como la mayor dedicación de aquél para con los hijos a lo largo del tiempo, para llegar a la conclusión de que lo más beneficioso para el interés de éstos sería que se le atribuyera a él la guarda y custodia, con el uso del domicilio conyugal y obligación alimenticia a cargo de la esposa. También recurre la cuantía de los alimentos sentenciada por no ajustarse a sus posibilidades económicas. La parte contraria alegó en contra del recurso y en apoyo de la sentencia. El Ministerio Fiscal también pidió su confirmación. No se aprecian motivos suficientes para considerar errónea la valoración y conclusiones sentenciadas.

Previamente debemos señalar que no consideramos necesaria la práctica de una prueba pericial psicológica por las razones explicadas en auto anterior dictado en esta segunda instancia, siendo así que no es necesaria una prueba de este tipo cada vez que se discuta sobre la guarda y custodia, ni corresponde decidir a los peritos ante la falta de acuerdo entre el padre y la madre, basándose el debate procesal en circunstancias relacionadas con los respectivos regímenes y horarios laborales, quién dispondría de más posibilidades de dedicación, quién se ocupaba más de los hijos antes de la ruptura de la convivencia y cosas por el estilo. Dicho esto añadir que la sentencia del Juzgado de Familia no discute la capacidad e idoneidad del apelante para ejercer las funciones propias de la guarda y custodia, pero también se la reconoce a la esposa, a cuyo favor se pronunció porque los niños han continuado con ella desde que el marido se marchó de casa hace ahora más de un año, sin que la custodia que ha venido ejerciendo desde entonces, ni su trabajo y horario lo haya impedido, como tampoco una fluida relación de los hijos con su padre, no resultando perjuicios de ello. Más bien serían los provocados por el hecho de la ruptura familiar y el desamor entre los padres, unido a su falta de acuerdo sobre la custodia siquiera en la modalidad compartida también propuesta en su momento por el marido (no se darían los requisitos del artículo 92 del Código Civil, por no ser proceso de divorcio consensual con una propuesta de convenio en tal sentido, ni haber llegado a acuerdo durante el procedimiento, ni obtenido el preceptivo informe favorable del Ministerio Fiscal). Por otro lado, la custodia de una madre o padre, por lo común, no sufre ni

resulta impedida por la circunstancia de que trabajen fuera de casa, como sucede en el presente caso, sin que el horario de aquélla comparado con el de su ex marido sea motivo suficiente para considerar errónea la decisión sentenciada, máxime en la actualidad, de la misma manera que el hecho de haber tenido el padre una buena y fluida relación con los hijos también desde la ruptura de hecho vaya en detrimento de aquélla. Y es que no cabe minusvalorar que las situaciones de hecho convivenciales consolidadas o de una cierta duración y estabilidad de los menores en el entorno de la madre o del padre son un importante elemento de juicio a la hora de decidir sobre la atribución judicial en favor de una u otro de su custodia, en defecto de acuerdo y de otros aspectos de interés que puedan inclinar la balanza en otro sentido, aunque una parte del tiempo de la convivencia pueda coincidir con el de tramitación del proceso, pues en materia familiar ni la vida ni las relaciones o los afectos se detienen durante el procedimiento, y la ley autoriza en esta materia a valorar los hechos independientemente del momento anterior o posterior en que hayan sido alegados o introducidos en el litigio (artículos 752 y concordantes LEC). En definitiva, el Tribunal no comparte la visión del apelante frente a la valoración imparcial y más objetiva del Juzgado, sin que tampoco se trate de reprochar nada a aquél, pues, repetimos, ante la falta de acuerdo entre las partes y teniéndose que decidir judicialmente a favor de una u otra, el criterio acogido en la sentencia fue racional y razonable a las circunstancias examinadas y a las amplias facultades conferidas por la Ley (artículo 103 del Código Civil: «... el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes: 1.ª Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas...»; artículo 159: «Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad...»). Finalmente, a la pregunta que se hace en el recurso en orden a si la solución hubiese sido la misma en la situación inversa, decir: que no es el tema ni merecería por ello comentario; denota desconfianza en la Justicia; y cada cual puede internamente opinar y conjeturar lo que quiera; pero la decisión en igual situación lógicamente sería la misma, independientemente del sexo, al haber puesto la sentencia el acento en la continuidad.

CUESTIONES PROCESALES

La decisión adoptada en cuanto al carácter restrictivo del régimen de comunicación, visitas y compañía, carece de una necesaria motivación, desconociéndose los motivos apreciados por el órgano judicial para adoptar tal limitación, no bastando, desde luego, la lacónica consideración de revelarse necesaria y útil para la tranquilidad del niño y de su madre, sin explicitar las razones o aspectos de tal decisión jurisdiccional. En base a ello se declara la nulidad de la sentencia.

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

El artículo 120.3 de la Constitución determina que las sentencias deberán de ser siempre motivadas. Los artículos 209 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ponen de relieve ese deber constitucional de motivación en la forma que deben de adoptar las sentencias. El deber de motivar las sentencias está fundamentado, según la STC 14/1991, de 28 de enero, en el derecho de todo justiciable a obtener la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24 de la Constitución, de tal forma que la parte pueda tener conocimiento de las razones por las que su pretensión o resistencia ha sido estimada o desestimada, y, al mismo tiempo, le posibilita el control por la vía de los recursos.

La argumentación o fundamentación de las sentencias precisa de la aplicación razonada de las normas que se consideran adecuadas al caso enjuiciado, con la triple finalidad de garantizar la posibilidad de control, convencer a las partes de la corrección de la decisión y garantizar la ausencia de arbitrariedad (SSTC 55/1987, de 13 de mayo y 22/1994, de 27 de enero).

La motivación de las sentencias ha de ser suficiente, y este concepto indeterminado ha de llevar a valorarse cada caso concreto, en función de las cuestiones que plantee y su importancia (STC 237/1997, de 22 de diciembre).

Los preceptos constitucionales invocados con anterioridad, no obligan a dar exhaustiva respuesta a todas y cada una de las argumentaciones de las partes (SSTC 116/1991, de 23 de mayo; 150/1998, de 15 de julio; 224/1992, de 14 de diciembre). Lo esencial es que se exteriorice el fundamento jurídico de la decisión, para determinar su control. La motivación actúa, en consecuencia, para favorecer un más completo derecho de defensa en juicio y como elemento preventivo de la arbitrariedad, sin que ello implique un tratamiento pormenorizado de todos los aspectos sugeridos por las partes, siempre que se permita conocer cuáles han sido los criterios jurídicos determinantes de la decisión judicial (SSTC

209/1993, de 28 de junio; 196/1988, de 24 de octubre, pudiendo darse pese a la parquedad o concentración del razonamiento jurídico (SSTC 150/1988, de 15 de julio; 36/1989, de 14 de febrero).

En el caso de autos la sentencia definitiva recaída en el juicio declarativo verbal, la decisión adoptada en cuanto al carácter restrictivo del régimen de comunicación, visitas y compañía, para regular las relaciones del hijo común de las partes y el progenitor no custodio, carece de una necesaria motivación, desconociéndose los motivos apreciados por el órgano judicial para adoptar tal limitación, no bastando, desde luego, la lacónica consideración de revelarse necesaria y útil para la tranquilidad del niño y de su madre, sin explicitar las razones o aspectos de tal decisión jurisdiccional.

La falta de motivación del régimen de visitas restrictivo, ya fue denunciada por el recurrente en la formulación de su recurso de apelación, entre otras argumentaciones. El Ministerio Fiscal, que ha impugnado la sentencia de primera instancia, también ha argumentado la carencia de motivación que padece la resolución definitiva del proceso, en la materia relativa al régimen de visitas paterno-filial.

Aduce la falta de explicación de los motivos por los que se ha adoptado un régimen sumamente restrictivo, indicándose, tan sólo, ser necesario y útil para la tranquilidad del niño y de su madre, sin concretar la juzgadora por qué hechos y en base a qué instrumentos probatorios se ha llegado a tal decisión jurisdiccional.

En base a las consideraciones dichas, y habiéndose hecho valer la nulidad de la sentencia por el Ministerio Fiscal, por vía del instituto procesal de la impugnación de la misma con manifiesta conformidad del recurrente principal al dársele traslado del escrito impugnatorio, y haberse cumplimentado las prescripciones de los artículos 225 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre la nulidad de las actuaciones judiciales, procede declarar la

nulidad de la sentencia dictada en la primera instancia, dejándola en consecuencia sin efecto, con devolución de los autos al órgano judicial para que proceda al dictado de nueva sentencia en la que se

cumplimente el deber de motivación de la misma, al haberse infringido los artículos 24.2.º y 120.3.º de la Constitución, y 209 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la motivación de las sentencias.

CUESTIONES PROCESALES

Se revoca la suspensión de las actuaciones del divorcio acordada por el Juzgado apreciando la excepción de prejudicialidad civil y que estuvo basada en la circunstancia de haberse promovido por la esposa proceso declarativo ordinario, tendente a discutir la validez de determinados contratos celebrados entre el esposo y su hermano, con la finalidad de la despatrimonialización de aquél.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 24 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

El proceso contencioso de divorcio instado por doña Frida, frente a su consorte don Evaristo, tiene por objeto que se proceda a la declaración jurisdiccional de la disolución del vínculo conyugal, que unía a ambas partes litigantes, con la adopción de determinadas medidas civiles complementarias, relativas a las hijas menores de edad, al uso de la vivienda familiar y a la constitución de pensión compensatoria por desequilibrio económico, y de indemnización derivada del artículo 41 del Código de Familia de Cataluña.

En forma acumulada a la acción de divorcio se dedujo por la parte accionante, la relativa a la declaración de nulidad o ineficacia del convenio regulador suscrito por los cónyuges, en forma privada y sin la homologación judicial propia de un proceso consensuado, por consecuencia de la concurrencia de vicios en la voluntad, y en concreto por prestarse el consentimiento por engaño, miedo e intimidación.

Tras la admisión a trámite del proceso, en el que se adoptaron determinadas medidas coetáneas al mismo, en sede de pieza separada de medidas provisionales, se arribó a la fase procedimental del acto de la vista del juicio verbal, en donde la accionante solicitó la suspensión de las actuaciones del divorcio, por prejudicialidad civil, y por la circunstancia de haberse promovido por la misma, acción en otro proceso declarativo ordinario, tendente a discutir la validez y en suma la eficacia jurídica de determinados contratos celebrados entre el demandado en la causa de divorcio y su hermano, con la finalidad de la despatrimonialización de aquél.

El órgano judicial procedió, en base al artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la suspen-

sión del proceso de divorcio, por prejudicialidad civil, y por haberse solicitado en el divorcio pensión compensatoria e indemnización del artículo 41 del Código de Familia de Cataluña, que dependían del estado patrimonial del esposo, cuya situación económica podría verse alterada por consecuencia del proceso declarativo ordinario instado.

El proceso de divorcio, que persigue la disolución del vínculo conyugal, y la adopción de medidas de menores de edad, relativas a la guarda y custodia, régimen de visitas, pensión de alimentos, uso del domicilio familiar, etc., no puede quedar suspendido por el inicio de otra acción tendente a valorar la eficacia jurídica de determinados contratos celebrados entre el esposo y su hermano.

La cuestión prejudicial civil, solicitada en base al artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y con la finalidad de suspensión del proceso de divorcio, ha de ser plenamente desatendida.

El órgano judicial del proceso de divorcio deberá dictar sentencia sobre la disolución del vínculo conyugal y medidas solicitadas en cuanto a las hijas menores de edad, y sobre la pertinencia o no de examinar en el proceso de divorcio la acción de nulidad del convenio extrajudicial por vicios de la voluntad, sin que la pendencia de un proceso, entre distintas partes, pueda interrumpir la causa de divorcio, y las medidas relativas a menores de edad, hasta la resolución del proceso declarativo ordinario.

La juzgadora *a quo* habrá de examinar las circunstancias concurrentes en el momento del dictado de la sentencia de divorcio, sobre las cuestiones patrimoniales solicitadas, pudiendo incluso, si así lo considera pertinente en el libre ejercicio de su

actividad jurisdiccional, efectuar especial reserva de acciones en cuanto a la indemnización derivada del artículo 41 del Código de Familia de Cataluña, tal como ya ha sucedido en algunas ocasiones en asuntos sometidos a la decisión de este Tribunal.

Por lo explicitado, y estimando el recurso de apelación del demandado don Evaristo, procede revocar el auto apelado, y dejar sin efecto la suspensión del proceso de divorcio por la prejudicialidad civil erróneamente apreciada.

CUESTIONES PROCESALES

Es cierto que la demandada no formuló una demanda reconvencional específica en su escrito de contestación, pero también es cierto, que, una vez planteada por parte del esposo la improcedencia de admitir las pretensiones de la esposa, la Juzgadora *a quo* se pronunció en el sentido de admitir la petición de pensión compensatoria, ninguna consideración efectuó el esposo a continuación, ni interpuso recurso alguno contra tal acuerdo, y ni siquiera formuló una protesta contra éste, sino que por el contrario se aquietó con dicho pronunciamiento y propuso la prueba que estimó oportuna.

AP GUIPÚZCOA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña Yolanda Domeño Nieto

Por lo que respecta al primer motivo de recurso alegado por don Adolfo, consistente, como ya se ha indicado, en que se ha producido una infracción de normas, dado que la sentencia de instancia le impone la obligación de pago de una pensión compensatoria por importe de 2.000 euros mensuales, sin que tal solicitud se haya efectuado mediante reconvención alguna, y a pesar de que él ha venido satisfaciendo de forma inalterable la cantidad de 901,52 euros mensuales en concepto de pensión durante quince años, sin que se haya formulado nunca pretensión alguna en orden a incrementar la misma, lo cual además constituye un atentado contra los actos propios, dicho motivo de recurso ha de ser desestimado, por cuanto que si bien es cierto que por parte de doña Ángeles no se formuló expresamente en su escrito de contestación a la demanda una demanda reconvencional, habiéndose limitado a verificar su petición de incremento de la pensión compensatoria, de revisión de la misma y de solicitud de garantía de efectividad de su pago en dicho escrito de contestación, tal y como sostiene el apelante en su escrito de recurso, también es cierto, por una parte, que una vez que la Juzgadora *a quo*, ante las extensas alegaciones verificadas por el referido demandante en el acto de la vista, se pronunció en ese acto acerca de tal cuestión, estimando que la reclamación planteada por la demandada había de ser examinada en el curso del procedimiento, ninguna consideración se verificó por parte de don Adolfo en dicho acto, en el que no formuló protesta alguna en relación a ese extremo,

habiendo por el contrario procedido acto seguido a proponer la prueba que estimó oportuna en orden precisamente a justificar la improcedencia de tal pretensión, es decir, la improcedencia de la fijación de una cuantía en concepto de pensión, y, por otra parte y fundamentalmente, que el mismo ha introducido esta materia relativa a la cuantía de la pensión compensatoria, como objeto de controversia, cuando ha solicitado en su escrito de recurso, exclusivamente, que se establezca en la cuantía de 901,52 euros el importe de la pensión compensatoria que él ha de satisfacer en forma mensual a doña Ángeles, con lo cual es evidente que esta Sala se ve obligada a pronunciarse sobre la pretensión deducida en dicho escrito de recurso.

En efecto, es cierto que la demandada no formuló una demanda reconvencional específica en su escrito de contestación a la promovida por la parte contraria, a pesar de que la doctrina Jurisprudencial sobre este extremo, basada en lo establecido en el artículo 406.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 399 del mismo cuerpo legal, y con lo establecido de manera específica para los procesos de familia en la regla 2.ª del artículo 770 de la misma Ley, es clara en el sentido de que resulta exigible la formulación de reconvención cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas, que no hubieran sido solicitadas en la demanda, y sobre las que el Juzgador no deba pronunciarse de oficio, de tal manera que, para que una nueva pretensión de dicha natu-

raleza de la parte demandada pueda ser analizada en cuanto al fondo, se hace ineludible el cumplimiento de todas y cada una de las formalidades del escrito de demanda, sin que pueda refundirse en el de contestación por el mero hecho de contener el suplico de la misma un *petitum* respecto de una materia a la que no se refería la parte actora en el escrito por ella presentado, pero también es cierto, como ya se ha indicado, que, una vez planteada por parte de don Adolfo la improcedencia de admitir las pretensiones contenidas en el escrito de contestación a la demanda, con base en las consideraciones que verificó en el acto de la vista, y la Juzgadora *a quo* se pronunció al respecto, señalando que había de darse curso a la reclamación por doña Ángeles formulada y que había de ser analizada dicha cuestión, y más puntualmente indicando que, si bien se había introducido «por la demandada la cuestión relativa a la modificación de la pensión a través del escrito de contestación a la demanda, del espíritu del escrito de la demanda resulta que se solicita que

permanezcan inalterables las cláusulas pactadas en el año 1992», por lo que expresamente había de pronunciarse la parte contraria sobre tal extremo, al estimar que habían cambiado sus condiciones, por lo que había de debatirse la procedencia o no de la modificación pretendida, ninguna consideración efectuó el demandante a continuación, ni interpuso recurso alguno contra tal acuerdo, y ni siquiera formuló una protesta contra el mismo, sino que por el contrario se aquietó con dicho pronunciamiento y propuso la prueba que estimó oportuna, tendente precisamente a acreditar la improcedencia de la pretensión formulada por doña Ángeles en su escrito de contestación a la demanda y articulada en él con ese carácter reconvencional, es decir, con la pretensión de fijar una pensión a su favor, por lo que no puede por menos que constatarse que ninguna indefensión se ha ocasionado al mismo con ese pronunciamiento contenido en la sentencia, que resuelve sobre un extremo controvertido entre las partes en el curso del procedimiento.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

En lo que se refiere a los intereses reclamados por impago de pensiones, son los correspondientes al artículo 576 de la LEC, que determina que, desde que fuera dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, a favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición legal especial. Son intereses impuestos legalmente y no es preceptivo pedirlos ya que tienen carácter imperativo, e incluso sin necesidad de expreso pronunciamiento condenatorio a su pago.

AP A CORUÑA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Miguel Fernández-Montells

Para la debida resolución del recurso debemos partir de las indiscutibles cláusulas del convenio de mutuo acuerdo, suscrito entre las partes, y aprobado en sentencia de separación matrimonial de fecha 21 de septiembre de 2001, de la que dimana la presente ejecución, que estableció la cantidad mensual de 35.000 de las antiguas pesetas en concepto de pensión alimenticia a favor de la hija común a cargo de don Agustín. Dicha cantidad, se dispone literalmente, será revisable anualmente, de acuerdo al incremento experimentado por el Índice de Precios al Consumo, establecido por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya.

Por lo tanto, la actualización de la pensión alimenticia se vinculaba a un mero índice corrector cuya publicación en periódicos oficiales, no supone

más que su mera aplicación y así se viene a reconocer en esta alzada por el recurrente, que se aquieta con la actualización de la pensión aplicada en el auto apelado.

Alega el recurrente como motivo de oposición el pago, en mano, de las diferencias reclamadas de los meses de diciembre de 2001 y abril de 2002, lo que no cabe su admisión desde el momento en que no puede justificarlo documentalmente, tal como exige el artículo 556.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que no puede admitirse tal motivo de oposición de ningún modo.

Precisamente por ello, si procede admitir el pago del mes de octubre de 2001, desde el momento en que constan acreditados documentalmente los reintegros llevados a cabo por la ejecutante en cuenta

bancaria del ejecutado tras la sentencia de separación matrimonial, concretamente los días 17 y 18 de octubre de 2001, cuyo importe en conjunto asciende precisamente a la cantidad mensual fijada en la sentencia que se ejecuta, dictada con posterioridad a los otros reintegros con lo que se pretende justificar el abono de la mensualidad de noviembre de 2001.

Por último, en lo que se refiere a los intereses reclamados, salvo los relativos al mes que estimamos abonado por el demandante, que por tanto no procede su aplicación, son los correspondientes al artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que determina que desde que fuera dictada en primera instancia,

toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, a favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición legal especial. Intereses impuestos legalmente y no es preceptivo pedirlos ya que tienen carácter imperativo, e incluso sin necesidad de expreso pronunciamiento condenatorio a su pago, que pueden ser reclamados, los vencidos, en la demanda de ejecución con el principal, por lo que no hay que confundir con los que se devenguen durante la ejecución, y sin que ello signifique que se trate de intereses de intereses, como alega la parte apelante.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Es admisible que en fase de ejecución pueda suspenderse el derecho de visitas por la vía del artículo 158 del CC, si existe causa para ello, en protección del interés superior de los menores, pero ello exige una cumplida prueba al respecto que en el caso presente no consta.

AP A CORUÑA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Luis Seoane Spiegelberg

Es claro que las sentencias judiciales se han de ejecutar en sus propios términos, so pena de vulnerar el artículo 18 de la LOPJ. El Tribunal Constitucional, en numerosas resoluciones, ha reconocido tal derecho como formando parte del contenido del artículo 24.1 de la CE (STC 92/1988, de 23 de mayo, entre otras). La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha proclamado que es ineludible el mandato de ejecutar las sentencias firmes, las cuales tienen que ser cumplidas conforme a lo que en ellas se dice, respetando totalmente sus mandatos, sin que en su ejecución se pueda efectuar ninguna rectificación de los mismos (SSTS de 3 de febrero de 1990 y 31 de diciembre de 1995). Se vulneraría, pues, el artículo 267.1 de la LOPJ, si el órgano jurisdiccional (fuera de la limitada permisión que expresa la proposición segunda del mentado precepto) varía una sentencia que pronunció después de firmada en esta concreta fase del proceso. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha reconocido hasta la saciedad el derecho a la intangibilidad, inmodificabilidad o invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes como integrante del derecho a la ejecución de Sentencias en sus propios términos (SSTC 49/2004, 190/2004, 136/2005). Ello no quiere decir que en un procedimiento matrimonial no se pueda suspender el derecho de visitas por la vía del artículo 158 del CC, si existe causa para ello, en protección del interés superior de los menores, pero ello exige una cumplida prueba al respecto que en el caso presente no consta.

La STS de 9 de julio de 2002 proclama que el derecho de relación del menor con el progenitor que no ostenta su guarda, de conformidad con lo prevenido en el artículo 160 del texto legal citado, en armonía con lo normado en el artículo 94, ha de ser respetado «pues de las actuaciones elevadas a la Sala no se muestran indicios serios de que las comunicaciones paterno-filiales puedan ser nocivas o perjudicar el desarrollo y formación del menor, habiendo por el contrario de considerarse, a falta de toda prueba en contrario, que las mismas han de constituir un factor de enriquecimiento para quien se encuentra en fase tan transcendental de su vida, y sin que, al respecto, y como aduce la recurrente, pueda tomarse en consideración, como factor excluyente del derecho debatido, la falta de relación en el pasado, pues precisamente a través de la acción entablada se intenta reanudar una comunicación rota, al haber sido infructuosas las posibles negociaciones de las partes».

Por su parte, la STS de 21 de julio de 1993 proclama que: «si se lee con atención el artículo 94 del Código Civil, aplicable por evidente analogía a la situación de los padres litigantes, se ve sin mayores esfuerzos que la negación del derecho de visitas es una excepción a la regla general, de carácter imperativo, que sienta su inciso primero, por lo que como excepción debe probar que concurren los presupuestos para que opere quien la alega (en

este caso, el recurrente, quien mantiene el perjuicio del menor)».

Por su parte, es pronunciamiento del Parlamento Europeo de 17 de noviembre de 1992 el que afirma que la suspensión del derecho de visitas sólo ha de aplicarse si se pone con elevada probabilidad, directa y seriamente en peligro la salud física o psi-

quica del hijo y también si existe una resolución incompatible ya ejecutable al efecto.

Pues bien, en el caso presente, no existiendo constancia alguna de que el cumplimiento del régimen de visitas dimanante de una sentencia firme genere perjuicios reales a los menores la mentada sentencia debe ser cumplida en sus justos términos.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Las partes elevaron a documento público notarial un acuerdo extrajudicial y es el incumplimiento de las obligaciones asumidas por una de ellas lo que implica el ejercicio de la acción correspondiente y la interposición de la presente demanda. Así las cosas, ejercitándose una acción dimanante de las obligaciones contraídas por las partes en un acuerdo transaccional extrajudicial elevado a escritura pública con posterioridad a la sentencia de divorcio, la competencia no corresponde al Juzgado de Familia sino al de Primera Instancia ordinario.

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, AUTO DE 16 DE JULIO 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 la representación procesal del Sr. Juan Pedro en su escrito de interposición del recurso, no puede esta Sala compartir el criterio de la Juzgadora de instancia inadmitiendo la demanda presentada al declararse incompetente para conocer de la misma; toda vez, que en el caso de autos, se ejercita una acción dimanante de las obligaciones contraídas por las partes en un acuerdo transaccional extrajudicial elevado a escritura pública con posterioridad a la sentencia de divorcio dictada con fecha 26 de enero de 2006; es decir, las partes elevaron a documento público notarial de fecha 23 de mayo de 2007 un acuerdo extrajudicial y es el incumplimiento de las obligaciones asumidas por una de ellas lo que implica el ejercicio de la acción correspondiente y la interposición de la presente demanda (no nos encontramos

ante la ejecución de un título judicial o un acuerdo homologado judicialmente, sino que lo que se pretende es el cumplimiento de lo pactado en su día en escritura pública). Así las cosas, basándose la acción ejercitada en el cumplimiento de unas obligaciones asumidas en documento público sin homologación por parte del Juzgado de Familia, será el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 8 de esta ciudad al que le ha correspondido por turno de reparto, el competente para conocer de la demanda interpuesta a través de las normas del procedimiento ordinario. De ahí, que no infringiéndose motivo alguno de los artículos 46 y 48 de la LEC de los que pueda deducirse la falta de competencia del precitado Juzgado de Primera Instancia, procede la estimación de la pretensión revocatoria articulada a través del recurso interpuesto, declarando al mismo competente para conocer del presente procedimiento.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

El artículo 148 del CC es perfectamente aplicable a los procedimientos matrimoniales siendo dicho precepto de orden público, sus términos imperativos y sus efectos inherentes, por lo que debe retrotraerse el abono de la pensión alimenticia a la fecha de la presentación de la demanda, sin que sea obligatorio suplicarlo o interesarlo para su concesión.

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, AUTO DE 16 DE JULIO 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 represen-

taciones procesales de las partes en sus respectivos escritos de interposición de ambos recursos de ape-

lación, no puede esta Sala sino compartir el criterio de la Juzgadora de instancia acordando seguir adelante con la ejecución despachada sin declaración expresa sobre las costas procesales generadas en primer grado; toda vez, que es criterio de esta Sección (Sentencias de fechas 24 de abril de 2006 y 12 de febrero de 2008 entre otras) que el artículo 148 del CC es perfectamente aplicable a los procedimientos matrimoniales (no olvidemos, que el procedimiento entablado en su día y del que la presente ejecución trae causa se rigió por dichas normas), por lo que siendo dicho precepto de orden público, los términos del mismo imperativos y sus efectos inherentes, debe retrotraerse el abono de la pensión alimenticia a la fecha de la presentación de la demanda, sin que sea obligatorio suplicarlo o interesarlo para su concesión; y todo ello sin olvidar, la ineludible obligación de los progenitores de atender a sus hijos derivada de la relación paterno-filial, a la que deben hacer frente a pesar de que ello

le pueda ocasionar un importante esfuerzo económico, al ser consecuencia de la más elemental exigencia de responsabilidad hacia los menores a los que en ningún caso se deben dejar desprotegidos. Por otro lado y en lo que respecta a la pretensión revocatoria referida a la no imposición de las costas procesales devengadas en la instancia; si bien es cierto, que el artículo 394.1 de la LEC consagra el principio del vencimiento objetivo en materia de costas, también lo es, que el mismo queda matizado excepcionalmente en aquellos supuestos en que el Tribunal aprecie que el asunto presentaba serias dudas de hecho o derecho. Así las cosas, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión debatida y las dudas de interpretación jurídica que se plantean en cuanto a la misma (no olvidemos los distintos criterios jurisprudenciales sobre esta materia), procede la desestimación de aquella pretensión revocatoria y la confirmación de la resolución recurrida en toda su integridad.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Se desestima la demanda de ejecución al haberse apreciado abuso de derecho en la reclamación de la ejecutante de las pensiones alimenticias de un hijo mayor de edad que ya se había insertado en el mercado laboral.

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, AUTO DE 18 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María del Mar Alonso Martínez

La Sentencia objeto de ejecución, de 1 de octubre de 1998, dispone la obligación del Sr. Ricardo de abonar como pensión de alimentos en favor del hijo, la suma de 50.000 pesetas mensuales, actualizables anualmente conforme al IPC.

La Sra. Carolina presentó demanda de ejecución de dicha sentencia, por impago de las pensiones de alimentos, para el hijo común, correspondientes a las anualidades 2004, 2005 y 2006, a la que se opone el ejecutado alegando la extinción de la obligación y el manifiesto abuso de derecho que no viene amparado por la Ley.

De la hoja histórico laboral del hijo de los litigantes, Jaume, nacido el 8 de abril de 1985, resulta que el mismo inició su actividad laboral el 29 de junio de 2001, habiendo estado de alta en la SS, en distintas empresas, sucesivamente, por períodos de 40, 629, 151 y 57 días, percibiendo posteriormente prestación de desempleo desde 1 de julio de 2006 a 2 de octubre de 2006, del 3 de octubre de 2006 a 21 de diciembre de 2006, del 6 de febrero de 2007 a 13 de febrero de 2007 y de 14 de febrero de 2007 a 6 de mayo de 2007, volviendo después a iniciar su

actividad laboral el 7 de mayo de 2007 hasta el 6 de agosto de 2007. De estos hechos resulta que dada su incorporación al mercado laboral, de forma estable, si bien sometido a situaciones coyunturales de desempleo propias de dicho mercado y ostentando contratos de trabajo de larga duración, destacando como en uno de ellos estuvo durante casi dos años desarrollando su actividad laboral, habrá obtenido medios de vida propios.

Tales circunstancias determinan la procedencia de desestimar el recurso de apelación, no cabiendo el despacho ejecutivo que se invoca, por las anualidades de 2004, 2005 y 2006, compartiendo el criterio del juzgador *a quo*, considerando que la ejecución interesada constituye un claro abuso del derecho que no puede ampararse por los Tribunales de Justicia, tal y como resulta del artículo 7 del CC y artículo 11 de la LEC, constituyendo como requisitos esenciales de la construcción jurídica del abuso del derecho establecidos por reiterada jurisprudencia del TS:

1. Actuación aparentemente correcta.
2. Que la actuación produzca efectos dañinos.

3. Que dicha acción produzca una reacción del sujeto pasivo concretada en que pueda plantear una pretensión de cesación y de indemnización.

Además debe aludirse a la falta de legitimación activa de la madre, para efectuar la reclamación que realiza, dada la existencia de medios de vida en el hijo de los litigantes, y el contenido del artículo 76.2 del CF, conforme al cual la legitimación del progenitor para reclamar en nombre de los hijos mayores de edad, únicamente existirá concurrien-

do los requisitos de convivencia y de que el hijo carezca de ingresos propios, circunstancia que no opera en el supuesto de autos, sin que el hecho de que el hijo se halle en situación puntales de desempleo altere lo expuesto, pudiendo además, en caso de precisarlo, acudir al procedimiento de alimentos entre parientes, mas no siendo dable, una vez que se ha contando con medios de vida seguir bajo el ámbito de protección del citado precepto. En consecuencia debe mantenerse la resolución objeto de la apelación.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Estimación de la oposición a la ejecución ya que si bien el padre accedió a llevar a cabo el ingreso de la pensión en una cuenta a nombre del hijo, ello no se hizo con voluntad e intencionalidad alguna de incumplir lo dispuesto en la resolución judicial de que la pensión alimenticia se ingresase en la cuenta bancaria que designase al efecto la madre.

AP LEÓN, SEC. 3.ª, AUTO DE 30 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Miguel Ángel Amezcua Martínez

Igualmente, y no obstante lo anteriormente expuesto, ha de acogerse la pretensión revocatoria del apelante, en cuanto a que se estime íntegramente su oposición a la ejecución despachada.

Y ello debido a que si bien es cierto que el ejecutado y padre del menor no debió proceder, sin haber obtenido la correspondiente autorización judicial o de la madre, a ingresar el pago de parte de las mensualidades de la pensión de alimentos en una cuenta bancaria abierta a nombre del hijo (pese haber obtenido su mayoría de edad). En el especial y particular supuesto que nos ocupa, máxime la declaración del

hijo, se infiere y se constata que si bien el padre accedió a llevar a cabo dichos ingresos a favor exclusivo de hijo, ello no se hizo con voluntad e intencionalidad alguna de incumplir lo dispuesto en la resolución judicial de que la pensión alimenticia se ingresase en la cuenta bancaria que designase al efecto la madre.

Hecho y circunstancia que ha de tenerse en cuenta, y conllevar la consecuencia de que pese a ello no deba prosperar la ejecución despachada. Al igual que por tal razón, no obstante decidirse desestimar la oposición, no procede hacer imposición de las costas de primera instancia a la ejecutante.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Habiéndose pactado en la liquidación de gananciales un exceso de adjudicación a favor del esposo por importe de 69.000 euros que se comprometía a hacer efectiva a la ex esposa en el momento de la venta de un inmueble, no cabe en el procedimiento de ejecución añadir o adicionar pasivo inexistente en aquel convenio debiendo ejecutarse el convenio de liquidación en sus propios términos.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 30 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Neira Vázquez

Por la dirección letrada de la parte apelante interesando la revocación de la resolución recurrida se pide se estime la oposición formulada y se imponga

el pago de las costas causadas tanto en la primera instancia como en esta alzada y alega que si atendemos a la estipulación 7.ª relativa a la determina-

ción del activo y pasivo de los bienes que integran la sociedad conyugal vemos cómo en el punto II del activo reseñado hace referencia en su apartado B) a las participaciones de la entidad mercantil y por lo tanto a la vista del contenido íntegro del presente escrito de oposición —se dice— la cantidad por la que en cualquier caso se debería despachar ejecución no asciende a la suma reclamada y expuesta toda vez que si se efectuaran las operaciones matemáticas mantendría una deuda con él.

Por su parte doña María Ángeles pide se confirme el auto apelado y alega que el ejecutado parece ahora querer modificar unilateralmente la liquidación efectuada en su día de la sociedad económica conyugal de gananciales aprobada judicialmente rehaciendo el inventario modificando valoraciones de los bienes del activo a su conveniencia repentinamente pasivo que ni acredita ni manifestó en su momento forzando la interpretación de las cláusulas.

Se resuelve en la primera instancia acordar que la ejecución siga adelante por la cantidad de 69.867,58 euros en concepto de principal más la cantidad que se fija para costas e intereses lo que la Sala considera conforme a derecho y a las circunstancias del caso.

En efecto, se solicita ejecución por importe de 69.882,58 euros por la pensión de alimentos y por el exceso de adjudicación a favor del ejecutado quien se compromete a hacer efectiva dicha cantidad a favor de la esposa en el mismo instante en que el esposo reciba el importe que le corresponda por la venta del inmueble.

Con relación a la primera cuestión hay que indicar que el propio auto apelado ya hace los reajustes necesarios en orden a la cantidad exacta de la pensión de alimentos correspondiente al mes de agosto por lo que en este punto no ha de estarse sino a lo establecido en dicha resolución.

Y ya con relación a los otros extremos hay que señalar que aquel convenio regulador de 31 de marzo de 2005 ya determinó también el activo y pasivo de los bienes que integran la sociedad conyugal de manera que tras la relación de los bienes de uno y otro se llevan a cabo las adjudicaciones estableciendo la cláusula novena que dado que existe un exceso de adjudicación a favor del esposo por importe de 69.000 euros éste se compromete a hacer efectiva dicha cantidad a favor de la esposa en el mismo instante en el que el Sr. Narciso reciba el importe que le corresponda por la venta del inmueble sito en la calle Araucarias.

Ninguna otra condición se estableció para ello de manera que exclusivamente se pospuso la entrega del importe correspondiente. Nada por lo tanto condicionaba la suma que por exceso en la adjudicación correspondía al esposo, siendo de señalar en todo caso que no cabía en este procedimiento de ejecución añadir o adicionar pasivo inexistente en aquel convenio así aprobado judicialmente que por ello habrá de ejecutarse en los mismos términos que se pactaron todo ello en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18 de la LOPJ por todo lo cual con rechazo del recurso planteado no procede sino confirmar el auto recurrido.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

El padre no ha cumplido con los condicionantes judicialmente establecidos para conservar el régimen de visitas, pues no ha asumido seriamente un compromiso responsable de abandonar el consumo de tóxicos y de superar su adicción a las drogas y al alcohol, pese a que había sido expresamente advertido de modo nítido y comprensible sobre las consecuencias que acarrearía un estancamiento en su situación.

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, AUTO DE 30 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Damián Álvarez García

El Auto del Juzgado de Familia núm. 6 de Sevilla de 3 de abril de 2006, confirmado en grado de apelación por el Auto de 30 de marzo de 2007, tras describir pormenorizadamente las vicisitudes del régimen de visitas paterno-filial, indicaba que, durante un período intermedio y transitorio, las visitas de Alfonso respecto de su hijo menor, nacido el 6 de febrero de 2001, se efectuarían exclusivamente en el domicilio

y a presencia de los abuelos paternos, quienes se encargarían de la recogida y entrega del menor en el domicilio materno, y que el padre debía someterse a controles toxicológicos trimestrales para verificar que está dispuesto a superar su adicción; dicha resolución judicial advertía con absoluta nitidez y claridad que si la situación se estancaba, el padre no se sometía a tratamiento de deshabituación y el

consumo de tóxicos no terminaba desapareciendo, el régimen de visitas paterno-filial se suspendería.

El Auto de 27 de septiembre de 2007, en trance de apelación, suspende en interés del menor el régimen de visitas a la vista del informe toxicológico, emitido el 18 de julio de 2007, que constata un consumo alto de cocaína y bajo de cannabis, sin perjuicio de que las visitas se reanuden si el padre supera su adicción a drogas tóxicas.

Cierto es que el normal desarrollo integral de un menor, cuya guarda ha sido atribuida a la madre, requiere el mantenimiento de relaciones, contactos y encuentros con su progenitor no custodio, y con su familia paterna, para evitar perjudiciales rupturas de lazos afectivos, de manera que sólo cuando se aprecie una situación de peligro potencial o de grave perjuicio para el menor cabe privar al padre del derecho a relacionarse con su hijo. Igualmente es cierto que la patología (politoxifrenia) que padece el padre, en principio y por sí sola, no le inhabilita para mantener relaciones con su hijo.

Sin embargo, no es menos cierto: a) que, en general, un padre consumidor habitual de drogas tóxicas

y de alcohol no constituye un referente paterno normalizado, que resulte beneficioso para la seguridad, la educación y la integridad física y psicológica de un menor, que cuenta en la actualidad con 7 años de edad, y que no puede quedar sometido al riesgo de eventuales comportamientos del padre determinados por su politoxicomanía; b) que, en concreto, el padre apelante no ha cumplido con los condicionantes judicialmente establecidos para conservar el régimen de visitas, pues no ha asumido seriamente un compromiso responsable de abandonar el consumo de tóxicos y de superar su adicción a las drogas y al alcohol, pese a que en el supuesto de autos había sido expresamente advertido de modo nítido y comprensible sobre las consecuencias que acarrearía un estancamiento en su situación; el Sr. Alfonso, que niega haber continuado consumiendo drogas, no ha mostrado suficiente interés en superar su toxicomanía, pues no consta que se haya sometido a un tratamiento de deshabituación, y el informe toxicológico, elaborado el 18 de julio de 2007, sobre muestras de cabello de 3 centímetros —y no de 6, como en el informe precedente de 16 de febrero de 2006—, concluye que el consumo de cocaína es alto y el de hachís bajo.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Si bien es cierto que la menor se muestra reacia a llevar a cabo las visitas con su padre, no lo es menos que tanto el Ministerio Fiscal, como el equipo Psicosocial y el Centro Kidetza comparten el criterio de que la madre, progenitora custodia, no contribuye, en absoluto, para que el régimen de visitas pueda resultar positivo para la menor, por lo que se acuerda la realización de un Programa de Intervención Familiar que contribuya a la reestructuración de los canales de comunicación.

AP GUIPÚZCOA, SEC. 2.ª, AUTO DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña Ane Maite Loyola Iriondo

La representación de Claudia interpone recurso de apelación contra el Auto de fecha 28 de mayo de 2007 dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de esta capital en solicitud de que se revoque dicha resolución y en su lugar se dicte otra por la cual se acuerde la suspensión del régimen de visitas fijado mediante Auto de fecha 30 de junio de 2007, y se declare la idoneidad de la Clínica Isep de San Sebastián, para que sea la misma la que, a través del tratamiento a que se está sometiendo la menor, determine el momento adecuado para la reanudación de los contactos entre el Sr. Julián y la menor Andrea, así como la forma idónea para la menor de desarrollar dichos contactos; subsidiariamente y para el caso de que no se acepte dicha solicitud interesa la estimación de la propuesta for-

mulada por el Ministerio Fiscal en su informe de fecha 23 de noviembre de 2006.

Como motivo del recurso se invoca error en la valoración de la prueba llevada a cabo por el juzgador de instancia.

En defensa de dicho motivo impugnatorio la parte recurrente alega la falta de rigor por parte del Punto de encuentro Kidetza en la emisión de sus informes, así como la ausencia de prueba de validez que acredite las consideraciones que se contienen en el auto recurrido acerca de que el incumplimiento del régimen de visitas establecido se haya producido como consecuencia de la actitud de la propia recurrente, y añade, en defensa de su tesis, que «es la sistemática negativa de la menor, la causa

determinante del incumplimiento del régimen de visitas, sin que los profesionales del Punto de encuentro Kidetza hayan sido capaces de convencer, ni de emplear con la misma cuantas técnicas disuasorias fueran precisas para convencer a la menor de un cambio en su actitud, actuando a través de veladas amenazas contra la menor y su madre.

A la vista de los términos en que ha quedado configurado el presente recurso resulta obligado mencionar algunos de los antecedentes disponibles respecto al desarrollo del derecho de visitas de la menor con el progenitor no custodio, con el objeto de disponer del mayor número de datos posibles a la hora de adoptar la decisión que procede en este caso:

– Con fecha 4 de diciembre de 1998 se dictó Sentencia por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de esta capital, en virtud de la cual se declaraba la separación legal de Julián y Claudia estableciendo el correspondiente régimen de visitas para el progenitor no custodio.

– La representación de Claudia mostró su oposición a la ejecución forzosa del contenido del Auto de fecha 30 de junio de 2006, relativo al régimen de visitas.

– A partir del mes de julio de 2006 se produce, de forma reiterada, la imposibilidad de llevar a cabo las visitas previstas a favor del padre, por cuanto que tal y como se desprende de los escritos emitidos por Kidetza, acudiendo ambos progenitores al centro, no se realizaba la visita ante la negativa de la menor a bajarse del coche.

– Mediante Auto de fecha 24 de mayo de 2007, ahora recurrido, se desestimaba la oposición formulada por la representación de Claudia frente a la ejecución instada por Julián, mandando seguir adelante con la ejecución del Auto de fecha 5 de diciembre de 2006, apercibiendo a Claudia con imposición de multas coercitivas, y con la expresa advertencia de que en caso de acreditarse un nuevo incumplimiento se le impondría una multa coercitiva de 30 euros por cada uno de ellos.

– Comenzadas las visitas tuteladas desde Kidetza, han transcurrido más de 9 meses sin que éstas se hayan podido llevar a cabo por la negativa de la menor a querer ver a su padre, sin que se haya podido avanzar en ese aspecto en la relación paterno-filial.

Es evidente que a la hora de adoptar cualquier medida relativa a los hijos, el interés prevalente debe ser el del menor, frente al interés de los padres o progenitores, constituyendo el principio rector fundamental de toda actuación judicial y es más, cualquier decisión que pueda adoptarse respecto de los niños, deberá primar el interés del menor asegurándole la protección y el cuidado necesario para su bienestar.

De este modo, como expone el Ministerio Público en su informe de fecha 2 de octubre de 2007, recogiendo el criterio de esta Audiencia Provincial, el derecho de visitas está claramente subordinado al interés del menor por ser dicho interés el más valioso y necesitado de protección.

En el supuesto que nos ocupa resulta incuestionable la conveniencia para la menor de conservar su relación con el padre, siendo este criterio compartido por el Ministerio Fiscal así como por parte del equipo psicosocial que ha emitido el informe de fecha 14 de mayo de 2008.

En dicho informe se apuntan, después de diversas consideraciones, dos conclusiones sumamente relevantes para la decisión de ese recurso, conclusiones con las que este Tribunal se muestra totalmente de acuerdo.

Por un lado, señala que la forma en que se han venido desarrollando las visitas en el punto de encuentro, no ha contribuido a reactivar la relación paterno-filial, ya que Andrea se encuentra posicionada en el conflicto del lado materno con un fuerte sentimiento de lealtad que hace que sea incapaz de expresarse con naturalidad en la relación con su padre.

Por otro lado, que la situación existente no contribuye al bienestar de Andrea que está siendo privada de la relación con la figura paterna, siendo ésta fundamental para su equilibrio psíquico y bienestar emocional.

También se reconoce este aspecto en el informe emitido por el centro de psicología clínica y de salud ISEP (folio 52) al declarar que «Desde el centro se recomienda que los menores deben tener relación con sus padres aunque éstos se encuentren separados. En el caso de Andrea es necesario que ambas figuras parentales favorezcan la elaboración de su apego seguro. Para ello sería relevante su colaboración en el tratamiento».

Atendiendo al contenido de los informes que figuran unidos a los autos y valorando las circunstancias del presente caso, puede concluirse en el sentido de que el restablecimiento del régimen de visitas precisa del seguimiento de un programa de intervención por parte de los tres integrantes de la unidad familiar en conflicto, padre, madre e hija, ya que si bien es cierto que la menor se muestra reacia a llevar a cabo las visitas con su padre, no lo es menos que tanto el Ministerio Fiscal, como el equipo Psicosocial y el Centro Kidetza comparten el criterio de que la madre, progenitora custodia, no contribuye en absoluto, para que el régimen de visitas pueda resultar positivo para la menor.

Por consiguiente, se estima necesario, atendiendo a las circunstancias del presente caso, la participación de ambos progenitores en un Programa de

Intervención Familiar que contribuya a la reestructuración de los canales de comunicación y una vez se asuma en firme por ambos progenitores el compromiso de participar en el mismo, pues se busca, en todo caso, el restablecimiento de los canales de comunicación entre padre e hija, mitigando el conflicto de lealtades en el que se encuentra inmersa, se acordará la suspensión del régimen de visitas vi-

gente en la actualidad, sustituyendo el mismo por el sistema de comunicación y de relacionarse padre e hija que se reputa más conveniente, con el asesoramiento de los profesionales que intervengan en el programa de intervención, quienes en todo caso deberán emitir informe sobre la evolución del precitado programa trimestralmente que será evaluado en su caso por el Juzgador de Instancia.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

La parte apelante pretende oponerse a la ejecución despachada con fundamento en que la pensión compensatoria se encontraba extinguida desde comienzos del año 2000 por haber accedido la esposa a un empleo, pero el planteamiento de una cuestión de esa naturaleza en el procedimiento de ejecución no resulta procedente y su examen supondría vaciar de contenido el derecho de la parte ejecutante a obtener la ejecución de la sentencia firme.

AP GUIPÚZCOA, SEC. 2.ª, AUTO DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Felipe Peñalba Otaduy

La Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Tolosa dictó Auto con fecha 15 de mayo de 2008 desestimando totalmente la oposición al Auto de fecha 26 de marzo de 2008 que acordó estimar en parte la demanda de ejecución de la sentencia de divorcio de mutuo acuerdo del matrimonio formado por doña Andrea y don Narciso dictada por el citado Juzgado con fecha 14 de noviembre de 1988 formulada por la Sra. Andrea y dispuso despachar ejecución contra el Sr. Narciso por la cantidad de 7.529,17 euros en concepto de pensión compensatoria impagada correspondiente a las mensualidades devengadas desde diciembre de 2002 a noviembre de 2007.

Frente al citado auto se alza el recurso apelación interpuesto por la representación del Sr. Narciso solicitando el dictado de una nueva resolución revocatoria de la anterior que deje sin efecto el Auto despachando ejecución de fecha 15 de mayo de 2008.

La parte apelante sostiene como fundamento de su recurso que la resolución impugnada infringe el artículo 559.1.1.º de la LEC, ya que carece de la condición de deudor al haberse extinguido la pensión compensatoria a favor de la ejecutante desde comienzos del año 2000 por haber accedido la misma al empleo activo.

Vistos los términos en que ha quedado delimitado el recurso de apelación, resulta fundamental para su resolución atender a los términos en que el título ejecutivo (sentencia de divorcio) establece la obligación de pago de una pensión compensatoria a favor de la Sra. Andrea.

En el presente supuesto, tratándose de un procedimiento de familia seguido de mutuo acuerdo, fueron los cónyuges quienes que de modo libre y voluntario, por las razones y con arreglo a las consideraciones que tuvieron por conveniente, establecieron el régimen sobre dicha materia en el convenio regulador de fecha 10 de octubre de 1988, aprobado posteriormente por la sentencia de divorcio.

El citado convenio regulador establece al respecto: «Tercera. Don Narciso pasará a doña Andrea (*sic*) la cantidad de 55.000 pesetas mensuales que se desglosan de la siguiente forma: ... 2.º 15.000 pesetas (quince mil) en concepto de pensión para la esposa. Ambas cantidades deberán ser abonadas dentro de los cinco primeros días de cada mes y por mensualidades anticipadas, quedando las mismas sujetas a las alteraciones que sufra el índice de coste de la vida según publicación anual del Instituto Nacional de Estadística, teniendo lugar la primera actualización el día uno de enero de 1990, actualizándose con posterioridad el día uno de enero de cada año.»

Como se advierte, la sentencia de divorcio dispone de manera clara y terminante la obligación del Sr. Narciso de abonar una pensión compensatoria a favor de la Sra. Andrea sin someterla a límite temporal o condición alguna.

La parte apelante pretende oponerse a la ejecución despachada con fundamento en que la pensión se encontraba extinguida desde comienzos del año 2000 por haber accedido la Sra. Andrea a un empleo. Sin embargo, esta Sala entiende, como lo ha hecho en otras ocasiones (así, por ejemplo,

Auto de fecha 17 de octubre de 2006), que el planteamiento de una cuestión de esa naturaleza en el procedimiento de ejecución no resulta procedente y su examen supondría vaciar de contenido el derecho de la parte ejecutante a obtener la ejecución de la sentencia firme en sus propios términos desconociendo el efecto de la cosa juzgada de la misma (criterio mantenido por la STS de 23 de junio de 2005). Y si la parte ejecutada entiende, o entendió en algún momento, que no se daban las condiciones para el devengo de la pensión compensatoria, el Código Civil en su artículo 91

permite la modificación de las medidas adoptadas en procedimiento de nulidad matrimonial, separación o divorcio, cuando se alteren sustancialmente las circunstancias. E incluso la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil al regular el procedimiento especial para obtener dicha modificación contempla en el artículo 775 la posibilidad de solicitar en la demanda la modificación provisional de las medidas definitivas concedidas en pleito anterior. Por consiguiente, no puede pretender la parte apelante oponerse al despacho de ejecución con base en el motivo alegado.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Se estima la causa de oposición planteada por la esposa, dado que la sentencia que declaró extinguido el derecho de uso sobre la vivienda familiar, no contiene ningún pronunciamiento de lanzamiento, pudiendo permanecer en ella al ser copropietaria del inmueble.

AP ALICANTE, SEC. 5.^a, AUTO DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María Teresa Serra Abarca

La parte ejecutante en el recurso argumenta que la resolución de instancia infringe el artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que ordena que las resoluciones judiciales tiene que cumplirse en sus propios términos. Ahora bien las alegaciones del recurso no desvirtúan los razonamientos expuestos en la resolución de instancia dado que la interpretación que pretende la parte va más allá del tenor literal de la resolución cuya ejecución se pretende.

Como establece la STS 1269/2002, de 24 de diciembre: «La ejecución de las sentencias en sus propios términos forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de Jueces y Tribunales, ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconocen no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad ninguna (Sentencias del Tribunal Constitucional 167/1987 y 92/1988) cuestión de esencial importancia para dar efectividad al establecimiento del estado social y democrático de Derecho que implica, entre otras manifestaciones, la sujeción de los ciudadanos y de la Administración Pública al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adopta la Jurisdicción, no sólo juzgando, sino también ejecutando lo juzgado, según se desprende del artículo 117.3 de la Constitución Española (Sentencias del Tribunal Constitucional 67/1984 y 167/1987). También ha dicho el Tribunal Constitucional que, en principio, corresponde al órgano judicial competente deducir las exigencias que impone la ejecución de las

sentencias en sus propios términos, interpretando, en caso de duda, cuáles deben ser éstos y actuando en consecuencia (Sentencias del Tribunal Constitucional 125/1987 y 167/1987), y que si bien debe tenerse en cuenta que, en todo caso, con ocasión de los incidentes de ejecución no es posible resolver cuestiones que no hayan sido abordadas ni decididas en el fallo o con las que éste no guarde una inmediata o directa relación de causalidad, pues, de otro modo, no sólo se vulnerarían las normas legales que regulan la ejecución, sino que podría resultar menoscabado, asimismo el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes procesales o de terceros (entre otras la Sentencia del Tribunal Constitucional número 120/1991).

En el presente supuesto, la resolución de fecha 13 de julio de 2005 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Alcoy, confirmada por la resolución de la AP, Sec. 4.^a de fecha 25 de mayo de 2006, no condena a la Sra. Carmela a desalojar la vivienda, como pretende la hoy apelante, sino que únicamente extingue el derecho de uso exclusivo otorgado sobre la vivienda en un proceso de divorcio, declaración que no conlleva el abandono de la vivienda, cuando consta acreditado que la misma es copropietaria de la citada vivienda y, como tal tiene derecho a usarla en el ejercicio de sus derechos dominicales.

En segundo lugar argumenta en el recurso que la oposición no se ajusta a lo ordenado en el artículo 556 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Motivo que no puede acogerse dado que como alega

la otra parte los motivos de oposición relativos al pago o cumplimiento sólo caben respecto cuando la resolución es de condena, supuesto que no es el de autos dado que la resolución que se pretende ejecutar no condena al desalojo de la vivienda.

Por último, con relación a las costas de primera instancia deben mantenerse, pues como razona el

juzgador de instancia éstas vienen referidas al incidente de ejecución y no al resto de la ejecución, por lo que ninguna incidencia tiene el hecho de que uno de los pedimentos de la demanda referido a la cancelación registral del derecho de uso exclusivo de la vivienda ejecutiva se haya estimado, pues las costas derivan del incidente de oposición a la ejecución y no del resto de los pedimentos.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Se incluye en el activo de la sociedad de gananciales un crédito de ésta frente al esposo por un importe de 3.900 euros, por cuanto de la cuenta ganancial abonó las pensiones compensatorias que deberían haberse pagado con dinero propio.

AP A CORUÑA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Miguel Fernández-Montells

Se incluyó en el pasivo del inventario (realmente debe ser entendido en el activo), el crédito que tiene la sociedad de gananciales frente a don José Augusto por importe de 3.900 euros, por cuanto de la cuenta ganancial cuyo saldo 24.317,84 euros se incluye en el activo del inventario, abonó las pensiones compensatorias que viene obligado a sufragar con dinero propio, lo que estimamos correcto. Ahora bien, consta que la cantidad transferida fue exactamente la de 4.614,27 euros, motivo por el que el Juzgado dicta Auto de fecha 23 de diciembre de 2003, en pieza separada de ejecución provisional, en el que acuerda, por exceder de lo debido, devolver al ejecutado la cantidad de 714,27 euros, alzando el embargo trabado sobre la mitad de la cuenta ganancial. Y en providencia dictada el día 10 de enero de 2004, de la cantidad

consignada 9.810,50 euros, acuerda hacer entrega a doña Camila la cantidad de 3900 euros y a don José Augusto 714,27 euros, librando los oportunos mandamientos de devolución, de tal modo doña Camila realmente percibió en dos ocasiones la cantidad de 3.900 euros, que adeudaba don José Augusto, procedentes los pagos con dinero ganancial. De tal modo, doña Camila es también deudora de la sociedad de gananciales de una cantidad de 3.900 euros, que debe ser asimismo incluido dicho crédito en el inventario, del mismo modo que don José Augusto, si bien respecto a este último al haber percibido del Juzgado la cantidad de 714,27 euros sin que conste que lo hubiese ingresado en la cuenta ganancial, debe incrementarse el crédito que tiene la sociedad de gananciales contra él a la cantidad de 4.614,27 euros.

REGÍMENES ECONÓMICOS

La valoración del inmueble incluido en el inventario de la sociedad de gananciales debe efectuarse conforme al informe pericial practicado, por lo que es intrascendente el precio por el que la ex esposa unilateralmente lo vendió después de la formación del inventario. El valor de venta se hubiese acogido en caso de disposición conjunta del inmueble.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández

La parte apelante interesa del Tribunal que, con revocación parcial de la sentencia de instancia, el inmueble incluido en las operaciones particionales sea valorado conforme al dictamen pericial realizado en el curso de la *litis*, y no por el precio de venta

impuesto por la Sra. Trinidad, lo que ha de determinar igualmente el valor del ajuar doméstico.

Pretensiones que encuentran la frontal oposición de la contraparte, en súplica de íntegra confirmación de la resolución impugnada.

La problemática jurídica que, por vía del presente recurso, se somete a nuestra consideración tiene su necesario punto de arranque en la Sentencia que, dictada por esta misma Sala en fecha 28 de octubre de 2005, puso fin al procedimiento de formación de inventario de la sociedad legal de gananciales en su día constituida por los hoy litigantes, y que había quedado disuelta en virtud de la Sentencia que, en 17 de junio de 2002, decretó su separación matrimonial.

En la primera de las citadas resoluciones, y en lo que al caso ahora debatido concierne, se declaró que formaba parte del activo ganancial el 80% de la vivienda sita en la calle DIRECCIÓN 0000 núm. NÚM 0000 de la localidad de Villarejo de Salvanes, proporción que había de hacerse extensiva al ajuar doméstico existente en dicho inmueble, el que, a tenor de lo establecido en la sentencia dictada por el Juzgado, había de valorarse en un 3% de la tasación del inmueble, teniendo en cuenta la indicada cuota de titularidad.

Y en cuanto los referidos bienes subsistían en la masa común tanto al tiempo de la disolución societaria, como en coincidencia con la tramitación del procedimiento de inventario en ambas instancias, obvio es su encaje, como partida del activo, en el artículo 1397.1.º del Código Civil, a cuyo tenor han de formar parte de dicho haber los bienes gananciales existentes en el momento de la disolución.

No puede quedar alterado dicho encaje legal, con las consecuencias económicas correspondientes, por un acto de disposición unilateral de uno solo de los cónyuges, cual en el caso ha acaecido, en el que la Sra. Trinidad, en fecha 21 de noviembre de 2005, esto es con posterioridad a la formación del inventario, procedió a enajenar el referido inmueble, sin conocimiento ni consentimiento de su esposo, por un precio escriturado de 225.000 euros, que la sentencia ahora apelada acoge como módulo de valoración del inmueble en las operaciones liquidatorias.

No podemos compartir, desde la perspectiva de esta alzada, tal criterio decisorio, que sólo sería viable en la hipótesis de haber prestado ambos cotitulares su consentimiento a la citada enajenación, con el correspondiente reparto del precio reflejado en el documento notarial. Pero al no hacerlo así, dicho dato formal no puede, en modo alguno, beneficiar a quien, de modo no amparado legalmente, ha prescindiendo en la referida operación del otro cotitular, sin que exista constancia del precio realmente obtenido, por lo que dicha litigante no puede ampararse en su unilateral actuación, en perjuicio de la comunidad post ganancial y, más en concreto, del otro comunero, en tanto la valoración que del inmueble se realiza en el presente procedimiento liquidatorio

arroja una cifra muy superior a la que se hizo constar en el repetido documento notarial, que no da fe del precio obtenido, sino tan sólo de lo manifestado, al respecto, por las partes contratantes.

Ha de tenerse en cuenta que, no obstante la postura que la hoy apelada ha mantenido en el curso de esta *litis* acerca del valor del inmueble, en referencia al precio escriturado, vino a solicitar, en coincidencia con el actor, que se designara perito para la tasación de todos los bienes de la extinta sociedad de gananciales, lo que supone una contradicción con su inicial estrategia, conforme a la cual sería absolutamente innecesaria la tasación de un bien cuyo valor, según se sostiene, ya venía invariablemente determinado por el dato formal que, sobre su precio de transmisión, se hizo constar en la escritura de venta.

Nos encontramos, en definitiva, ante un bien incluido en las operaciones divisorias del caudal común, y cuya valoración, al contrario de lo que sostiene la parte apelada, y así lo asume la sentencia de instancia, no puede quedar fijada al momento de su irregular enajenación, y mucho menos determinada por el precio establecido unilateralmente, y sin constancia de su ajuste a la realidad, por dicha litigante.

En efecto, y como viene manteniendo reiterada doctrina jurisprudencial, ha de tenerse en cuenta, a fin de conseguir una igualitaria distribución del patrimonio común, en los términos exigidos por los artículos 1344 y 1404 del Código Civil, el valor real que los bienes incluidos en el inventario alcancen al tiempo, no de la disolución societaria, sino de la efectiva partición, en armonía con las previsiones de los artículos 847, 1045 y 1047, a los que se remite, de modo genérico, el 1410 del citado texto legal.

Y habiéndose tasado en el presente procedimiento liquidatorio el inmueble inventariado en 365.400 euros, procede incluir en las operaciones divisorias la suma de 292.320 euros, correspondiente al 80% de la titularidad ganancial del mismo, según lo acordado en la anterior sentencia de esta Sala, lo que conlleva, a tenor igualmente de dicha resolución, que el ajuar doméstico se valore en 8.769,6 euros.

Y en tal sentido ha de acogerse el recurso articulado, lo que determina el necesario reajuste de las operaciones realizadas en la sentencia de instancia, por lo que siguiendo el mismo criterio allí fijado, pero con la corrección dimanante de la valoración que ahora se realiza del inmueble y el ajuar, el activo, en su valoración global y conforme se expone en el cuaderno particional elaborado, queda fijado en 313.640, 60 euros y el pasivo en 17.478,79 euros que, en cuanto abonado por el esposo, debe serle reintegrado en su mitad, esto es en un importe de 8739,395 euros.

De conformidad con lo expuesto, al Sr. Carlos Manuel le corresponde, por su mitad de ganancias, la cantidad de 156.820,03 euros, a los que deben agregarse 8.739,395 euros por su crédito, lo que hace un total de 165.559,69 euros, en tanto que de la mitad correspondiente a doña Trinidad (156.820,03

euros) deben restarse 8739,395 euros, mitad del pasivo, de lo que resulta la cifra de 148.080,91 euros.

Y sobre dichas bases se realizan las adjudicaciones que se detallan en la parte dispositiva de esta resolución.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Alega el esposo que siendo la finca propiedad de su familia, en concreto, de su madre, hermanos y de él, el crédito de la sociedad de gananciales por la realización de obras no sería únicamente frente a él. Alegación que debería haber acreditado a tenor de lo dispuesto en el apartado sexto del artículo 217 de la LEC, al ser él quien tiene mayor facilidad probatoria, falta de prueba que redunda en su perjuicio debiendo mantener al respecto las consideraciones de la juzgadora de instancia.

AP ASTURIAS, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María Nuria Zamora Pérez

Como primer motivo del recurso el apelante cuestiona la inclusión en el activo de la sociedad de un crédito frente a él por importe de 103.587,87 euros, cuantía a que ascienden las obras realizadas en una finca de Cabornera de Gordón, propiedad privativa del apelante, y que han sido satisfechas con dinero ganancial. Dos son los motivos de discrepancia con ese pronunciamiento. En primer lugar considera que ese crédito lo es únicamente en la cuantía de 69.369,51 euros, tal y como ha quedado acreditado con las facturas que se han aportado. En segundo lugar apunta que siendo la finca de Cabornera de Gordón, propiedad de su familia, en concreto, su madre, hermanos y de él, el crédito de la sociedad de gananciales no sería únicamente frente a él.

Por lo que se refiere al importe del crédito debe mantenerse el pronunciamiento de instancia. De la prueba documental aportada queda acreditado que, en relación a las obras ejecutadas en la mentada finca, el contratista disponía de una doble documentación. Por un lado maneja certificaciones de obra y por otro facturas, siendo la primera por un importe muy superior, lo que induce a pensar que parte de la obra se cobraba, en lo que se conoce como dinero B, para no declararlo a efectos impositivos. Las facturas se pagaban con cargo a la cuenta NÚMooo, que el apelante tenía abierta en Caja España, en tanto que el dinero no facturado se sacaba de la cuenta NÚMoor, de Cajastur, y así se observa en esta última sendos reintegros, uno de 30 de junio de 2004, por importe de 16.000 euros y otro de fecha 8 de

octubre de 2004, de 22.000 euros, cantidades, que por su importe y fechas, complementan los de las facturas dando como total el de las certificaciones de obra.

Dentro de los pagos realizados por las obras de la finca de Cabornera, debe analizarse también la alegación del apelante en el sentido de incluir en el pasivo de la sociedad de gananciales, la deuda que ésta tiene contraída en relación con el hijo del matrimonio, don José Ángel, por importe de 6.000 euros, que éste aportó a la sociedad para esos pagos. Respecto de esta pretensión la apelada, en la comparecencia ante la secretaria judicial, mostraba su conformidad en que se reconociera esa deuda si se acreditaba que se había invertido el dinero en la finca de Cabornera. De la prueba documental aportada por el apelante, en concreto de los movimientos bancarios de la cuenta de Caja España, con la que se realizaba el pago de las facturas de esa obra, queda probado, que en fechas inmediatamente anteriores a la realización del último pago, el hijo transfiere a la cuenta del padre los 6.000 euros, y que esa cantidad sirvió para completar el dinero necesario para realizar el pago de la tercera factura, luego debe deducirse racionalmente que se destinó a satisfacer esas obras, ostentando el hijo un crédito frente a la sociedad de gananciales por ese importe, que no consta le haya sido restituído.

En cuanto al segundo de los motivos también debe ser rechazado. Reconoce el apelante que la finca de Cabornera es en parte suya, si bien apunta

que no es una titularidad exclusiva sino que está en régimen de condominio con su madre y sus hermanos. Alegación que debería haber acreditado a tenor de lo dispuesto en el apartado sexto del ar-

tículo 217 de la LEC, al ser él quien tiene mayor facilidad probatoria, falta de prueba que redunde en su perjuicio debiendo mantener al respecto las consideraciones de la juzgadora de instancia.

REGÍMENES ECONÓMICOS

En relación con los regalos de boda no sería de aplicación el artículo 1353 del CC, pues nos hallamos ante una donación por razón del matrimonio, donaciones que por realizarse «antes de celebrarse» el matrimonio, nunca pueden calificarse como bienes gananciales. Los donantes efectuaron su acto de disposición patrimonial por razón del matrimonio de los litigantes, siendo por su naturaleza destinados para el uso común y estable del matrimonio, como así sucedió durante la prolongada convivencia común, por lo que debemos entender que se trata de una donación conjunta, sin que al efecto sea elemento determinante que el donante sea invitado de una u otra familia.

AP A CORUÑA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Luis Seoane Spiegelberg

Queda, por último, pendiente de resolver la petición del apelante sobre la exclusión en el activo de diversos bienes muebles.

El artículo 1353 del Código Civil establece una presunción de ganancialidad de los bienes donados por terceros a los cónyuges y exige para ello que concurran los requisitos previstos en el propio artículo, que son: a) que la liberalidad haya sido aceptada por ambos cónyuges; b) que el donante no haya establecido lo contrario, y c) que se trata de una presunción que admite prueba en contrario. Pues bien, debemos atribuir tal naturaleza a los muebles (mesa, aparadores y sillas) que los padres del actor donaron a ambos cónyuges para su destino a la vivienda ganancial, sita en Canduas-Cabana de Bergantiños, siendo restaurados a costa del caudal común, y sin que nada se hubiera establecido en contra por los donantes al tiempo de efectuar su liberalidad.

Ahora bien, en relación con los regalos de boda no sería de aplicación el mentado artículo 1353, pues nos hallamos ante una donación por razón del matrimonio. A esta clase de actos de liberalidad se refiere la STS 30 de enero de 2004, que señala al respecto que: «Tales regalos constituyen donaciones por razón de matrimonio de acuerdo con el concepto que de las mismas da el artículo 1336 del Código Civil, donaciones que por realizarse «antes de celebrarse» el matrimonio, nunca pueden calificarse como bienes gananciales (artículos 1344 y 1345 del Código Civil) y así lo establece el artículo

1339 al decir que: «Los bienes donados conjuntamente a los esposos pertenecerán a ambos en pro indiviso ordinario y por partes iguales, salvo que el donante haya dispuesto otra cosa».

En este sentido procede la estimación del motivo, lo que obliga a determinar si los indicados regalos son bienes privativos del recurrente o si, por el contrario, existe sobre ellos un pro indiviso entre ambos ex cónyuges.

En este sentido, se consideraron bienes comunes el regalo de unos electrodomésticos realizados por los padres de la esposa en la Sentencia de 28 de septiembre de 2004, de la Sec. 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, con el razonamiento de que: «nos encontramos ante unos bienes destinados, no al disfrute individual y aislado de uno solo de los futuros contrayentes, sino a su incorporación, con el carácter de elementos estables, a la vivienda que los litigantes habían adquirido por partes iguales y pro indiviso; por lo que deberán seguir la misma suerte jurídica que ésta».

Pues bien, en el presente caso, los donantes efectuaron su acto de disposición patrimonial por razón del matrimonio de los litigantes, siendo por la naturaleza de los mismos, destinados para el uso común y estable del matrimonio, como así sucedió durante la prolongada convivencia común, por lo que debemos entender que se trata de una donación conjunta, sin que al efecto sea elemento determinante que el donante sea invitado de una u otra familia.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Ineficacia de la venta de la cosa común cuando uno de los copropietarios no prestó el consentimiento. Por otro lado, en ningún caso, es posible estimar que era válida la venta de cuota, por cuanto del tenor literal del contrato, se deduce meridianamente que no se trataba de vender su cuota ideal de participación en el derecho de propiedad, sino la finca en su integridad, que es el objeto del contrato, en los términos que se reseña.

AP SEVILLA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Herrera Tagua

La cuestión es la trascendencia y consecuencia jurídica de que las actoras no hayan prestado el oportuno consentimiento en el citado contrato, partiendo de la premisa de que son cotitulares, junto con la demandada Sra. Alicia, de la casa de DIRECCIÓNooo núm. NÚMooo de Algámitas, hecho pacífico entre las partes.

Es admitido que para la válida transmisión de la propiedad ha de ostentarse el correspondiente derecho real. Sin embargo, sobre la base de que el contrato sólo es generador de derecho y obligaciones, se entiende que no afectará a su validez que el vendedor no sea titular del bien, que únicamente dependerá de que reúna los requisitos que establece el artículo 1261 del Código Civil. De darse aquel supuesto, simplemente ocurrirá que cuando se tenga que cumplir la obligación principal por parte del vendedor, es decir, la transmisión de la propiedad, ello no será posible, provocando que estemos ante un supuesto de incumplimiento que provocará la correspondiente reclamación de daños y perjuicios por la parte perjudicada. En definitiva, esa imposibilidad de entrega del bien vendido será una cuestión relativa a la consumación del contrato, que en ningún caso afectará a la validez del mismo que está supeditada a que concurran aquellos requisitos. El fundamento de ello, reside como ha señalado la jurisprudencia, en el respeto a las voluntades contratantes. Por ello, el artículo 1450 del Código de Civil dispone que la venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se haya entregado, de lo cual se infiere, como señala la Sentencia de 9 de julio de 1981, que la entrega es un requisito para la consumación del contrato pero no de su perfección, es decir, son dos instantes que no pueden identificarse ni confundirse.

De conformidad con los principios que rigen en nuestro sistema, el contrato no es suficiente para que se transmita la propiedad, sino que es necesaria la tradición, artículo 609 del Código Civil, porque, como ya se ha indicado, del contrato sólo

nacen acciones personales para poder exigirse los contratantes las obligaciones asumidas. De ahí que en nuestro sistema no sólo se admita la doble venta, sino la venta de cosa ajena.

Pero estas consideraciones, en principio, no conducen a afirmar la plena validez del contrato formalizado entre los demandados, aun cuando no tenga consecuencias reales.

Del tenor del contrato se deduce meridianamente, hasta el extremo de que no es objeto de discusión, que doña Alicia intervino en nombre propio y de doña Alejandra y doña Amanda, y ello, sobre la base de arrogarse la oportuna representación de éstas, que luego se ha demostrado que carecía. En estos supuestos de comunidad de bienes la jurisprudencia es unánime al declarar que los actos realizados por uno o varios comuneros sin contar con el consentimiento de los demás es nulo. Así la Sentencia de 13 de noviembre de 2001, recogida en la resolución recurrida, en la que se plantea un supuesto muy parecido al presente declara que: «El artículo 397 del Código Civil dispone que para actos materiales de alteración o para actos jurídicos de disposición, de una cosa en copropiedad, es decir, para los actos que vayan más allá de la administración y supongan una disposición o alteración de la cosa objeto de copropiedad, es precisa la unanimidad de todos los codueños. Sin que pueda mantenerse la validez parcial respecto a la parte de los que han dispuesto, si ha faltado la unanimidad».

Lo anterior ha sido indiscutido en la doctrina y reiteradamente mantenido por la jurisprudencia. Es especialmente clara y trata un caso muy semejante al presente la Sentencia de 19 de diciembre de 1985, que dice literalmente: «La enajenación de la cosa común como cosa propia supone, en una alteración de la misma prevista en el artículo 397 del código sustantivo, de añeja tradición (SS de 17 de junio de 1927, 9 de febrero de 1954, 10 de octubre de 1956, 8 de abril de 1965, 20 y 21 de febrero de 1969, 25 de abril de 1970 y 14 de diciembre de 1973), ya que tanto la jurisprudencia como la doctrina dominante estiman que esa alteración no sólo es alusiva a actos

materiales, sino a aquellos que tienen repercusión jurídica, pues el artículo 397 no distingue y es el que marca precisamente con el siguiente artículo 398 la frontera de los actos de mera administración y de los que tienen mayor entidad, para cada uno de los cuales se marca, respectivamente, el régimen de simple mayoría o el de unanimidad. Precisamente se llega con invocación de estos artículos 397 y 398 a la determinación discriminatoria de la validez y eficacia de los actos particulares de los comuneros, sin constancia del asentimiento de los demás, cuando la actuación de aquéllos redunde en notorio y claro provecho de la comunidad, pero no en caso contrario en que se declara la nulidad radical, como en el caso contemplado en la Sentencia de 14 de diciembre de 1973 de un arrendamiento que precisaba de la unanimidad de todos los partícipes. Y si ello es así, obvio resulta que la enajenación, de mucha mayor entidad jurídica, requiere esa unanimidad, es decir, el consentimiento del copropietario, a través de sus legales de representación complementarios de su incapacidad, para que el contrato privado tuviera virtualidad, lo que al carecer de tal requisito acarrea su nulidad, como correctamente se mantiene en la sentencia, por cuya razón ha de perecer el primer motivo del recurso».

La misma idea es mantenida en la de 8 de julio de 1988 al decir: «... la enajenación de una finca por uno de los copropietarios sin consentimiento de los demás es nula, sin que pueda ya alegar la subsistencia de la validez parcial del contrato... Lo que se reitera en las Sentencias de 25 de junio de 1990, 23 de octubre de 1990 y 30 de junio de 1993». En términos idénticos se pronuncian las Sentencias de 25 de junio de 1990 y 22 de marzo de 1997.

Desde luego dicha nulidad, sobre la base del principio imperante en nuestro sistema de conservación del contrato, no sería radical, sino anulable en cuanto que permite la ratificación posterior que podrá realizarse expresamente o por actos tácitos, aunque claramente inequívocos. Ésta es la idea que impregna el mandato normativo que contiene el artículo 1259 del Código Civil, al afirmar que ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal, aunque permitiendo la ratificación posterior.

Si nos encontramos un supuesto específico de anulabilidad del contrato en el Código Civil y es el referido al acto de disposición de un bien ganancial por parte de uno de los cónyuges. Efectivamente el artículo 1377 del Código Civil dispone que cualquier acto de disposición a título oneroso de bienes gananciales exige el consentimiento de ambos cónyuges, provocando la falta del consentimiento de uno de ellos que pueda ser anulado. Este consentimiento puede ser expreso o tácito, prestado con anterioridad o posterioridad al negocio e incluso

inferido de las circunstancias concurrentes, valiendo, como señala la Sentencia de 6 de diciembre de 1986, la pasividad, la no oposición a la enajenación conociendo la misma, la ausencia de perjuicio o fraude, e incluso el silencio.

En definitiva, es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para cualquier acto de disposición de los bienes gananciales, cuando falta el consentimiento de uno de ellos, no provoca la nulidad del contrato sino su anulabilidad que únicamente puede alegar el cónyuge y sus herederos, artículo 1322 del Código Civil. En este sentido la Sentencia de 22 de diciembre de 1992 declara que: «Si bien es cierto que los actos dispositivos de bienes gananciales requieren el consentimiento de ambos cónyuges (artículos 1375 y 1377 del Código Civil) también lo es que la disposición a título oneroso de alguno de dichos bienes por uno solo de los cónyuges (sea el marido o la mujer) sin concurrir el consentimiento del otro, no es un acto radicalmente nulo, sino meramente anulable, que puede ser anulado a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos, según establece el párrafo primero del artículo 1322 del Código Civil, por contraposición a los actos dispositivos a título gratuito, cuya nulidad radical o absoluta declaran expresamente el párrafo segundo del citado precepto y el artículo 1378 del mismo Cuerpo legal, y como así lo tiene reiteradamente declarado esta Sala (Sentencias de 5 de mayo de 1986, 20 de febrero de 1988, 26 de junio de 1989, 7 de junio de 1990, 20 de junio y 25 de noviembre de 1991, entre otras) por lo que, ante un acto dispositivo a título oneroso de un bien ganancial realizado por un solo cónyuge, sin el consentimiento del otro, mientras éste no postule la correspondiente anulación judicial, lo que, a diferencia de la nulidad radical, en la mera anulabilidad no puede hacerse por vía de excepción, sino exclusivamente a través del ejercicio de la correspondiente acción (Sentencias de esta Sala de 15 de febrero de 1980, 25 de mayo de 1987, 6 de octubre de 1988 y 7 de junio de 1990), el referido acto dispositivo ha de tenerse por válido y vinculante para ambos cónyuges».

En la presente *litis* no estamos ante un contrato en el que una de las partes se arroga la condición de titular dominical de un bien que no le pertenece, que es cuando nos encontraríamos ante una venta de cosa ajena, en la que se separa el contenido obligacional del real, ya que dicho contrato goza de todas las bendiciones legales, dado que existe consentimiento, objeto y causa, tan sólo ocurrirá que cuando se tenga que realizar el acto de consumación del mismo, es decir, la transmisión de la propiedad, ello no será posible, sino ante un contrato en que se señala que intervienen dos personas, en cuanto cotitulares del bien enajenado, sin que hayan prestado el oportuno e indispensable

consentimiento, lo cual, supone que falte uno de los requisitos esenciales para su validez, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1261 del Código Civil. En estas circunstancias, conociendo con antelación, como admite el demandado Sr. Benedicto, que dicho inmueble era propiedad de las actrices y la codemandada, pudo y debió exigir la constancia de esa oportuna representación, en orden a garantizar

la plena validez del contrato. En ningún caso, como pretendió la codemandada en primera instancia, es posible estimar que era válida la venta de cuota, por cuanto del tenor literal del contrato, se deduce meridianamente que no se trataba de vender su cuota ideal de participación en el derecho de propiedad, sino la finca en su integridad, que es el objeto del contrato, en los términos que se reseña.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Respecto al carácter del bien hay que estar a lo que los cónyuges manifestaron en la escritura y, por tanto, si se hizo constar que tanto el pago inicial como los posteriores fueron privativos tendrá este carácter sin perjuicio del derecho de reembolso por las cantidades que posteriormente se abonaron con dinero ganancial.

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 18 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos María Piñol Rodríguez

La representación de don Ricardo cuestiona básicamente de la elaborada y fundamentada resolución en la que se forma el inventario, el carácter de la finca sita en la c/ Eduardo Dato núm. 23, con dos garajes, y un trastero; se aborda esta cuestión en el fundamento jurídico núm. 4 y tiene muy presente el otorgamiento de escritura de 22 de diciembre de 1995, en la que se hace constar que el dinero con que la primera...» solicitan la inscripción con carácter privativo, constata también la sentencia que doña Lourdes vendió un bien privativo sito en c/ Santo Domingo de la Calzada y el producto de esa venta fue íntegramente al pago de la hipoteca; en la escritura de 22 de diciembre de 1995 se recoge que doña Lourdes y don Ricardo manifiestan que el dinero con que la primera verifica estas adquisiciones y las sucesivas que se verifiquen con cargo al precio aplazado, serán de su procedencia privativa, por lo que solicitan de común acuerdo la inscripción en el Registro de la Propiedad de las cuatro entidades con el mismo carácter privativo; esta manifestación que se exteriorizó y recogió en escritura pública, evidencia claramente la voluntad de los intervinientes en otorgar carácter privativo a los bienes; esto que en principio ya determina la naturaleza de los bienes, en este caso también está confirmado por datos que así lo demuestran y muy especialmente la venta de la vivienda privativa de Santo Domingo de la Calzada y que se pagó y canceló tras esa venta de hipoteca; por tanto la cuestión está en determinar si esa decisión de otorgar carácter privativo a ese bien porque según se decía se iba a pagar con dinero privativo, puede ser objeto de prueba que demuestre, que tiene naturaleza ganancial pues se ha adquirido constante el matrimonio con independencia del derecho de

reembolso o dicho de otra forma, si se ha desvirtuado por esa manifestación contenida en la escritura la presunción de ganancialidad, para ello debemos tener presente que el artículo 1356 establece que como cuando sucede como en el presente caso, el bien es adquirido por uno de los cónyuges constante la sociedad por precio aplazado, tendrá naturaleza ganancial si el primer reembolso tuviera carácter ganancial, y si el primer reembolso tuviera carácter privativo el bien será de esa naturaleza, para establecer el carácter del primer reembolso, hay que estar a lo que los cónyuges manifestaron en la escritura, pues en principio lo allí recogido debe tener eficacia salvo que se demostrara que la manifestación fue hecha con algún vicio que la pudiera invalidar, es una manifestación clara, precisa y que no admite dudas, por lo que debe desplegar todos sus efectos y básicamente entender que la primera cantidad fue de carácter privativo; por tanto esos bienes son de carácter privativo y ello no impide que los posteriores, que en principio podían ser privativos se pueda justificar como parece de lo actuado tuvieron algunos pagos el carácter ganancial y generar un derecho de crédito de la sociedad actualizado al haberse pagado parte de ese bien privativo con dinero ganancial, pues de esa cláusula lo que no admite duda es que lo que se pagó hasta la fecha de la escritura era privativo, y en todo caso lo que inicialmente se previó iba a ser abonado con dinero privativo, pudo efectuarse con dinero ganancial, por lo que se puede incluir en el activo el derecho de reembolso en favor de la sociedad, de las cantidades que se abonaron con dinero de esa naturaleza, los pagos posteriores lo serían con dinero privativo, pero si se ha justificado que parte se abonó con dinero ganancial.

REGÍMENES ECONÓMICOS

No procede incluir en el activo de la sociedad de gananciales el crédito por la inversión efectuada en el inmueble propiedad de los padres del demandado por cuanto que, con independencia de que no se justifica su cuantía, ni se acredita documentalmente el pago de las obras, no aportándose factura alguna, se trata de un crédito contra personas que no han sido parte en este procedimiento.

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 18 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Rafael Márquez Romero

Queda limitado el objeto del presente recurso a la pretensión de la parte actora de que se incluya en el activo de la sociedad de gananciales el valor actualizado de la inversión efectuada a costa del caudal común para la construcción realizada en el piso alto de la casa paterna en la aldea de La Canaleja (Huelva).

Tras el examen y valoración de lo actuado en la primera instancia, así como de lo alegado en los respectivos escritos de interposición y oposición al recurso no puede la Sala confirmar el criterio de la sentencia apelada considerando que no procede incluir en el activo de la sociedad de gananciales el crédito por la inversión efectuada en el inmueble propiedad de los padres del demandado por cuanto que, con independencia de que no se justifica la cuantía del mismo, ni se acredita documentalmente el pago de las obras, no aportándose factura alguna, intentándose su justificación sólo con la declaración de testigos que afirmaron que el matrimonio comentaba que ellos era quienes realizaban la obra, se trata de un crédito contra personas que no han sido parte en este procedimiento, debiendo tenerse en consideración, como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2004, «la eficacia *inter*

partes de la sentencia, entre los únicos sujetos legitimados necesariamente en el pleito que versa sobre la liquidación de la sociedad de gananciales, o sea, los componentes de la misma, o, los cónyuges, ahora separados» por lo que el derecho de crédito que pudiera tener la sociedad conyugal contra el propietario del terreno sobre el que se asienta la vivienda se haya de dilucidar en el procedimiento que corresponda en que podrán los propietarios de la vivienda en la que se realizó la construcción alegar lo que estimen conveniente en defensa de sus derechos.

En base a las anteriores consideraciones procede la estimación del recurso interpuesto revocando la sentencia apelada en el sentido de no incluir en el activo de la sociedad de gananciales el crédito a favor de la sociedad de gananciales por el valor actualizado de la inversión efectuada en la vivienda sita en Aldea La Canaleja (Huelva) contra la esposa y herederos del padre del Sr. Jesús María, confirmando el resto de los pronunciamientos de la sentencia apelada sin hacer expreso pronunciamiento de las costas de esta segunda instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

REGÍMENES ECONÓMICOS

La atribución competencial al nuevo Juzgado de Familia en materia de liquidación de cualquier régimen económico-matrimonial, lo es de forma genérica, con independencia de la causa que lo motive, no siendo admisible la interpretación restrictiva del Juzgado de Primera Instancia núm. 9, cuando pretende vincularlo a la nulidad, divorcio o separación matrimonial, sino que su competencia objetiva se extiende a supuestos como la liquidación por fallecimiento de uno de los cónyuges, o bien porque otorgan nuevas capitulaciones matrimoniales.

AP ASTURIAS, SEC. 4.ª, AUTO DE 18 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María Nuria Zamora Pérez

Se suscita conflicto negativo de competencia objetiva, entre los Juzgados de Primera Instancia núms.

9 y 5 de Asturias, en relación a la demanda de liquidación de sociedad de gananciales que formula

don Domingo. Cuestión de competencia que ha de resolverse en el sentido de reconocer que el órgano judicial competente objetivamente lo es el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Asturias, especializado en materia de Familia.

Según dispone el artículo 98 de la LOPJ: «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».

Con motivo de la creación de un nuevo juzgado en la circunscripción de Asturias, especializado en materia de Familia, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en su reunión de 13 de septiembre del año 2007, en su acuerdo veintitrés decide: «1.º atribuir en virtud de lo previsto en el artículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Asturias, de nueva creación, el conocimiento, con carácter exclusivo de los asuntos propios de los Juzgados de Familia, Títulos IV y VII del Libro I del Código Civil, y de todas aquellas cuestiones atribuidas por

las leyes a los Juzgados denominados de Familia, así como los procedimientos relativos a la liquidación de cualquier régimen económico-matrimonial, entrando a reparto con el Juzgado núm. 7 de la misma sede, ya especializado en el conocimiento de las mismas materias».

La atribución competencial al nuevo Juzgado de Familia en materia de liquidación de cualquier régimen económico-matrimonial, lo es de forma genérica, con independencia de la causa que lo motive, no siendo admisible la interpretación restrictiva del Juzgado de Primera Instancia núm. nueve, cuando pretende vincularlo a la nulidad, divorcio o separación matrimonial, sino que su competencia objetiva se extiende a supuestos como la liquidación por fallecimiento de uno de los cónyuges, o bien porque otorgan nuevas capitulaciones matrimoniales.

Según consta en autos la cuestión de competencia que ahora se ha suscitado se planteó en Junta sectorial de Jueces de Primera Instancia, de Familia y de lo Mercantil, de Asturias, celebrada el 28 de enero de 2008, y ante el voto particular formulado por la juzgadora de Primera Instancia núm. 9 de Asturias entró a resolver la Sala de Gobierno del Tribunal Superior en sesión de 2 de marzo de 2008, en términos análogos a los que se decide por este tribunal.

REGÍMENES ECONÓMICOS

La amenaza de una separación matrimonial escapa de los estrictos márgenes de una amenaza ilícita, por otro lado, se diagnosticó al esposo una crisis depresiva no melancólica que no anuló su capacidad cognoscitiva, es decir, el actor conoció lo que firmaba y su alcance.

AP ZARAGOZA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María Elia Mata Albert

Mantiene el recurrente que su consentimiento estaba viciado en el momento del otorgamiento «por dolo y/o intimidación» (*sic*), porque padecía una crisis depresiva que anuló su voluntad y «la demandada le presionó a cambio de prometerle reanudar su vida matrimonial».

El vicio de intimidación ha de quedar integrado por una amenaza injusta e ilícita, con marcado cariz antijurídico, y tan fuerte que obligue a quien lo sufre a actuar en un sentido contrario a sus intereses (SSTS de 6 de octubre de 1994 y 7 de febrero de 1995, entre otras).

Ninguno de tales extremos ha quedado acreditado en el proceso, la amenaza de una separación matrimonial escapa de los estrictos márgenes de una amenaza ilícita (el actor reconoce que abandonó en mayo y octubre de 2006 la casa familiar por

la tensa situación existente en la contestación a la demanda de divorcio).

El dolo supone toda astucia, falacia o maquinación empleada para defraudar a otro (SSTS de 18 de julio de 1988, 21 de julio de 1993, entre otras).

El contenido de las capitulaciones de autos resulta claro y comprensible; el Doctor Psiquiatra don Jesús Luis (folios 43 y siguientes) diagnosticó al actor una crisis depresiva no melancólica que no anuló su capacidad cognoscitiva. Es decir, el actor conoció lo que firmaba y su alcance, pese a ello otorgó las capitulaciones, y debe colegirse que en igual situación de presión psicológica por la crisis matrimonial debió encontrarse la esposa, todo lo que carece de trascendencia jurídica. Falta la prueba pues del dolo invocado.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Sostiene el ex esposo que las capitulaciones matrimoniales carecen de causa ya que «no existió motivo justificado para cambiar el régimen económico-matrimonial», alegato que carece de consistencia, dado que ambas partes decidieron cambiar el régimen económico del matrimonio por el de separación y acudieron a la Notaría para dar forma a tales pactos, decisión que exteriorizaron de consuno.

AP ZARAGOZA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María Elia Mata Albert

Con respecto a las capitulaciones otorgadas por los litigante el 9 de junio de 2006, en las que acordaron el régimen económico de separación de bienes, la disolución de la sociedad conyugal tácita aragonesa que rigió hasta entonces y la adjudicación entre ambos de los bienes que la formaban, cabe señalar que sólo y únicamente fue otorgada por las partes, vigente su matrimonio (Doc. núm. 2 de la demanda), por lo que, conforme a la Ley 2/2003 Lrem, son un negocio bilateral de Derecho de Familia, cuyo único límite a la libertad de estipulación es el principio *Standum es chartae* según el artículo 13 de dicha Ley.

Tratándose pues de un pacto entre cónyuges, procede analizar las tachas de invalidez opuestas por el actor.

Sostiene que dichas capitulaciones carecen de causa «no existió motivo justificado para cambiar el régimen económico-matrimonial», alegato que

carece de consistencia. El propio recurrente reconoció en su escrito de oposición a la demanda de divorcio (Autos núm. 1084/2007, folios 194 y siguientes), la existencia de una crisis matrimonial, por supuesta infidelidad, en el mes de mayo de 2006 (a un mes escaso de otorgarse los capítulos).

La causa, jurídicamente hablando, constituye la razón objetiva, precisa y tangencial de la formación del negocio, siendo determinante de su realización (STS de 17 de abril de 1997). En el caso de autos ambas partes decidieron cambiar el régimen económico del matrimonio por el de separación y acudieron a la Notaría para dar forma a tales pactos, decisión que exteriorizaron de consuno, alegar ahora que los motivos de la demandada fueron otros resulta inaceptable cuando ni se han probado y además, carecen de repercusión jurídica los móviles subjetivos no reconocidos por ambos contratantes (STS de 21 de noviembre de 1988).

REGÍMENES ECONÓMICOS

Ha quedado acreditado que la vivienda en la que se llevaron a cabo las reparaciones era propiedad de la madre del esposo, y que los trabajos de reparación fueron ejecutados cuando ésta aún no había fallecido. Al ser el bien propiedad de persona ajena a la sociedad de gananciales ha de presumirse, por mor del artículo 359 del CC, que las obras se hicieron por la dueña y a su costa. No existe prueba alguna que permita dar por acreditada la migración de patrimonio ganancial para sufragar los gastos de la reforma de dicha vivienda.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María Amparo Ivars Marín

La recurrente se muestra disconforme con la decisión de no incluir en el activo de la sociedad un crédito —que según se afirma en el recurso rondaría los 3.600 euros— por el dinero ganancial invertido en mejorar una vivienda de titularidad privativa del Sr. Carlos María. En el escrito de recurso se alega

que el criterio de la juzgadora de instancia es contrario a la presunción legal de ganancialidad.

Al respecto hemos de señalar que resultó debidamente acreditado en la *litis* que la vivienda en la que se llevaron a cabo las reparaciones era pro-

piedad de la madre del Sr. Carlos María, y que los trabajos de reparación fueron ejecutados cuando ésta aún no había fallecido (véase interrogatorio de la Sra. Gema –m. 17,37 y siguientes de la grabación audiovisual–). Al ser el bien propiedad de persona ajena a la sociedad de gananciales ha de presumirse, por mor del artículo 359 del Código Civil, que las obras se hicieron por la dueña y a su costa. Bajo esta premisa, y en ausencia de prueba alguna que

permita dar por acreditada la migración de patrimonio ganancial para sufragar los gastos de la reforma de dicha vivienda –la Sra. Gema declaró que desconocía la procedencia del dinero empleado a tal fin (m. 19,13 y 19,45 de la grabación)– habrá de concluirse, por aplicación del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que el pronunciamiento efectuado en la sentencia de instancia sobre dicha cuestión es ajustado a Derecho.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Fueron los padres de la esposa quienes compraron el terreno litigioso mediante contrato de compraventa privada y quienes abonaron el precio estipulado. Al otorgarse escritura pública de compraventa la inicial vendedora vende los terrenos por mitades y en pro indiviso a la esposa y a su hermano, lo que justifica la existencia de derechos hereditarios y por ello su carácter privativo.

AP VIZCAYA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María de los Reyes Castresana García

Vuelve a reiterar las mismas manifestaciones con respecto al terreno edificable sito en el término municipal de Mercadal (Menorca), que la sentencia recurrida considera privativo de la esposa, al haber sido adquirido en contrato privado y pagado por los padres de la esposa, defendiendo que es bien ganancial ya que doña Frida intervino como compradora del terreno en la escritura pública de compraventa, adquiriéndolo para su sociedad legal de gananciales.

Este Tribunal confirma la valoración de la prueba que realiza la Magistrada *a quo* así como la fundamentación jurídica contenida el Fundamento de Derecho Quinto de la sentencia de instancia, que estima correcta y ajustada a derecho la conclusión a la que llega el Dirimente Sr. Héctor de que el mencionado terreno es privativo de la Sra. Frida, con exclusión de este bien en el consorcio conyugal, tras efectuar el examen de la presunción de ganancialidad y a la luz de la prueba documental y las testificales que destruyen dicha presunción. No es dable pretender sustituir la valoración objetiva e imparcial de la Magistrada de instancia por la subjetiva e interesada de la parte apelante.

Del material obrante en autos ha quedado plenamente acreditado que fueron los padres de la apelada, don Marco Antonio y doña Isabel, quienes compraron el mencionado terreno mediante contrato de compraventa privada el 2 de mayo de 1977 (doc. núm. 10 de la contestación al folio 436 y

siguientes de autos), y quienes abonaron el precio estipulado (docs. núm. 11 al 21 de la contestación, a folio 439 y siguientes de autos). Al otorgarse escritura pública de compraventa el 7 de mayo de 1987 la inicial vendedora vende los terrenos por mitades y en pro indiviso a los dos hijos, a doña Frida y a su hermano don Miguel Ángel (doc. núm. 3 de la demanda, al folio 87 y siguientes de autos). Al igual que el local de Las Arenas, el terreno de Menorca fue incluido como «partida 28» entre los bienes hereditarios descritos en el cuaderno particional de la herencia causado al fallecimiento el 19 de octubre de 1985 de don Marco Antonio (doc. núm. 8 de la contestación, al folio 430 de autos), lo que justifica la existencia de derechos hereditarios por parte de doña Frida sobre el citado inmueble y por ello su carácter privativo. Hay que señalar que el mencionado cuaderno particional del padre de la esposa es de fecha 15 de septiembre de 1986, anterior a la fecha de otorgamiento de la escritura pública de compraventa del citado terreno en Menorca, a nombre de sus hijos doña Frida y don Miguel Ángel. Como se ha dicho, existirían a favor del apelante una doble presunción, por un lado la de exactitud registral del artículo 38 de la LH y por otro la de ganancialidad de los bienes en virtud del artículo 1361 del Código, pero estas dos presunciones han quedado destruidas por prueba en contrario, remitiendo a la parte apelante a lo expuesto en el precedente Fundamento de Derecho de esta resolución.

REGÍMENES ECONÓMICOS

A falta de prueba expresa sobre si la donación –calificación indiscutida– lo era al matrimonio, o al actor o a la demandada, se ha de considerar que se trató de donación realizada al matrimonio, con lo que la cita del artículo 1353 del Código Civil, contenida en la sentencia recurrida, viene a resultar acertada.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Enrique de Motta García-España

Respecto a la inclusión de los préstamos debe decirse que entiende la Sala se pretenda dicha inclusión habida cuenta que si los progenitores de ambos cónyuges entregaron dinero lógico es que, ahora, con ocasión de la liquidación, una vez separado el matrimonio, se pretenda por cada uno de ellos se consideren como préstamos y no como donaciones al matrimonio; y acerca de ello estima la Sala que si bien es verdad que los padres cuando hacen una entrega de dinero la hacen en consideración a su hijo, cualquiera que sea su cónyuge, es decir, que la harían fuese quien fuese el otro cónyuge, no lo es menos que esos propios padres, al ni atreverse a decir que «sólo» hacen la entrega a su hijo –por lo que ello supondría para las futuras relaciones– entregan el dinero al matrimonio en sí, y no a uno

solo de ellos, ni mucho menos como préstamo, bastando para desestimar su calificación de préstamo la circunstancia de que uno de los préstamos es, nada menos, que de los años 1993 y 1998, y el otro de 1999, sin que desde entonces haya existido ni documentación acreditativa de ello ni reclamación alguna de los importes.

Con estos antecedentes y a falta de prueba expresa sobre si la donación –calificación indiscutida– lo era al matrimonio, o al actor o a la demandada, se ha de considerar que se trató, en cada caso, de donación realizada al matrimonio, con lo que la cita del artículo 1353 del Código Civil, contenida en la sentencia recurrida viene a resultar acertada, lo que determina que este motivo de impugnación haya de ser desestimado.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Evidente e incuestionable la inadecuación del procedimiento especial establecido en los artículos 806 a 811 de la LEC para la liquidación del régimen económico-matrimonial de comunidad disuelto como consecuencia del fallecimiento de uno de los cónyuges. En estos supuestos la disolución del régimen económico-matrimonial en cuestión no deriva de un pronunciamiento judicial, sino que deriva, por expresa disposición legal, del hecho de la muerte.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Enrique de Motta García-España

El procedimiento especial, introducido en nuestro Ordenamiento Procesal por la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, para la liquidación de todo régimen económico-matrimonial de comunidad, que se regula en el Capítulo II, Título II, de su Libro IV –artículos 806 a 811–; resulta únicamente de aplicación, como claramente cabe inferir de lo establecido en dichos preceptos, a aquellos supuestos en los que la disolución del régimen económico-matrimonial que determina la liquidación deriva de un

pronunciamiento judicial. Esto es, a los supuestos de nulidad, separación o divorcio del matrimonio o a los supuestos, contemplados en el artículo 1393 del Código Civil de disolución judicial de la sociedad de gananciales, los cuales han de ser completados, como del mismo precepto se infiere, con lo prevenido en el artículo 1373 del Código Sustantivo y en el artículo 541 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El artículo 808, al determinar la legitimación, hace referencia a cualquiera de los cónyuges que

sean parte en el proceso de nulidad, separación o divorcio o en el proceso en que se haya demandado la disolución del régimen económico-matrimonial. En este punto debe tenerse presente el contenido del artículo 1394 del Código Civil –que se refiere a los supuestos de disolución contemplados en el artículo 1393 del Código Civil–; precepto que, en definitiva, explica y justifica el contenido del propio artículo 808 de la Ley Procesal, con la diferencia que en este precepto procesal se viene a extender la previsión contenida en el precepto sustantivo a los procesos de separación, nulidad o divorcio.

Resulta, por tanto, evidente e incuestionable la inadecuación del procedimiento especial establecido en los artículos 806 a 811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la liquidación del régimen económico-matrimonial de comunidad disuelto como consecuencia del fallecimiento de uno de los cónyuges (artículos 85 y 1392.1.^a del Código Civil); pues es claro que en tales supuestos la disolución del régimen económico-matrimonial en cuestión no deriva de un pronunciamiento judicial, sino que deriva, por expresa disposición legal, del hecho de la muerte.

Y ello es, por otra parte, totalmente lógico y evidente, porque el fallecimiento del cónyuge determina, de conformidad con lo establecido en los artículos 657, 659 y 661 del Código Civil, la apertura de su sucesión; lo que exige, evidentemente, la determinación de lo que es objeto de la herencia, que, no puede olvidarse, comprende, conforme al citado artículo 659 del Código Civil, los bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte.

Y esta determinación, en los supuestos de supervivencia del cónyuge del causante habrá de hacerse, necesariamente, dentro de las correspondientes operaciones particionales, habida cuenta de que en tales supuestos, aun en el caso de que exista un único heredero, la partición de la herencia resulta necesaria a fin de concretar los derechos legítimos del cónyuge viudo establecidos en los artículos 834 a 840 del Código Civil. De este modo, al devenir necesaria la previa liquidación del régimen económico-matrimonial para determinar el verdadero y concreto caudal hereditario del causante, es evidente e incuestionable que tal liquidación ha de efectuarse dentro de las propias operaciones particionales, pues no puede olvidarse, en este punto, lo establecido en los artículos 1379 y 1380 del Código Civil, conforme a los cuales, cada cónyuge puede disponer por testamento de la mitad de los bienes gananciales, produciendo la disposición testamentaria del bien ganancial todos sus efectos si el mismo fuere adjudicado a la herencia del testador, y en caso contrario, habrá de entenderse legado el valor que tuviera el bien al tiempo del fallecimiento. Por consiguiente, si la liquidación del régimen económico-matrimonial del causante ha de efectuarse dentro de las correspondientes operaciones particionales de su herencia, es evidente que en el supuesto de partición judicial, conforme a lo establecido en el artículo 1059 del Código Civil, la liquidación del régimen económico-matrimonial habrá de efectuarse dentro del correspondiente procedimiento particional, esto es, el regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente en sus artículos 782 a 805.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

La madre no ha comparecido en este expediente y el padre cumple una condena de larga duración que le impide atender a sus hijos a quienes casi no conoce. Las manifestaciones sobre la posibilidad de que la abuela paterna pueda hacerse cargo de los menores tampoco puede conducir a la revocación de la recurrida.

AP ASTURIAS, SEC. 1.^a, SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ignacio Álvarez Sánchez

Se formula el presente recurso de apelación frente a la sentencia que desestimó la demanda sobre la necesidad de asentimiento a la adopción y acordó la confirmación del procedimiento de adopción de los menores José Luis y Fidel por parte de sus acogedores ya que consideró que bastaba con su audiencia. La discrepancia del demandante con

dicha resolución se fundamenta en que al no haber sido privado de la patria potestad es necesario contar con su asentimiento, tal y como exige el artículo 177.2.2.º del Código Civil. Con esas premisas la cuestión a decidir es si puede resolverse en este procedimiento si los padres del adoptado están incurso en causa de privación de patria potestad o,

por el contrario, esa cuestión ha de analizarse en otro distinto y debe decretarse en él como presupuesto necesario para que pueda prescindirse en éste de la necesidad del asentamiento exigido por el artículo 177.2.2.º del Código Civil.

De lo antedicho ya se colige que la cuestión discutida con carácter principal en el recurso es de índole formal, ya que ambos progenitores proceden de familias desestructuradas, sin trabajo fijo ni vivienda estable y han hecho clara dejación de los deberes inherentes a la patria potestad, tal y como señala la sentencia apelada. La madre no ha comparecido en este expediente y el padre cumple una condena de larga duración que le impide atender a sus hijos a quienes casi no conoce. Lo que debe decidirse, por tanto, es si se han observado los presupuestos exigidos por el artículo 177.2.2.º del Código Civil antes citado. Aunque dicho precepto remite al artículo 1827 de la LEC de 1881 que señala que en caso de oposición de algún interesado se interrumpirá el expediente y la oposición se tramitará ante el mismo Juez por los trámites del juicio

verbal, las Audiencias Provinciales vienen señalando que es posible decidir sobre esta cuestión en el mismo procedimiento en que se plantea la necesidad del asentamiento a la adopción. En este sentido cabe citar las Sentencias de la Audiencia de Zaragoza, Sec. 5.ª, de 17 de octubre de 2005, Cádiz, Sec. 1.ª, de 19 de mayo de 2003, Almería, Sec. 1.ª, de 18 de diciembre de 2001 y Álava, Sec. 2.ª, de 26 de julio de 2001. Éste es también el parecer de esta Sala pues no se causa indefensión alguna a los padres biológicos al permitírseles su intervención y las alegaciones que consideren oportunas.

Las manifestaciones sobre la posibilidad de que la abuela paterna pueda hacerse cargo de los menores tampoco puede conducir a la revocación de la recurrida. Debe tenerse en cuenta que en este procedimiento sólo se decide sobre la necesidad o no del asentamiento del progenitor para la adopción, pues el acogimiento ya se formalizó hace tiempo y los niños residen con sus padres de acogida.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

No procede acceder a la solicitud de cese del acogimiento residencial de una menor de 16 años instada por la abuela, ya que ésta, que cuenta con más de 70 años, tiene una ausencia de percepción de las dificultades educativas de la menor, careciendo de habilidades en el manejo de la situación.

AP ALICANTE, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 24 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María Dolores López Garre

Por la representación procesal de doña Carmen se formuló demanda de oposición que se contrae y concreta frente a las resoluciones administrativas de fechas 27 de octubre de 2005 y 1 de junio de 2006 de la Conselleria de Bienestar Social en su Dirección Territorial de Alicante, por la que se declara en situación legal de desamparo a la menor María Dolores asumiendo su guarda y tutela. Solicitando la recurrente que dichas resoluciones se dejen sin efecto y se declare que la menor María Dolores no se encuentra en situación de desamparo legal y se atribuya la guarda y tutela a la apelante.

Como tiene manifestado esta Sala en Sentencias de 12 de mayo de 2003 y 3 de mayo de 2004, si la Administración Pública está bajo la esfera del Derecho Administrativo en lo que se refiere a orga-

nización de medios para atender a las necesidades del menor, no puede olvidarse que cuando inicia actividades de investigación y tratamiento de sujetos de desamparo con significación jurídica, se encuentra sometida al Derecho Civil sin ostentar una posición de preeminencia ni facultades exorbitantes, sin perjuicio, desde luego, de las importantes potestades «tuitivas» que se atribuyen a la Administración y las especiales modalidades al ser desempeñadas por sujetos públicos, pero sin olvidar que las instituciones asistenciales (tutela automática, guarda, etc...) están dentro del campo del Derecho Privado, de forma que la frecuente intervención administrativa en la materia no hace decaer su carácter eminentemente civilístico, siendo así la tutela pública una función social de Derecho Privado orientado a satisfacer necesidades familiares. Por ello las resoluciones y procedimientos previos

de la Administración estarán sometidos al Derecho Administrativo, pero el producto de esa actividad lo están al Derecho Civil con plena sumisión a las normas del Código Civil y de Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyos preceptos no pueden modificar, y a los que las Comunidades Autónomas se tienen que supeditar, con frecuentes remisiones a su articulado, sirviendo de complemento o especificación de sus preceptos.

El concepto de desamparo es indeterminado porque el menor cae en él a consecuencia de una situación fáctica, y que lo importante es que el menor se encuentre privado de la necesaria asistencia moral o material. Y esta tutela por ministerio de la Ley lleva consigo la figura del acogimiento, que puede ser familiar o residencial, el primero por la persona o personas que determine la entidad pública, y el segundo por el Director del Centro donde sea acogido el menor. Pero la declaración de la situación de desamparo, con la consiguiente constitución de la tutela *ex lege* y la adopción de las medidas de protección necesarias para la guarda del menor precisa de una resolución administrativa, recaída en un procedimiento de esta clase en el curso del cual, y comprobado el desamparo, la entidad pública competente emitirá el correspondiente acto administrativo. Tal procedimiento habrá de acomodarse a las disposiciones dictadas en la materia por las distintas Comunidades Autónomas o, de no existir normativa, a las reglas generales del procedimiento administrativo.

La resolución administrativa por la que la entidad pública asume la tutela conlleva, según hemos visto, la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria, lo que opera desde el mismo instante en que la Administración asume los contenidos propios de tales potestades, puesto que, por tratarse de un acto administrativo, el mismo está revestido de la presunción de legalidad con la consiguiente ejecutividad. Incumbe, por tanto, a los afectados por la resolución de la entidad pública, la carga de impugnarla *a posteriori* ante la jurisdicción civil, sin que ello obste, desde luego, a la ejecutividad del acto, venciendo incluso la resistencia que pudieran oponer los padres o guardadores en orden a obstaculizar la medida de protección acordada e, interviniendo de inmediato si hubiere peligro para la vida e integridad del menor o se vulneraran gravemente sus derechos y solicitando, en su caso, de la autoridad judicial, la adopción de las medidas precisas para hacer efectiva la decisión administrativa.

La vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 dedica un procedimiento especial para esa

impugnación, y así, dispone el artículo 780: 1. No será necesaria la reclamación previa en vía administrativa para formular oposición, ante los tribunales civiles, a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. 2. Quien pretenda oponerse a una resolución administrativa en materia de protección de menores presentará un escrito inicial en el que sucintamente expresará su pretensión y la resolución a que se opone. 3. El tribunal reclamará a la entidad administrativa un testimonio completo del expediente, que deberá ser aportado en el plazo de veinte días. 4. Recibido el testimonio del expediente administrativo, se emplazará al actor por veinte días para que presente la demanda, que se tramitará con arreglo a lo previsto en el artículo 753.

Segundo. En el caso presente se formula oposición a las resoluciones administrativas de octubre de 2005, donde se acuerda el cese del acogimiento de la menor María Dolores, nacida en 8 de agosto de 1991, en la residencia del Centro L'Olmet y la resolución de junio de 2006 por la que se recomienda el mantenimiento y tutela y el acogimiento residencial en el centro Els Estels, la insta doña Carmen, que es la abuela paterna de la menor, huérfana de padre y madre, y a la que se atribuyó la tutela y guarda por resolución del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Alicante en fecha 11 de octubre de 1997, pero que a su instancia hubo de hacerse cargo de la niña la Administración en fecha 4 de junio de 2003 debido a que aquélla no podía ejercer sus funciones de forma adecuada.

No cabe duda que en el presente procedimiento es por las indicaciones de la menor, actualmente de 16 años de edad, y basta para ello leer las cartas remitidas desde el Centro de acogida en las que reitera su voluntad de marcharse del mismo, por las que su abuela demandante ha formulado la oposición, pero no debemos olvidar la avanzada edad de la misma, más de 70 años, su ausencia de percepción de las dificultades educativas en relación con la menor, así como una ausencia de habilidades en el manejo de estresores o dificultades en relación con la menor, así como el comportamiento observado por la menor con tendencia a comportamientos delincuentes, dándose impulsividad y despreocupación en torno a las consecuencias finales de sus acciones prefiriendo ignorarlas, aconsejan en interés de la misma el mantenimiento de las resoluciones administrativas, sin perjuicio y como apunta la sentencia impugnada de que el seguimiento de unas pautas por las partes implicadas, abuela y menor hagan posible valorar en el futuro un retorno a la tutela de la menor por parte de la abuela.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

No consta que la madre biológica, que vive con su actual pareja en una vivienda alquilada de un solo dormitorio y carece de trabajo estable, haya superado totalmente su adicción a las drogas, al menos en lo que a la cannabis saliva (hachís) se refiere, ni que se encuentre en situación de poder ofrecer a sus hijas unas condiciones de vida aceptables.

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 28 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Damián Álvarez García

La valoración de la profusa actividad probatoria desarrollada conduce a la misma conclusión a que llegara la sentencia apelada: aunque la situación personal, social y económica de la madre biológica haya podido experimentar una sensible mejoría respecto de la existente al tiempo de declararse el desamparo de las hijas menores, el interés superior de éstas —que llevan más de tres años alejadas de su progenitora, con la que no desean mantener contacto, y que han encontrado un clima familiar idóneo que les garantiza una estabilidad emocional y un desarrollo psicológico adecuado— impone la ratificación del acogimiento familiar preadoptivo, medida calificada de idónea en el informe del Equipo Psicosocial, en atención a la plena integración de las menores en el seno de la familia de acogida seleccionada, que les proporciona un entorno seguro y cálido favorecedor de su desarrollo integral.

Ciertamente ha de procurarse la reinserción de las menores en su familia biológica y la norma-

lización de la relación materno-filial. Sin embargo no puede olvidarse: a) que los hitos históricos en la vida de las niñas Flora y Eugenia han sido: acogimiento de hecho ejercida por las tías paternas ante la desatención por parte de sus progenitores, consumidores habituales de drogas tóxicas y carentes de recursos materiales; declaración de desamparo, no impugnada por los padres biológicos, y acogimiento residencial, asistiendo éstos a un Centro de Rehabilitación para drogodependientes (octubre de 2204); acogimiento familiar pre adoptivo, impugnado por la madre biológica (agosto de 2006); e integración plena en la familia de acogida; b) que no consta que la madre biológica, que vive con su actual pareja en una vivienda alquilada de un solo dormitorio y carece de trabajo estable, haya superado totalmente su adicción a las drogas, al menos en lo que a la cannabis saliva (hachís) se refiere, ni que se encuentre en situación de poder ofrecer a sus hijas unas condiciones de vida aceptables al no acreditarse un adecuado nivel de estabilidad económica y laboral.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Los Tribunales no pueden prescindir u obviar los requisitos de capacidad legalmente establecidos, por muy beneficiosa y favorable que resulte la adopción para el adoptando, ya que se trata de normas imperativas de obligada observancia. Consecuentemente, existiendo sólo una diferencia de edad entre la adoptante y la menor de trece años y seis meses de edad, debe denegarse la adopción respecto de ésta.

AP ZARAGOZA, SEC. 2.ª, AUTO DE 29 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María Elia Mata Albert

Recorre el Ministerio Fiscal el Auto dictado en la instancia el 9 de enero de 2008 que decretaba la constitución de la adopción de los hermanos menores Antonieta, Raquel y José Pedro por doña Almudena, suplicando su revocación parcial y se deniegue la adopción respecto de la menor Anto-

nieta, por no cumplirse el requisito de diferencia de edad de catorce años frente a la adoptante, establecido en el artículo 175.1 del Código Civil.

La adoptante es pareja de hecho del padre biológico de los tres menores, don José Ramón, des-

de hace años, habiendo tenido con él una hija en común, Yaitana, el 25 de marzo de 2006. Es decir, los adoptandos, adoptante, y padre biológico de los primeros, conforman una familia establece desde hace tiempo.

El artículo 175.1 del Código Civil, reformado por Ley 21 de 1987, de 11 de noviembre, establece que, en todo caso, el adoptante habrá de tener, por lo menos, catorce años más que el adoptado.

En el caso de autos, la adoptante, Almudena, nació el 19 de enero de 1978, y Antonieta el 18 de julio de 1991.

El artículo 175.1 establece dos requisitos de capacidad que deben reunir los adoptantes para que el instituto de la adopción pueda constituirse válidamente: que tengan 25 años cumplidos y 14 más que el adoptando.

Los mismos han variado tras la reforma de 1987, pues antes se exigía tener cumplidos 30 años y 16 más que el adoptando.

Los Tribunales no pueden prescindir u obviar los requisitos de capacidad legalmente establecidos, por muy beneficiosa y favorable que resulte la adopción en el caso concreto, por tratarse de normas imperativas de obligada observancia.

Consecuentemente, existiendo sólo una diferencia de edad entre la adoptante y la menor Antonieta de trece años y seis meses de edad, debe denegarse la adopción respecto de la misma, estimándose el recurso interpuesto (Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 21 de mayo de 1998, Auto de la Audiencia Provincial de Baleares de 30 de noviembre de 1999), sin hacer declaración de las costas causadas en esta alzada.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Se revoca la resolución administrativa que declaraba inidóneos a los solicitantes para el proceso adoptivo de un menor de Etiopía, llamando la atención el trabajo desempeñado por la mujer, que lo es el de educadora de disminuidos psíquicos, trabajo este que *a priori* hace predecir la existencia de los recursos necesarios, que el informe judicial les niega, para vencer los obstáculos que le pudiera acarrear la filiación adoptiva.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María Pilar Manzana Laguarda

Por la dirección letrada de la parte recurrente se recurre la resolución administrativa de la Conselleria de Bienestar Social, Dirección General, correspondiente, por la que se les declara inidóneos en el proceso adoptivo solicitado de un menor de Etiopía.

El artículo 176.1 del Código Civil establece que la adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá siempre en cuenta el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad; en su apartado segundo el referido artículo establece que para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad; requisito de la idoneidad del adoptante que fue introducido por la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 15 de enero de 1996, aunque con anterioridad ya aparecía en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y en el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, y que constituye

una medida establecida a favor del menor adoptando que supone una garantía para el mismo en la medida en que un organismo público valora de forma imparcial las aptitudes de sus padres para proceder a su adopción.

Es evidente que a través de la adopción, máxima si se trata de adopción internacional, la situación del menor previsiblemente va a ser mejor que la preexistente, pero también resulta evidente que el interés del menor exige también el control de las aptitudes de sus adoptantes para el ejercicio de la patria potestad; la apreciación de la aptitud o ineptitud de una persona, o como sucede en el presente caso, de unos cónyuges, para el ejercicio de la patria potestad en una filiación adoptiva obliga a realizar un difícil juicio en un momento en el que normalmente las personas afectadas, aspirantes a adoptar a otra, no han tenido oportunidad de demostrar en la práctica sus dotes para ser padres, lo que unido a la difícil o imposible previsibilidad de los comportamientos humanos, obliga a una cuidadosa valoración de las circunstancias concurrentes.

En todo caso ha de estarse a la inexistencia de causas excluyentes de la adopción considerando como tales aquellas que objetivamente van a determinar un pronóstico desfavorable a la adopción. Y en el presente caso no se advierten causas excluyentes que pudieran determinar la frustración del proyecto adoptivo, toda vez que los cónyuges se encuentran en una edad idónea. Los obstáculos advertidos en el informe psicosocial de los Juzgados de Familia que reproducen los que realizara la Administración son futuribles derivados de la sinceridad de las partes al manifestar ante los técnicos el que su proyecto adoptivo se encuentra jerárquicamente incluso por encima del biológico o al decidir el que el menor a adoptar lo fuera de determinado país africano. Más en todo caso la revisión judicial de la decisión administrativa que permite la Ley determina el poder apartarse de los informes psicológicos aportados, por lo menos en cuanto consideran con probabilidad de certeza la frustración de un proyecto de una pareja que, consolidada como tal, inicia el proyecto adoptivo hace ya tres años antes en la Consellería correspondiente.

Y es importante destacar la existencia de informes emitidos en el expediente administrativo,

que dan una opinión favorable sobre la capacidad de los recurrentes para ejercer la patria potestad, se trata del aportado por las propias partes –folios 291 y siguientes– y circunstancias concurrentes en todos ellos al documentar sus circunstancias personales. En concreto llama la atención el trabajo desempeñado por la mujer, que lo es el de educadora de disminuidos psíquicos, trabajo este que *a priori* hace predecir la existencia de los recursos necesarios, que el informe judicial les niega, para vencer los obstáculos que le pudiera acarrear la filiación adoptiva cuanto menos en circunstancias superiores a las que tenemos el resto de las personas que diariamente no tienen necesidad de afrontar, como la recurrente, esa importante problemática social. Pero es que además, la existencia de un entorno familiar, por ambos lados, relativamente joven, incluso por los que serían los abuelos –alrededor de los sesenta años de edad– ilusionados en ese proyecto adoptivo de sus hijos, refuerza los recursos familiares que ya se poseen para afrontar la adopción de un niño.

Son todas esas razones las que llevan a la Sala a revocar la resolución recurrida, para finalmente declarar idóneos a los recurrentes en la filiación adoptiva solicitada.

FILIACIÓN

Los resultados de las pruebas realizadas a las dos demandantes son bastante claros y contundentes, teniendo en cuenta la dificultad añadida de que la toma de contraste de ADN fue obtenida de una hija del presunto padre al haber fallecido éste.

AP A CORUÑA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ramón Sánchez Herrero

En el Juzgado de Primera Instancia no se admitió la práctica de la prueba de paternidad instada por las demandantes, apelando a la falta de consistencia del principio de prueba presentado por las mismas, falta probatoria que llevó a pronunciar una sentencia desestimatoria. En la alzada, considerando que el filtro inicial del artículo 767.1 de la LEC de un principio de prueba exige que deba valorarse con la presentación de la demanda, entendimos que la prueba pericial biológica (que se admite siempre en estos procedimientos, artículo 767.2) había sido incorrectamente denegada y acordamos su práctica, sin que la otra parte se hubiera opuesto al Auto dictado al respecto, sino que colaboró para su correcta realización.

Una vez hecha la alusión a la admisibilidad y corrección de las pruebas biológicas practicadas, hay

que negar la validez de los razonamientos empleados en la sentencia apelada sobre la falta de prueba sobre la reclamación efectuada. Es cierto que tal prueba no es infalible y que posee cierto margen de error, pero no en el sentido expuesto por la parte apelada.

Al efectuar el cálculo estadístico se ha partido en los análisis de una probabilidad del 0,5, es decir, sin optar *a priori* ni por la posibilidad de que el reclamado fuera el padre, ni de que no lo fuera. Ambas posibilidades han contado con el mismo índice de probabilidad. Cabe pensar que pudiera haberse visto alterado el sistema si se hubiera empleado una probabilidad inicial diferente, pero consideramos que hubiera sido menos correcto que el criterio empleado por el Instituto de Medicina Legal, que ha sido validado ya en otras ocasiones por esta Sala. Por otro

lado, y en relación con las críticas efectuadas sobre la previsible alteración del resultado final, no existe ningún dato fiable al respecto que se haya aportado, hasta el punto de que ni siquiera se solicitó la citación del perito para haberlo podido contrastar.

Los resultados de las pruebas realizadas a los dos demandantes son bastante claros y contundentes, teniendo en cuenta la dificultad añadida de que la toma de contraste de ADN fue obtenida de doña Amanda, hija de don Cristóbal y no de éste. Así, las probabilidades de que doña Concepción sea hija del mencionado ascienden al 99,99138%, y las que hay de que lo sea también doña Pilar son del 99,9876%. La prueba de paternidad genética se basa en comparar el ADN nuclear de ambos, teniendo en cuenta que el ser humano al tener repro-

ducción sexual hereda un alelo de la madre y otro del padre, de forma que un hijo debe tener para cada locus (una posición fija sobre un cromosoma, como la posición de un gen o de un marcador genético) un alelo que provenga del padre. En este caso para llegar a tales conclusiones se emplearon 52 SNPs, índice relevante pues ofrece un resultado de coincidencia elevado, tal como hemos señalado. La crítica genérica no puede ser suficiente para desvirtuar tal resultado, ni las alusiones a la inconsistencia de la prueba testifical practicada, que de esta forma ha quedado reforzada, ni las efectuadas al cambio de apellidos en la partida de nacimiento de doña Amanda, pues ni se hicieron figurar los paternos ni los maternos, siendo más relevantes las pruebas biológicas por su fiabilidad.

FILIACIÓN

El *dies a quo* para el inicio del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de paternidad comienza con la fecha de emisión del informe de la prueba biológica en la que se detectó su no paternidad, no pudiendo considerarse a estos efectos que en fecha anterior tuviese sospechas o existiesen rumores sobre esta cuestión.

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 21 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Andrés Palacios Martínez

En lo que respecta a la pretensión revocatoria articulada a través del recurso interpuesto, el objeto de la misma viene determinado por el examen de la posible caducidad o no de la acción de impugnación ejercitada, al considerar la sentencia apelada que fue presentada fuera del plazo de caducidad del artículo 136 del CC, en relación con el establecido en el artículo 141 del mismo Texto Legal. En este sentido, conviene precisar con carácter previo, que tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional ha venido admitiendo, no sólo que la acción de impugnación de la paternidad matrimonial puede ejercitarse desde que el padre registral conoce no serlo biológicamente o desde que cesó el vicio del consentimiento, favoreciendo la investigación de la paternidad; sino que en las cuestiones que afectan al estado civil debe prevalecer la verdad real o material, debiendo asentarse la filiación biológica sobre la presunta resultante del estado matrimonial; desprendiéndose de la prueba practicada y de la biológica de paternidad aportada, que las partes hoy litigantes mantuvieron una relación sentimental continuada y de pareja desde antes de 1989, habiendo contraído matrimonio con fecha 30 de abril de este último año al encontrar-

se la Sra. Rocío embarazada de su hija Alicia que nació unos seis meses más tarde y el actor siempre creyó que era suya, inscribiéndose como hija matrimonial en el Registro Civil; habiéndose separado legalmente aquéllos en virtud de Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Sanlúcar la Mayor de fecha 27 de octubre de 2003 tras haber nacido dos nuevos hijos. Así las cosas, pocos días después de dicha sentencia y debido a las malas relaciones de las partes, la hoy demandada Sra. Rocío le manifestó al actor Sr. Santiago, que la primera hija que motivó su matrimonio no era suya, quien para demostrar a sus padres y demás familia la falta de certeza de lo alegado, solicitó a la entidad de DNA Solutions, SL un kit de toma de muestras para la realización de una prueba biológica de paternidad con fecha 7 de noviembre de 2003, resultando plenamente acreditado y aceptado por ambas partes la autenticidad y veracidad del informe emitido por aquella entidad de fecha 17 de diciembre de 2003 y recibido por el precitado actor en los primeros días de enero de 2004, que determina que este último no es el padre biológico de Alicia (no olvidemos, que la presente demanda de impugnación fue presentada ante el registro del

Juzgado Decano de Sanlúcar la Mayor con fecha 19 de noviembre de 2004). Ante esta situación, la cuestión litigiosa se centra en la determinación de la fecha en que se produce el cese del vicio del consentimiento y por tanto el *dies a quo* del plazo de caducidad de un año recogido en el artículo 141 del CC en relación con el artículo 136 del mismo Texto Legal, desprendiéndose de lo actuado, que el ahora apelante Sr. Santiago ejercitó la acción de impugnación de su paternidad cuando realmente tuvo conocimiento a través de la prueba biológica practicada de su paternidad negativa y dentro del plazo legalmente establecido, presentando la demanda origen del procedimiento que el presente recurso trae causa; estimándose por esta Sala, que el *dies a quo* para el inicio del cómputo del plazo de referencia comienza con la fecha de emisión del informe y con el conocimiento de su no paternidad por parte del actor (en ningún caso, ante la mera o mas mínima sospecha o simples rumores tras la ruptura matrimonial); es decir, se fija el inicio del cómputo de aquél cuando el precitado actor se entera de la realidad de su atribuida relación paterno-filial, lo que sucede en diciembre de 2003. Todo lo anteriormente expuesto, la reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (STS de fechas 23 de marzo de 2001, 3 de diciembre de 2002 y 27 de mayo de 2004 entre otras) que mantienen una patente tendencia a que en materia del estado civil

prevalezca la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial, priorizando la verdad biológica y que el plazo de un año para el ejercicio de la acción deducida por el actor debe iniciarse a partir del conocimiento por este último de que no era el verdadero padre, (no consta, que este último tuviese indicios racionales, ciertos y suficientes para dudar de su paternidad), llevan al pleno convencimiento de esta Sala, que el precitado actor ejercitó la acción dentro del plazo legalmente establecido; de ahí, que sea procedente la estimación de la pretensión revocatoria articulada a través del recurso interpuesto y la revocación de la sentencia de instancia. Por otro lado, y en lo que respecta a la impugnación formulada contra la resolución recurrida (en ningún caso recurso de apelación como se recoge en el escrito de oposición el recurso interpuesto de contrario); lo cierto es, que en la vista celebrada en la instancia y ante la oposición de la demandada y del Ministerio Fiscal, por parte del Juez *a quo* se in admitió expresamente la acumulación pretendida de la acción referida a la supresión de la pensión alimenticia fijada en su día a favor de Alicia a lo que se aquietaron las partes; sin que se estime necesario por esta Sala la reiteración de la inadmisión y su desestimación en la fundamentación jurídica y parte dispositiva de la resolución recurrida. De ahí, que dicha impugnación halla de ser rechazada.

UNIONES DE HECHO

Rota la convivencia entre los integrantes de una pareja de hecho, se estima la demanda interpuesta por la conviviente reclamando al otro el importe de los pagos correspondiente a un préstamo que tuvo que avalar para la compra de un vehículo que se puso a nombre sólo del conviviente y que tras el cese continuó usándolo en exclusiva.

AP ALICANTE, SEC. 4.^a, SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Federico Rodríguez Mira

La sentencia de instancia rechazó la demanda promovida por la actora frente al que fuera su pareja de hecho, hoy demandado, en reclamación de cantidad derivada de los pagos realizados por aquella con motivo del saldo deudor resultante de la póliza de crédito suscrita por ambos en julio de 1999, con vencimiento a julio de 2005, destinada a la adquisición por el demandado de un vehículo Citroën Saxo I-...-ID.

El Juzgador *a quo* consideró que la actora no estaba legitimada para exigir de éste la suma postulada en demanda, toda vez que tratándose de una

deuda solidaria contraída por ambas partes, aquella sólo podía reclamar del codeudor, según dispone el artículo 1145 del CC, la parte que a cada uno le correspondía, y como del total a devolver -12.583,94 euros-, lo abonado por el demandado superaba la cantidad satisfecha por la actora, la pretensión de ésta carecía de toda base legal.

La conclusión plasmada en sentencia no puede ser asumida por la Sala, puesto que la solidaridad de la deuda contraída por la entonces pareja de hecho frente a la entidad financiera, sin duda alguna por exigencias de reforzar las garantías de una

futura devolución, no puede trasladarse al ámbito interno de la relación existente entre los litigantes en la forma en la que se ha hecho por el Juez de instancia, porque es evidente que el dinero prestado se destinó íntegramente para la compra de un vehículo, cuya titularidad pertenecía al demandado, siendo éste el que lo venía utilizando y el que, en definitiva, se quedó con él tras la ruptura de la pareja en el año 2002; conclusión esta plenamente acorde con los propios actos de los interesados, como lo avala el que el demandado siguiera abonando las cuotas de amortización, hasta que a mediados de 2003 dejó de hacerlo, según reconoció en su escrito de contestación a la demanda, justificando ahora su postura en un supuesto acuerdo verbal con la actora para compensar otros gastos asumidos por aquél durante el período convivencia en común; pacto que no ha quedado justificado, como

ha venido a reconocer la propia sentencia, y que, por tanto, vacía de contenido argumental la verdadera oposición del demandado, con el consiguiente derecho de la actora a exigir del mismo el abono de lo pagado en su exclusivo beneficio conforme al artículo 1158 del CC.

Procede, por tanto, la estimación del presente recurso y, con revocación del fallo de instancia, dictar una nueva resolución acogiendo la pretensión contenida en demanda, y condenando al demandado a satisfacer a la actora la suma global de 4.196 euros, incrementada con los intereses legales devengados desde la interposición de aquélla; imponiendo a aquél las costas de la primera instancia, y sin hacer expresa declaración sobre las causadas en esta alzada según disponen los artículos 394.1 y 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

UNIONES DE HECHO

Estimación de la demanda de desahucio por precario interpuesta por los herederos contra la que fue compañera sentimental del causante al carecer ésta de título alguno que legitime la ocupación del inmueble.

AP ALICANTE, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María Teresa Serra Abarca

La sentencia apelada estimó la demanda de desahucio por precario respecto de la vivienda de la que son titulares las actoras, decisión que se fundamenta en síntesis en la carencia de título que legitime la ocupación de la vivienda, que no lo genera la mera convivencia de la demandada con el Sr. Lucio, fallecido con fecha 22 de junio de 2006.

Como primera alegación, la apelante indica que acreditada la convivencia como pareja del demandado, como se acredita por el Auto del de Primera Instancia del Juzgado núm. 8 de Alicante, y en la existencia de una comunidad de bienes que intenta justificar mediante la cartilla de la CAM, en la que aparece como persona autorizada de la cuenta del Sr. Lucio y facturas de teléfono y suministros de agua y gastos de comunidad abonados por la demandada, y en la vulneración del principio de protección de conviviente perjudicado y del de enriquecimiento injusto. En contra de esa tesis argumentan las demandantes que esa convivencia no atribuye derecho alguno una vez finalizada y que la jurisprudencia del Tribunal Supremo proclama que esa situación, o sea, la convivencia *more uxorio* sin más no es generadora de ninguna consecuencia económica.

La sentencia de esta Sec. 5.ª núm. 116, de 8 de marzo de 2006 y la núm. 50, de 30 de enero de 2008 exponen los criterios a tener en consideración en los siguientes términos: «Se dedica este motivo a argumentar en extenso sobre esa relación *more uxorio* que dicha parte alega como título legitimador de la posesión del inmueble objeto de estos autos».

Al respecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 15 de mayo de 2003, recoge la doctrina relativa a las consecuencias jurídicas de las uniones de hecho, argumentando que «la unión paramatrimonial “no es una situación equivalente al matrimonio (STC 184/1990, de 15 noviembre y Auto 156/1987 del mismo Tribunal) y, al no serlo, no puede ser aplicada a aquélla (en cuanto a las relaciones personales y patrimoniales entre los convivientes) la normativa reguladora de éste, pues los que en tal forma se unieron, pudiendo haberse casado, lo hicieron, precisamente (en la generalidad de los casos), para quedar excluidos de la disciplina matrimonial y no sometidos a la misma. Por ello, entendemos que la norma reguladora del régimen económico-matrimonial (Título III del Libro Cuarto del Código Civil) no puede considerarse automáticamente aplicable a toda unión libre, por el mero

hecho del surgimiento de la misma, ello sin perjuicio de que, atendidas las circunstancias de cada caso concreto, pueda predicarse la aplicabilidad (no por *analogia legis*, que aquí no se da, sino por *analogia iuris*) de algún determinado régimen económico de los diversos que, para el matrimonio regula el citado Título del Código Civil, siempre que quede patentizado, por pacto expreso o tácito (deducido éste de sus hechos concluyentes e inequívocos) que la voluntad de los convivientes fue someterse al mismo, por lo que esta Sala entiende que no cabe la posibilidad de considerar que toda unión paramatrimonial (*more uxorio*), por el mero y exclusivo derecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (llámese gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o de cualquier otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados los que, por su pacto expreso o por sus *facta concludentia* (aportación continuada y duradera de sus ganancias, o de su trabajo al acervo común) los que evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos (suponemos que a título oneroso) durante la duración de la unión de hecho” (Sentencia de 21 de octubre de 1992).

En este sentido se pronunciaron también las Sentencias de 3 de abril de 1991, 11 de diciembre de 1992, 18 de febrero y 22 de julio de 1993 y 23 de julio de 1998».

En consecuencia, aplicando esa doctrina lo que ha de hacerse es examinar si de las pruebas practicadas llegamos a la misma conclusión que obtiene el juzgador de instancia, y precisamente de esas pruebas compartimos el criterio judicial, pues aún acreditada la convivencia con el Sr. Lucio, ésta no otorga título suficiente para continuar en la vivienda.

Al efecto recordamos el concepto de precario que ha establecido el Tribunal Supremo, que sigue siendo válido, en su Sentencia de 30 de octubre de 1986, según el cual configura dicho instituto como «una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos 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».

Por otro lado no consta la existencia de la comunidad de bienes como pretende la demandada, circunstancia que no acredita por aparecer como autorizada en la cuenta del demandado o porque los pagos los efectuara ella con el dinero de él, dadas las condiciones físicas que tenía al ser invidente que le imposibilitaba realizarlo él mismo. Cuando además es reconocido por la demandada que los pagos referidos a los gastos de la vivienda y otros que se generaban se cargaban en la cuenta del Sr. Lucio que se hacía cargo de todos los gastos de la misma, incluidos los gastos ordinarios, añade que no tenían las cuentas en común, pues ella también tenía otra cuenta donde le ingresaban el paro.

En definitiva, en este caso, comparte la Sala las conclusiones a las que llega el Juzgador de instancia, tras el detallado examen de las pruebas practicadas que se contiene en los Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero, sin que exista un enriquecimiento injusto, ni un perjuicio acreditado de la demandada por el cese de la convivencia tras el fallecimiento del Sr. Lucio, porque llegamos a la conclusión que nos encontramos ante un precario al no ostentar la demandada ningún título que le legitime para continuar en la vivienda.

CUESTIONES PENALES

Se archiva la denuncia que interpuso la madre por presunto abuso sexual del padre contra la hija y la Sala, a la vista de las manifestaciones e informe del Perito Médico Forense, del que se desprende que la niña no ha sufrido abusos sexuales, siendo el testimonio de ésta increíble, y que las manifestaciones de la menor han sido inducidas por su madre, acuerda deducir testimonio para envío al Juzgado de Instrucción a fin de que incoe las oportunas diligencias para acusación y denuncia falsas.

AP MADRID, SEC. 2.ª, AUTO DE 1 DE SEPTIEMBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Rafael Espejo-Saavedra Santa Eugenia

Por la recurrente se sostiene, tanto en el recurso de reforma como posteriormente en el de apelación, que frente a las conclusiones del Ministerio

Fiscal y del Juez de Instrucción, existen pruebas de cargo suficientes contra el denunciado teniendo en cuenta los informes periciales –que constan rea-

lizados tal y como la propia recurrente analiza— y teniéndose en cuenta el reconocimiento de la menor. Igualmente se alega que existe una ausencia de motivación en el Auto de fecha 4 de febrero de 2008 que desestimaba el recurso de reforma, dejando sin resolver las cuestiones planteadas en el recurso de reforma.

En primer lugar, en cuanto a la alegada falta de motivación del Auto que se recurre en apelación, lo cual es incierto pues el citado Auto lo que hace es remitirse al Auto de fecha 12 de diciembre de 2007, (donde motivadamente se exponían las conclusiones del Juez Instructor y la valoración que hace el juzgador de instancia con respecto a las distintas diligencias practicadas) al entender que las cuestiones que se alegan en el recurso de reforma (que no son otras que la propia interpretación de la parte recurrente de las citadas diligencias valoradas por el instructor) no hace variar la Fundamentación Jurídica expuesta en el Auto que se recurría. E igualmente el auto recurrido se remite al informe del Ministerio Fiscal de fecha 28 de enero de 2008, en donde el Ministerio Fiscal, además de mencionar las conclusiones expuestas por esta Sala respecto a la interpretación de las periciales realizadas por el Juzgador y el recurrente en el Auto de fecha 4 de julio de 2007 por la que se desestimaba la petición de adopción de medidas cautelares, se valora por el Ministerio Fiscal tanto la prueba practicada por el Médico Forense, así como los de la psicóloga ... para llegar a la misma conclusión del instructor.

Conviene recordar que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye como contenido básico el derecho a obtener de los órganos jurisdiccionales una respuesta a las pretensiones planteadas, que sea motivada y razonada en derecho y no manifestamente arbitraria o irrazonable, aunque la fundamentación jurídica pueda estimarse discutible o respecto de ella puedan formularse reparos (SSTC de 23 de abril de 1990 y 14 de enero de 1991), matizando la misma doctrina que la exigencia de motivación no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas, que las partes puedan tener sobre la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones, que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión; basta que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada y permita su eventual control jurisdiccional (STC de 5 de abril de 1990), como ocurre en este caso; que lo reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución es el derecho de todas las personas a ser acogidas y oídas en el proceso, pero no a obtener una sentencia de conformidad, y que la

tutela judicial efectiva se obtiene, incluso, cuando se deniega o rechaza lo interesado por las partes en el proceso, siempre que concurra la causa legal correspondiente; y que la indefensión con relevancia constitucional es tan sólo aquella en la que la parte se ve privada injustificadamente de la oportunidad de defender su respectiva posición procesal, acarreándole tal irregularidad un efectivo menoscabo de sus derechos o intereses (STC 44/1998, de 24 de febrero, que cita las SSTC 290/1993, 185/1994, 1/1996 y 89/1997), ninguna de cuyas circunstancias concurren en este supuesto.

En definitiva el Auto que se dice carece de motivación, no acoge la interpretación que de las diligencias practicadas se realiza por el recurrente (que son la base del recurso de reforma), remitiéndose a la interpretación y conclusiones a las que ya había llegado y plasmado en el Auto que trae causa el recurso de reforma, por lo que no puede alegarse que no se hayan resuelto las cuestiones planteadas porque exista una diferente valoración de las periciales y demás diligencias por parte del recurrente y del instructor y éste no haya acogido la valoración que el recurrente intenta imponer.

Y tampoco puede alegarse que exista ausencia de motivación porque no se haga referencia expresa a determinadas diligencias conforme a lo expuesto en la doctrina anterior, cuando las mismas han sido valoradas por el instructor para llegar a la conclusión expuesta en el Auto recurrido, tal y como se desprende de la propia lectura del mismo.

No existe la ausencia de motivación que se alega.

Tercero. Expuesto lo anterior y vistas las diligencias practicadas, la conclusión a la que llega esta Sala no difiere de la conclusión a la que llega el Juzgador de Instancia, debiéndose tener, además en cuenta que, como indica reiterada Jurisprudencia, la prueba de peritos es de libre apreciación, queriendo ello decir que el órgano judicial valorará el dictamen de peritos, según los principios de la sana crítica.

Además, debemos recordar, teniendo en cuenta las alegaciones de la recurrente, que los informes periciales no vinculan de modo absoluto al juzgador, porque no son en sí mismos manifestaciones de una verdad incontrovertida; ha de ser valorada, pues, por el juzgador, atendiendo a su convicción y a los criterios de la sana crítica. Por su parte, la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo ha venido proclamando que los Tribunales no están vinculados por las conclusiones de los peritos, salvo cuando éstos se basan en leyes o reglas científicas incontrovertibles, por lo que no puede prosperar cualquier alegación el error del juzgador *a quo* en pericias manejadas. Es decir, que nunca vinculante para el juzgador.

Los expertos –utilizada la expresión en sentido general incluyendo los titulados y los no titulados– aprecian, mediante máximas de experiencia especializadas y propias de su preparación, algún hecho o circunstancia que el perito adquirió por el estudio o la práctica o a través de ambos sistemas de obtención de conocimientos y que el juez puede no tener, en razón a su específica preparación jurídica. Por ello el perito debe describir la persona o cosa objeto de la pericia, explicar las operaciones o exámenes verificados y fijar sus conclusiones (artículo 478 LECrim.) que tiene como destinatario el Juzgador. Y en este sentido el juez estudia el contenido del informe y, en su caso, las explicaciones orales, reflexiona sobre las preguntas y repreguntas que se le hacen finalmente, lo hace suyo o no, o lo hace parcialmente. No se trata, pues, de un juicio de peritos, sino de una fuente de conocimientos científicos, técnicos o prácticos que ayudan al juez a descubrir la verdad. La no vinculación del juez a la pericia determina que él mismo pueda apreciar determinadas circunstancias de las que ha examinado el perito.

Lo que ha ocurrido en el presente caso, es que precisamente la Juez de instancia ha valorado conforme las reglas de la sana crítica y según sus máximas de experiencia dichos informes, llegando a la conclusión, ahora compartida, de acordar el sobreseimiento provisional y archivo de la causa.

Se ha de tener en cuenta que, como ya se expuso en el Auto de esta Sala de fecha 4 de julio de 2007 (al que se remite el juez de instrucción al desestimar la reforma) en el que se especificaba textualmente que «el Juez de Instrucción si bien ha tenido en cuenta los distintos informes que obran en la causa, que evidentemente han de ser valorados junto con la valoración del grave conflicto que sufren los progenitores que ha dando lugar a múltiples denuncias recíprocas y distintas resoluciones, valora especialmente los informes forenses en base a los cuales desestima la medida de protección solicitada.

Se ha de tener en cuenta que, por un lado el informe realizado por doña ..., Psicóloga de los servicios de salud mental de la Comunidad de Madrid, que realiza informe a petición de la madre, «ante el reciente descubrimiento de presuntos abusos sexuales por parte de su padre» (tal y como se hace constar en el citado informe) Sin embargo dicha Psicóloga, tal y como consta al folio 8 del informe expone «respecto a los presuntos abusos sexuales denunciados al GRUME (9 de julio de 2005) la menor no ha verbalizado nada al respecto. Requeriría una valoración especializada. Ha comenzado entrevistas en el Centro CAVAS», y evidentemente aunque en sus conclusiones considera necesario un aplazamiento del régimen de visitas por los motivos

que se recogen en el referido informe, igualmente se hace constar que «para que la menor, pueda tener una imagen y vivencia constructiva de su padre, porque sólo así puede ser estructurante, beneficiosa y enriquecedora para su psiquismo y evolución futura, requiere un cambio radical basado en el acercamiento cariñoso, de verdadero afecto y preocupación por sus necesidades, no por la imposición, es decir, crear y construir un clima de deseo valoración y encariñamiento hacia su padre». En dicho informe realizado el 21 de septiembre de 2005 se plasma que se han tenido en cuenta tanto los informes del psicoterapeuta, como del psicólogo de su colegio, y la información aportada por el centro escolar.

Por las psicólogas de la Clínica médico forense se realiza un informe cuyo objetivo es valorar la credibilidad del testimonio de la menor así como la influencia de la madre, teniéndose igualmente en cuenta todo el proceso y las denuncias interpuestas por la madre que como expresa se inician en enero de 2005 y culminan en julio de 2005 en que se denuncia el supuesto abuso sexual, y especifican que «el testimonio aportado por la menor carece de estructura lógica no aporta detalles acerca del supuesto abuso y además dentro de la limitación del mismo resulta rígido» (folio 5 del informe); «la niña no es capaz de informar acerca de una experiencia concreta de abuso sexual ... únicamente refiere estos dos episodios que carecen de detalles y están descontextualizados...» (folio 5) «en cuanto a los criterios de validez se aprecia la inducción adulta en las verbalizaciones de la menor, así la menor refiere que contó al Juzgado un episodio en el que iba con su padre y se tropezó, explicando que es que también se lo teníamos que decir, hemos puesto muchas denuncias y no nos han hecho caso ... ahora nos han hecho caso...». «En la misma línea incumple criterios de validez en lo referente a la ausencia de respuesta emocional congruente con una situación de terror en la menor a relacionarse con su padre. Se considera por lo tanto que el testimonio en los términos denunciados es increíble, incumpliendo tanto los criterios de credibilidad como de validez» Dicho informe concluye: «El testimonio de la menor resulta increíble según el análisis del testimonio realizado, según se explica en el informe los datos aportados por la madre resultan inconsistentes. Se observan indicadores de inducción adulta y de transmisión de una imagen negativa del padre, tanto en la exploración realizada por estos peritos como de los datos aportados en los informes solicitados por el Juzgado. No se descarta una posible motivación secundaria en la interposición de la denuncia y por lo tanto una utilización de la menor en el conflicto existente entre los progenitores, lo que constituiría una deficiente ejercicio de las

funciones educativas y de cuidado de la estabilidad afectiva y psicológica de la menor».

Por lo que se refiere al informe realizado por ..., realizado a instancia de la madre, además de recomendar que la evaluación se realice por peritos especializados, no ha sido ratificado al no poder comparecer el día señalado por estar de baja laboral según consta en la causa.

Teniendo en cuenta los citados informes, las ratificaciones y manifestaciones de los peritos que sí comparecieron ante este Juzgado, esta Sala llega a la misma conclusión que el Juzgador de Instancia, pues pese a los argumentos del recurso, que no son sino una interpretación propia e interesada de las periciales para llegar a la conclusión interesada en aras de solicitar la medida cautelar, no existen indicios racionales que acrediten una situación objetiva de riesgo que permita fundar la adopción de la medida de alejamiento que solicita.

En definitiva se vuelve a reiterar que lo que se está planteando en el recurso es que existe un

error en la valoración por parte del instructor de las diligencias practicadas (tanto de las periciales y distintos informes como de las propias manifestaciones de la menor a presencia judicial) cuando lo cierto es que éstas han sido valoradas todas ellas y de forma correcta por el juzgador *a quo* llegando a la conclusión que esta Sala ratifica.

A la vista de las manifestaciones e informe el Perito Médico Forense, del que se desprende que la niña no ha sufrido abusos sexuales, siendo el testimonio de la misma increíble, y que las manifestaciones de la menor han sido inducidas por su madre, procédase a deducir testimonio de la presente resolución para envío al Juzgado de Instrucción, para que incoe las oportunas diligencias para acusación y denuncia falsa, acordando como es lógico con libertad y criterio, la práctica de cuantas diligencias estime precisas, para la averiguación de la existencia de denuncia falsa, hasta dictar resolución en las citadas Diligencias, sobre la existencia de indicios de acusación y denuncia falsa y siguiendo toda la causa por sus trámites.

OTRAS CUESTIONES

Condena a una abogada y a su entidad aseguradora por responsabilidad civil al pago de 18.000 euros al no haber formulado aquélla debidamente la petición de pensión compensatoria en un procedimiento de separación matrimonial.

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Javier Díez Núñez

Efectuada la anterior precisión, centrándonos en la cuestión objeto de debate, resulta no controvertido que en proceso de separación matrimonial 402/2003, de los seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Fuengirola (Málaga) entre doña Silvia y don Gregorio, la esposa quedó asistida técnicamente por la letrada doña Julieta y que, ésta en la redacción de la demanda rectora del procedimiento no incluyó expresamente en el suplico la concesión de pensión compensatoria por desequilibrio económico a cargo del marido demandado, aunque sí lo hizo en su solicitud de medidas provisionales que peticionara por medio de otrosí digo, sucediendo que en el dictado de la sentencia definitiva recaída en el procedimiento principal con fecha seis de mayo de dos mil cuatro se acordó ser improcedente su concesión al no haberse interesado en debida forma expresamente, dado tratarse de materia de derecho dispositivo, negligencia profesional que se imputaba a la mencionada profesional

y por la que se interesaba condena indemnizatoria de doscientos sesenta y cuatro mil euros (264.000 euros), lo que baremaba a razón de mil euros (1.000 euros) mensuales hasta que alcanzara la edad de ochenta y tres años y medio, junto con otros sesenta mil euros (60.000 euros) por el concepto de daños morales por consecuencia de la situación de precariedad a que se había visto sometida, accediéndose por la juzgadora de primer grado en relación con la indemnización por el segundo de los conceptos expresados, si bien minorando su cuantía a dieciocho mil euros (18.000 euros), pero denegando en relación con el primero en función a entender que esa controvertida pensión compensatoria no pasaba de ser una mera expectativa, pronunciándose contra el que vino a alzarse la demandante mostrándose en plena disconformidad peticionando de la Sala de Apelación el dictado de sentencia por la que se revocara la dictada en instancia estimándose la demanda en su integridad.

Planteado en términos sintéticos el recurso de apelación en la forma anteriormente expresada, debe recordarse como el Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio, por el que se aprobaba el Estatuto General de la Abogacía en su artículo 102, al igual que el actual vigente Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, hace en su artículo 78, establece que «los abogados están sujetos a responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia, dañen los intereses cuya defensa les haya sido confiada a los de un tercero», añadiendo que tal responsabilidad consistirá en la indemnización a cargo del abogado de los daños y perjuicios efectivamente sufridos, de ahí que no quepa la posibilidad de considerar como patente de corso para evitar cualquier clase y grado de responsabilidad el invocar la relación jurídica abogado-cliente como enmarcada en la de arrendamiento de servicios, pues, por lo general, al margen de otras prestaciones en su caso conexas, su actividad profesional en la defensa judicial de un asunto se circunscribe a desplegarla con diligencia y acorde con su *lex artis*, sin que, por lo tanto, garantice o se comprometa a un resultado concreto de la misma –*locutio operis*–, esto es, al éxito de la pretensión, aunque asume unos deberes en el desempeño de su función profesional, aun constando tratarse de una prestación de medios y no de resultados, entre los que se encuentran informar de pros y contras, riesgo del asunto o conveniencia o no del acceso judicial, costos, gravedad de la situación, probabilidad de éxito o fracaso, lealtad y honestidad en el desempeño del encargo, respeto y observancia escrupulosa de las leyes procesales y, como no, y esto es lo esencial, aplicación al problema de los indispensables conocimientos de la ley y del derecho, sucediendo en el caso que esa petición de pensión compensatoria debió ser interesada expresamente en el suplico de la demanda principal presentada, no como medida provisional, ya que aquel concepto no es incardinable en unas peticiones marcadas por la nota de temporalidad sino, muy por el contrario, a decidir en la resolución definitiva –sentencia– en la que el tribunal unipersonal del proceso matrimonial decidiera acerca de la procedente o no concesión de la pensión y, en caso afirmativo, si la misma tendría carácter indefinido o temporal y su cuantificación, lo que al no hacerse produjo, evidentemente, una pérdida de oportunidad en la actora de poder haber visto satisfecha su pretensión de equilibrar económicamente su situación por cese de la convivencia conyugal, observándose cuanto menos, una falta de diligencia de la letrada demandada de permitir acceder a los tribunales en las condiciones precisas para demandar la tutela de los legítimos intereses de su defendida, de ahí que pueda concluirse este apartado disponiendo que la responsabilidad de la letrada deriva de su actuación

negligente al privar a su cliente de la posibilidad de que los tribunales se pronunciaran acerca de la procedente o no pretensión de la pensión prevista en el artículo 97 del Código Civil que solicitara en su favor, frustración que nos permite entrar en el examen del espinoso problema relativo a la determinación cuantitativa de los daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil por la actuación profesional de la demandada, siendo necesario recordar cómo la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha venido examinando esta cuestión en diversas sentencias, en las cuales se han contemplado los diferentes conceptos indemnizables y los diversos criterios que se pueden tomar en cuenta para su cuantificación, siendo enorme la casuística existente, reconociéndose la indemnización por daño moral –STS de 20 de mayo de 1996–, por privación del derecho al recurso que tenía a su favor la parte demandante –STS de 11 de noviembre de 1997–, por verse privado del derecho a que las demandas fueran estudiadas por el tribunal de apelación y, en su caso, por el Tribunal Supremo –SSTS de 25 de junio de 1998–, derivado del derecho de acceder a los recursos, o a la tutela judicial efectiva –SSTS de 17 de noviembre de 1995, 20 de mayo y 16 de diciembre de 1996, 28 de enero, 24 de septiembre y 3 de octubre de 1998– considerando en este sentido, por el órgano enjuiciador *ad quem* que no es admisible practicar un «juicio sobre juicio» a fin de precisar la verosimilitud de un eventual éxito de la frustrada demanda que se interpusiera en procedimiento matrimonial de separación de la actora contra su marido en reclamación de pensión compensatoria, actividad que es totalmente imposible de averiguar ahora, pues como recuerdan las Sentencias de 11 de noviembre de 1997, 28 de enero de 1998 y de 28 de julio de 2003 «... resulta totalmente imposible saber, sin introducirnos en el resbaladizo y absolutamente inadmisibles terreno de las conjeturas, cuál hubiera podido ser el tratamiento (estimatorio o desestimatorio)...», ya que «nadie puede prever con absoluta seguridad que aquella reclamación va a ser obtenida» y que es «... criterio coyuntural (no siempre posible) y con frecuencia de resultado incierto...» dado que «... nadie puede prever con absoluta seguridad que la reclamación iba a ser atendida...», no obstante la imposibilidad de poder practicar juicio paralelo, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en ocasiones haciéndose eco de la doctrina francesa sentada en relación con la llamada *la perte d'une chance* (la pérdida de una oportunidad), como concepto susceptible de integrar un daño de orden moral, ha venido estableciendo su admisibilidad en caso de pérdida de la posibilidad de obtener la tutela judicial efectiva con el dictado de una sentencia sobre la cuestión de fondo sustantiva, lo que

pasa por definirse como «daño moral» sufrido que no exige ser acreditado objetivamente, por cuanto que al tratar de la responsabilidad civil profesional de Abogados y Procuradores, la jurisprudencia considera indemnizable en sí misma la pérdida de la oportunidad procesal, con independencia por tanto del pronóstico de prosperabilidad de que la pretensión fuese estudiada por el tribunal correspondiente –SSTS de 16 de noviembre de 1996, 11 de noviembre de 1997, 28 de enero y 25 de junio de 1998, 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 23 de mayo de 2001 y 20 de marzo de 2003–, disponiendo en la sentencia anteriormente citada de 28 de enero de 1998 como «... el profesional, con el incumplimiento culpable de su obligación, ha impedido la posibilidad de conseguirlo, con lo que, además, ha vulnerado el derecho del perjudicado a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 de la Constitución...», añadiendo a renglón seguido «como indemnización del daño es correcta la condena a aquella prestación que, con su conducta culpable, ha impedido incluso la posibilidad de obtener», es decir, identificando cuantitativamente la cuantía de la prestación del procedimiento no tramitado con los perjuicios sufridos, tal y como se pretendiera en demanda inicial, y a lo que no accediera la juzgadora de primera instancia correctamente, a juicio del tribunal, pues si bien es cierto que, en términos generales, dispone la doctrina que «la obligación de indemnizar daños y perjuicios no es consecuencia necesaria del mero incumplimiento que se atribuye a uno de los contratantes –por cuanto ello implica el resarcimiento de un daño o perjuicio sufrido y no obtener la ventaja que el cumplimiento del contrato hubiera reportado–, sino que para que nazca y sea exigible, ... , se demuestre y conozca la realidad de haberse producido aquéllos ... sin que pueda derivarse de supuestos tan sólo posibles pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre» –SSTS 1.ª de 15 de octubre de 1915, 21 de octubre de 1925, 25 de noviembre de 1926, 3 de febrero de 1928, 11 de diciembre de 1932, 13 de julio de 1945, 13 de febrero de 1950, 17 de febrero de 1951, 30 de noviembre de 1961, 16 de enero de 1962, 28 de diciembre de 1963, 6 de julio de 1983 y 8 de octubre de 1984, entre otras muchas–, sin embargo, no se puede cuestionar que el incumplimiento tratado, de suyo, engendra un daño y la frustración de unas expectativas de éxito puestas en el procedimiento judicial que se pretendía iniciar, lo que debe ser reparado, ya que «... de ordinario el incumplimiento entraña en su misma realidad un agravio a los intereses del acreedor» –SSTS 1.ª de 2 de abril de 1960, 28 de abril de 1969 y 30 de marzo de 1984–, no siendo de recibo argumentar en términos generales no ser equiparable la cuantificación del per-

juicio con la suma del principal del procedimiento frustrado, pues recuerda la Sentencia de 11 de noviembre de 1997 que la *causa petendi* de toda demanda la integran los hechos (relato histórico) que sirven de soporte fáctico a la acción que se ejercita, por lo que si la ejercitada en el presente caso es la de responsabilidad por negligencia profesional, los hechos integradores de la *causa petendi* han de ser aquellos que perfilen el referido incumplimiento en cuanto productor de unos daños y perjuicios, hechos estos que se recogían en la demanda inicial rectora del procedimiento, sin que la clase y cuantía de los daños y perjuicios, a cuya indemnización obliga todo incumplimiento contractual culpable (artículo 1101 del Código Civil), no integran sustancialmente la *causa petendi* de la demanda, de lo que cabe colegir que los daños y perjuicios son no solamente los materiales o económicos, en su doble modalidad de daño emergente y lucro cesante (artículo 1106 del Código Civil), sino también los daños morales que directamente deriven de aquél; ahora bien, estas consideraciones no pueden conllevar sin más a que la importante suma pretendida sea concedida, ya que, como se dijo, se hace difícilmente atendible pretender que el tribunal se pronuncie acerca de los diversos parámetros contenidos en el artículo 97 del Código Civil, de manera que, sin lugar a dudas, y así lo reconoció en todo momento la letrada demandada, su negligencia profesional es patente, pero de ahí a que sea condenada en la forma pretendida dista bastante, pues de pretender imponer indemnización basada en unos factores de muy difícil apreciación, como lo es la perspectiva de supervivencia de la perjudicada hasta algo más de ochenta y tres años de edad, determinaría la indemnización en el caso más óptimo, caso de haberse concedido la pensión por mil euros (1.000 euros) mensuales y en función de dato tan imprevisible como la supervivencia de la esposa hasta el límite indicado, sin atender para nada a la situación del marido ni a la posible modificación de circunstancias que pudieran haberse producido con posterioridad a su concesión, imprevisibilidad de datos que hacen más oportuno el que el órgano enjuiciador practique una valoración global por el concepto indemnizatorio por «daño moral», sin que, por tanto, sea entendible el desglose de peticiones indemnizatorias solicitadas en la demanda, debiendo de estar única y exclusivamente a un mismo concepto, respecto del cual cabe decir quedar justificada la actuación judicial de la primera instancia en la determinación de la indemnización en atención a lo previsto en el artículo 1103 del Código Civil que autoriza a los tribunales moderar la responsabilidad procedente de negligencia, norma esta dictada para la responsabilidad contractual, pero naturalmente en el sentido determinado por

la ley que permite la moderación como una facultad discrecional del juzgador, lo que nos lleva, en definitiva, a acordar la desestimación del recurso de apelación interpuesto y, por ende a mantener exclusivamente la indemnización por el *quantum* reseñado en el fallo judicial, habida cuenta que el daño moral o *pecunia doloris* susceptible de ser indemnizado por sí mismo, aunque relacionada con la doctrina general sobre la carga de la prueba del daño, según recoge la Sala Primera del Tribunal Supremo en su paradigmática Sentencia de 31 de mayo de 2000, presenta ciertas peculiaridades, sobre todo por la variedad de circunstancias, situaciones o formas (polimorfia) con que puede presentarse el daño moral en la realidad práctica, y de ello es muestra la jurisprudencia, que aparentemente contradictoria, no lo es así si se tiene en cuenta las hipótesis a que se refiere, explicándose así que unas veces se indique que la falta de prueba no basta para rechazar de plano el daño moral –STS de 21 de octubre de 1996–, o que no es necesario puntual prueba o exigente demostración –STS de 15 de febrero de 1994–, o que la existencia de aquél no depende de pruebas directas –STS de 3 de junio de 1991–, en tanto que en otras se exige la constatación probatoria –STS de 14 de diciembre de 1993–, o no se admite la indemnización –compensación o reparación satisfactoria– por falta de prueba –STS de 19 de octubre de 1996–, siendo lo normal que no sean precisas pruebas de tipo objetivo –SSTS de 23 de julio de 1990, 29 de enero de 1993, 9 de diciembre de 1994 y 21 de junio de 1996–, sobretodo en relación con su traducción económica, y que haya de estarse a las circunstancias concurrentes, como destacan las Sentencias de 29 de enero de 1993 y 9 de diciembre de 1994, pero cuando el daño moral emane de un daño material –STS de 19 de octubre de 1996–, o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte, en tanto que cuando depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la «*in re ipsa loquitur*», o cuando se da una situación de notoriedad –SSTS de 15 de febrero de 1994 y 11 de marzo de 2000–, no es exigible una concreta actividad probatoria, constituyendo el daño moral una noción dificultosa –STS de 22 de mayo de 1995–, relativa e imprecisa –SSTS de 14 de diciembre de 1996 y 5 de octubre de 1998–, iniciada su indemnización en el campo de la culpa extracontractual, se amplió su ámbito al contractual –SSTS de 9 de mayo de 1984, 27 de julio de 1994, 22 de noviembre de 1997, 14 de mayo y 12 de julio de 1999–, adoptándose una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica del «*pretium doloris*» y a los ataques a los

derechos de la personalidad –STS de 19 de octubre de 1998–, no obstante lo cual, las hipótesis más numerosas se manifiestan en relación con las intromisiones en el honor e intimidad (donde tiene reconocimiento legislativo), los ataques al prestigio profesional –SSTS de 28 de febrero, 9 y 14 de diciembre de 1994 y 21 de octubre de 1996–, propiedad intelectual (igualmente con regulación legal), responsabilidad sanitaria –STS de 22 de mayo de 1995, 27 de enero de 1997, 28 de diciembre de 1998 y 27 de diciembre de 1999– y culpa extracontractual (accidentes con resultado de lesiones, secuelas y muerte), pero ya se acogen varios supuestos en que es apreciable el criterio aperturista (con fundamento en el principio de indemnidad), ora en el campo de las relaciones de vecindad o abuso del derecho –STS de 27 de julio de 1994–, ora con causa generatriz en el incumplimiento contractual –SSTS de 12 de julio de 1999, 18 de noviembre de 1998, 22 de noviembre de 1997, 20 de mayo y 21 de octubre de 1996–, lo que, sin embargo, no permite pensar en una generalización de la posibilidad indemnizatoria, siendo la situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable la existencia de un sufrimiento o padecimiento psíquico –SSTS de 22 de mayo de 1995, 19 de octubre de 1996 y 24 de septiembre de 1999–, refiriéndose la reciente doctrina jurisprudencial a diversas situaciones, entre las que cabe citar el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual –STS de 23 de julio de 1990–, impotencia, zozobra, ansiedad, angustia –STS de 6 de julio de 1990–, la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre –STS de 22 de mayo de 1995–, el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente –STS de 27 de enero de 1998–, impacto, quebranto o sufrimiento psíquico –STS de 12 de julio de 1999–, no compartiendo el tribunal el criterio que sobre este particular extremo defiende la parte actora, ahora recurrente en apelación, por cuanto que la reclamación indemnizatoria que cuantifica en sesenta mil euros (60.000 euros) por el concepto de daño moral, se sustenta en base al hecho de que como consecuencia de la no concesión de la pensión compensatoria a favor de la esposa, a pesar de que se le atribuyera el uso y disfrute de la vivienda familiar en auto de medidas provisionales de dieciocho de marzo de dos mil cuatro, su carencia de medios económicos conllevó que no pudiera pagar la renta arrendaticia, determinando su indigencia el tener que abandonarla y recurrir a personas de su entorno para poder sobrevivir, premisas las invocadas que no son del todo exactas, ya que, aparte de la testifical practicada en el proceso de que trae causa el presente recurso de apelación se constató que la demandante, sin precisarse cuáles sean sus ingre-

sos, desarrolla actividad laboral remunerada, la esposa Sra. Silvia, con anterioridad a la interposición de la demanda de responsabilidad ejercitada, ostentaba créditos documentados contra su marido y contra la entidad mercantil «Diwason, SL» (documentos 3 y 3 bis de la demanda de separación matrimonial), sin que los ejercitara judicialmente, no siendo de recibo argumentar como hizo al ser preguntada por ello en su interrogatorio que, aunque no renunciaba a ello, no llevó a cabo actuación por entender que no se lo iba a pagar su marido, pues dicha afirmación carente de motivación alguna, lo único que podría implicar es que la satisfacción de

su crédito no prosperaría por falta de liquidez tanto de su marido, como personal individual, como de la sociedad mercantil por él regentada, aparte de que esa situación laboral que desempeñaba en la cafetería del marido sin estar dada de alta en la Seguridad Social, podría haber tenido respuesta en su favor en el orden jurisdiccional social, razones que, en definitiva, deben llevar al tribunal *ad quem* a resolver el extremo objeto de debate en términos de confirmación de la resolución de instancia, dado entender ser improcedente incrementar la cuantía del daño moral hasta el excesivo límite de los sesenta mil euros (60.000 euros) pretendidos.

Revista de **Derecho de** **familia**

SECCIÓN PRÁCTICA

Incidencias que pueden presentarse en el procedimiento de mutuo acuerdo después de la ratificación y antes de que se dicte sentencia

La simplicidad con la que el legislador trata el procedimiento de separación y divorcio de mutuo acuerdo esconde una importante problemática cuando tras producirse la ratificación del convenio regulador se rompe el consenso entre los cónyuges. Veamos los supuestos que pueden presentarse:

1. Desistimiento de la acción de separación o divorcio.

1.a) Desistimiento de la petición de divorcio o separación por ambos cónyuges.

El desistimiento es una declaración de voluntad unilateral del demandante y/o apelante, en virtud de lo cual manifiesta su intención de desistir del juicio entablado, produciendo así su terminación anormal. En la LEC, el desistimiento se encuentra regulado en el artículo 20 pero el problema es que los requisitos y trámites que se establecen en el citado precepto están en función de la tramitación de un procedimiento contencioso y no resultan aplicables al procedimiento de separación y divorcio de mutuo acuerdo, dado que no hay contestación a la demanda ni es posible declarar en rebeldía al demandado. Sin embargo, la falta de previsión expresa del legislador no puede impedir que los cónyuges o cónyuges que han interpuesto una demanda consensuada de separación o divorcio puedan desistir de la petición una vez iniciada su tramitación y antes de dictarse sentencia.

Esta declaración de voluntad produce el efecto, de que si aún no ha recaído sentencia el proceso concluye dejando imprejuizada la acción, de modo que el actor puede, en otro proceso, volver a ejercer la pretensión. Por consiguiente, si son los dos cónyuges, los que efectúan la declaración de desistimiento, el procedimiento consensual iniciado terminará anormalmente, sin que el juez pueda de oficio seguir su tramitación. Lo único que debe verificar el juez, antes de dictar el auto de desistimiento, es que si se ha efectuado por el procurador comparecido en autos deberá constar en el poder la facultad de desistir, si esto no es así, se hace necesaria la ratificación de los cónyuges en la petición de desistimiento.

1.b) Desistimiento de la petición de divorcio o separación por uno solo de los cónyuges.

Cuando el desistimiento de la petición de separación o divorcio se realiza por ambos cónyuges, no existirá ningún tipo de controversia, ya que, como hemos visto, el juez dictará auto teniendo a ambos por desistidos de su acción. Sin embargo, cuando es uno solo de los cónyuges el que desiste de su petición, y teniendo en cuenta los efectos que esta declaración produce, se plantea la cuestión de si es necesario o no, que el otro cónyuge le dé su consentimiento, ya que éste puede estar interesado en que el procedimiento continúe y se resuelva de modo definitivo la separación o el divorcio

planteado. Teniendo en cuenta las peculiaridades del procedimiento matrimonial de mutuo acuerdo en el que no podemos hablar de demandante y demandado, puesto que no hay partes enfrentadas, puede surgir la posibilidad de tres peticiones unilaterales de desistimiento:

A) Cuando la demanda consensual es instada por ambos cónyuges, y uno solo de ellos pide el desistimiento.

En este supuesto, y teniendo en cuenta que tanto uno como otro cónyuge han tomado la iniciativa de presentar conjuntamente la demanda, el desistimiento de la petición de separación o divorcio efectuado por uno solo de ellos plantea el problema de si procede o no el archivo de las actuaciones cuando el otro progenitor está interesado en que se dicte sentencia declarando la separación o el divorcio y aprobando el convenio regulador. Se trata de un caso que no tiene en la LEC una respuesta jurídica dado que, como antes hemos comentado, el artículo 20 de la LEC está en función de la existencia de una parte actora y otra demandada. Esta laguna legal ha motivado que los juzgados no tengan un criterio uniforme y así nos encontremos supuestos en los que, no aceptándose el desistimiento y estando ratificada por ambos cónyuges la demanda, se dicta sentencia y en cambio otros acuerdan el archivo de las actuaciones tras la presentación del escrito de desistimiento, ya que entiende que la posibilidad que ofrece el párrafo final del artículo 20 de la LEC «Si el demandado se opusiera al desistimiento, el juez resolverá lo que estime oportuno», sólo está en relación con los daños y perjuicios que se le han ocasionado siendo procedente en su caso que las costas recaigan sobre el cónyuge que desistió de la acción ya que no parece lógico que el otro tenga que hacerse cargo de los gastos de abogado y procurador ocasionados con la presentación de la demanda. En este sentido la STC de 26 de noviembre de 1990 señala que «El desisti-

miento es una forma legítima de finalización de los procesos, que responde al principio dispositivo que rige en nuestro ordenamiento civil. El desistimiento supone la extinción del proceso por voluntad del actor, si bien su aceptación debe hacerse en términos que no ocasionen al demandado (en este caso al otro cónyuge) indefensión o perjuicios irrazonables», y debe entenderse que hay perjuicio razonable para un cónyuge, cuando en base a un acuerdo inicial entre ambos se presenta una demanda de separación o divorcio y, posteriormente, por un cambio de actitud uno de los cónyuges desiste de su petición.

Ineficacia del desistimiento efectuado por uno de los cónyuges después de la ratificación a presencia judicial de la petición de separación que formularon conjuntamente. AP Asturias, Sec. 7.ª, Sentencia de 11 de junio de 2002.

Habiéndose presentado de forma conjunta la demanda de separación de mutuo acuerdo, la sola manifestación de uno de los cónyuges no produce el efecto de terminación anticipada del proceso. AP Ciudad Real, Sec. 1.ª, Auto de 21 de mayo de 2004.

El desistimiento unilateral de uno de los cónyuges, no justifica el sobreseimiento del procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo, cuando los esposos ya han ratificado judicialmente el Convenio. El Juez debe dictar sentencia concediendo o denegando el divorcio y pronunciarse sobre el Convenio, sin perjuicio de que si se han alterado sustancialmente las circunstancias se pueda promover una modificación de medidas. AP Salamanca, Auto de 24 de enero de 2005.

Ratificados ambos cónyuges en la petición de separación que formularon conjuntamente, no puede admitirse el desistimiento formulado por uno solo de los cónyuges después de la ratificación y con base en la alegación de que existió vicio en el consentimiento, debiendo dictarse sentencia, sin perjuicio de que el cónyuge inste demanda pidiendo la nulidad del convenio regulador. AP Toledo, Sec. 2.ª, Auto de 4 de marzo de 2006.

B) Cuando la demanda consensual es instada por un solo cónyuge y es este mismo el que pide el desistimiento.

En principio podría pensarse que en este caso no sería necesario contar con el consentimiento del otro cónyuge, ya que al no ser parte procesal, esto es, al no estar personado en autos, no sería preceptivo darle traslado del desistimiento, por lo que debiera estimarse la petición de desistimiento. Si bien ello es así para el caso de que el cónyuge que no presentó la demanda no haya ratificado la petición de separación y divorcio y el convenio regulador, cuando se ha producido esta ratificación, la cuestión es más compleja. La Sec. 18.^a de la AP de Barcelona, en su Auto de 28 de noviembre de 2006 analizó este supuesto concreto llegando a la conclusión que si existía oposición por el otro cónyuge no cabía admitir el desistimiento: «la LEC en el artículo 777 establece de forma expresa los trámites que deben seguirse cuando no proceda la aprobación de alguno de los pactos del convenio. Una vez ratificado el convenio, procede la aprobación del mismo mediante sentencia. La LEC establece que si la sentencia no aprobare en todo o en parte el convenio regulador propuesto, se concederá a las partes un plazo de diez días para proponer nuevo convenio, limitado, en su caso, a los puntos que no hayan sido aprobados por el tribunal. La Juez *a quo*, ante la ambigüedad de los términos de uno de los pactos del convenio, el relativo al uso del domicilio familiar, con anterioridad a acordar la aprobación parcial del mismo, solicitó una aclaración a las partes, y en lugar de proceder a dicha aclaración, la esposa presenta escrito de desistimiento por razones totalmente ajenas al contenido del pacto dudoso. Ante tal comportamiento procesal y constando la oposición expresa de la otra parte a la aprobación del desistimiento, debería haberse denegado éste, por las razones antes expuestas, y haberse seguido por los trámites establecidos en el artículo 777, es decir, haber aprobado el convenio regulador suscrito y ratificado ante el Juez, con

excepción del pacto relativo a la convivencia en el domicilio familiar, en tanto, el mantenimiento de la convivencia de los esposos bajo un mismo techo es contraria a la separación que implica la disolución del matrimonio por divorcio, concediendo a las partes un plazo de diez días para proponer el nuevo convenio limitando su contenido a este extremo y caso de no ser presentado resolver mediante auto. Procede en consecuencia estimar el recurso, dejando sin efecto el auto apelado que aprobó el desistimiento y acordar que por parte del Juzgado de Primera Instancia se sigan los trámites establecidos en el artículo 777 de la LEC, en la forma expresada anteriormente».

C) Cuando la demanda consensual es instada por un cónyuge con el consentimiento del otro y es este último el que después de ratificarse solicita el desistimiento.

Si tenemos en cuenta que el artículo 20 de la LEC únicamente faculta al actor para que pueda desistirse de la acción ejercitada, el cónyuge que no interpuso la demanda carece de legitimación para solicitar el desistimiento aunque haya comparecido en el procedimiento para mostrar su ratificación a la petición de separación o divorcio, ya que esta actuación no le convierte en parte procesal.

Como el procedimiento se inició a instancias del esposo con el consentimiento de la esposa, el desistimiento que pueda efectuar aquella después de haberse ratificado en el divorcio y en el convenio regulador es intrascendente. AP Barcelona, Sec. 12.^a, Auto de 20 de marzo de 2007.

2. Revocación del consentimiento de uno de los cónyuges después de ratificada la petición de separación o divorcio y el contenido de las cláusulas del convenio regulador.

Puede suceder que después de haberse ratificado uno de los cónyuges en la petición de separación o divorcio y en el convenio regulador, comparezca ante el Juzgado o presente un escrito solicitando que no se dicte

sentencia y que quede sin efecto la ratificación que en su día efectuó. Los motivos de esta revocación del consentimiento pueden ser múltiples e ir desde un cambio de criterio al conocer hechos de influencia que no se tuvieron en cuenta en el momento de redactar las cláusulas del convenio regulador, a que ha sopesado serenamente las consecuencias del convenio suscrito.

La jurisprudencia se encuentra dividida respecto a esta cuestión y podemos encontrar resoluciones que dan eficacia a esta revocación y acto seguido acuerdan el archivo del procedimiento al haberse roto el consenso.

Nulidad de actuaciones cuando con posterioridad a la ratificación de la demanda de mutuo acuerdo el esposo efectúa una comparecencia revocando dicho consentimiento y a pesar de ello se dicta sentencia de separación. AP Vizcaya, Sec. 2.ª, Sentencia de 28 de marzo de 2001.

Pese a la ratificación del convenio por las partes a presencia judicial, antes de dictar sentencia, una de ellas, también a presencia judicial, solicita el desistimiento de su ratificación, es obvio, como expone la Juez de Instancia con razonable criterio, que se archive el procedimiento sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda acudir al correspondiente procedimiento contencioso. AP Toledo, Sec. 2.ª, Auto de 18 de junio de 2007.

Sin embargo, otros tribunales sostienen otro criterio totalmente distinto y entienden en que una vez efectuada la ratificación por los cónyuges a presencia judicial, la revocación del consentimiento de uno de ellos carece de efectos y por tanto debe dictarse sentencia declarando la separación o el divorcio y aprobando el convenio regulador en su integridad o, como veremos más tarde, no aprobando alguna de las cláusulas. Señala FLORS MATÍES que la ratificación de ambos cónyuges entraña la expresión solemne de su conformidad con la petición for-

mulada y con el contenido de la propuesta de convenio regulador, por lo que una vez se ha manifestado libremente su consentimiento y su acuerdo sobre dichos extremos, esa decisión resulta irrevocable dentro del procedimiento en que se emitió y vinculante en todo caso para los interesados, sin perjuicio de lo que el órgano judicial resuelva acerca de la separación o el divorcio o de la aprobación judicial del convenio.

Después de ratificadas las partes no cabe admitir la disconformidad de un cónyuge respecto a lo pactado debiendo dictarse sentencia conforme a lo solicitado en la demanda. AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 5 de mayo de 1998.

La ratificación del convenio es, desde el punto de vista procesal, un acto de causación, cuya característica fundamental es originar un determinado estado o situación jurídica en el proceso que se muestra irreversible, en cuanto predetermina un efecto previsto directamente en la ley. AP Ciudad Real, Sec. 1.ª, Auto de 21 de mayo de 2004.

Producida la ratificación por separado de la petición de separación y del convenio regulador presentados de común acuerdo por ambos cónyuges no puede uno de ellos mostrar con posterioridad su disconformidad, porque supone ir contra sus propios actos. AP Huesca, Sec. 1.ª, Sentencia de 25 de mayo de 2005.

Desde luego, lo que no puede admitirse bajo ningún concepto es que ante esta discrepancia de los cónyuges en cuanto a las cláusulas del convenio regulador el procedimiento se siga sustanciándose como contencioso, pues dicha posibilidad sólo la contempla la Ley Procesal, cuando, después de iniciarse un procedimiento de familia de forma contenciosa, éste se pasa a tramitar por las normas del mutuo acuerdo, y no se alcanza la ratificación judicial del convenio, en cuyo caso debe archivar el trámite consensuado, y seguir con el trámite contencioso inicial.

3. Presentación de un escrito por parte de uno de los cónyuges alegando la existencia de un error o vicio en el consentimiento.

También suele ser relativamente frecuente esta situación. La respuesta que da la mayoría de tribunales es que esta pretensión no tiene cabida dentro del procedimiento de mutuo acuerdo dado que, como hemos tenido ocasión de comentar en el capítulo anterior, aquélla debe tramitarse conforme a las normas del juicio ordinario. La AP de Alicante, en su Sentencia de 18 de octubre de 2001 tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión señalando lo siguiente: «El objetivo de las normas contenidas en la referida Disposición Adicional Sexta –hoy artículo 777 de la LEC– es rodear las actuaciones relacionadas con el convenio regulador de la seriedad y formalidad adecuadas a la trascendencia del negocio, y en consonancia con ello mal puede ocuparse la Ley de la inmediata impugnación del convenio por los propios estipulantes. Así es de ver que no se regula trámite alguno a dicho fin; sino que la impugnación no tiene encaje en la regulación del procedimiento, pues tras la ratificación de los cónyuges, si la propuesta de convenio merece el informe favorable del Fiscal, en su caso, y la aprobación judicial, sigue inmediatamente la sentencia. Los trámites que pudieran articularse de una manera más o menos informal con esta finalidad serían anómalos y carecerían de la seguridad adecuada para una materia semejante, razón por la cual las sentencias que admite la impugnación del convenio regulador por razones análogas presuponen siempre su tramitación en juicio declarativo ordinario». Por tanto, y sin perjuicio de lo que resulte en el posterior procedimiento declarativo en el que se ejerza la acción de nulidad del convenio regulador, tras la ratificación y los trámites posteriores, procederá el dictado de una sentencia.

4. Presentación de un escrito poniendo en conocimiento del juzgado hechos nuevos producidos con posterioridad a la ratificación del convenio regulador.

Aunque en el artículo 777 de la LEC se diseñó un procedimiento ágil y que debe estar finalizado en breve tiempo, la realidad es que en algunos juzgados, sobre todo en aquellos que no se encuentran ubicados en las capitales de provincia, desde la ratificación el convenio regulador hasta que se dicta sentencia pasa un tiempo excesivo. Teniendo en cuenta lo cambiante que son las relaciones personales y económicas, sobre todo en los primeros momentos de la crisis, es posible que en este ínterin se alteren las circunstancias. A título de ejemplo, baste mencionar el supuesto de aquel hijo que está próximo a la mayoría de edad y que decide convivir con el progenitor que según el convenio es el no custodio. Lógicamente este hecho nuevo motivará que se alteren los pactos a los que llegaron los cónyuges en el convenio regulador.

Con carácter general la LEC permite la alegación de hechos nuevos de relevancia para la decisión del pleito una vez precluida la fase de alegaciones, así los artículos 286, 426 y 435 de la LEC los admite antes de comenzar a transcurrir el plazo para dictar sentencia.

La especialidad que introduce el legislador en atención al objeto de los procesos de familia es que éstos deberán decidirse con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento.

Cuando se alegan hechos nuevos en un procedimiento de separación o divorcio de mutuo acuerdo habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 286 de la LEC y, por tanto, del escrito de ampliación de hechos se dará traslado a la parte contraria, para que,

dentro del quinto día, manifieste si reconoce como cierto el hecho alegado o lo niega. Vistas las alegaciones, entendemos que el tribunal podrá considerar que los hechos no tienen influencia en los pactos del convenio regulador, en cuyo caso, procederá a dictar la correspondiente sentencia, o bien, si los

considera de influencia, con suspensión del curso del procedimiento podrá conceder a las partes un término para que presenten un nuevo convenio. Transcurrido el plazo concedido sin que las partes presenten el nuevo convenio se dictará auto de archivo del procedimiento.

Casos prácticos

I REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Los cónyuges suscribieron una póliza de préstamo y al poco tiempo la pareja entró en crisis y se separó de hecho. Iniciado el procedimiento de reclamación por la entidad bancaria, el esposo abonó la totalidad del préstamo. Después de ello ha interpuesto un procedimiento declarativo reclamando a la esposa el 50% de lo pagado, dándose la circunstancia de que ya se ha dictado sentencia de divorcio. La esposa se ha opuesto alegando que se trata de una deuda ganancial y que, como tal, debe incluirse en el pasivo de la futura liquidación de la sociedad de gananciales. ¿Puede prosperar el motivo de oposición alegado por la esposa?

Aunque no existe un criterio unánime en la doctrina de las Audiencias Provinciales, el sector mayoritario se inclina por desestimar las demandas que interponen los cónyuges reclamándose cantidades antes de iniciarse la liquidación de la sociedad de gananciales. La base jurídica de esta tesis se encuentra en que realmente el deudor no es el otro cónyuge sino la sociedad de gananciales y por tanto estamos en presencia de una partida de pasivo.

Es más, en estos casos suele plantearse incluso una cuestión de competencia si la demanda declarativa se interpone ante un Juzgado de Primera Instancia ordinario,

ya que la competencia para el conocimiento del procedimiento de liquidación corresponde al Juzgado de Familia que dictó la sentencia de divorcio.

2 ADOPCIÓN

En el artículo 175 del CC se establece como requisito para la constitución de la adopción que «el adoptante habrá de tener, por lo menos, catorce años más que el adoptado». Teniendo en cuenta el beneficio del adoptando que es hijo de la esposa del adoptante de cuya unión han nacidos dos hijos más, ¿podría constituirse la adopción si la diferencia de edad es sólo de trece años y seis meses?

Los Tribunales no pueden prescindir u obviar los requisitos de capacidad legalmente establecidos, por muy beneficiosa y favorable que resulte la adopción para el adoptando, ya que se trata de normas imperativas de obligada observancia. Consecuentemente, existiendo sólo una diferencia de edad entre el adoptante y la menor de trece años y seis meses de edad, no podrá constituirse ésta.

3 REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

La hija, mayor de edad, ha interpuesto un procedimiento de alimenticios de-

mandando a su padre para que le abone una pensión alimenticia suficiente para atender los gastos que se generan por su traslado a otra ciudad para cursar estudios universitarios. El padre entiende que la carrera que está estudiando su hija puede cursarla también en la universidad pública que existe en la ciudad donde ambos residen habitualmente y donde se encuentra el domicilio familiar. ¿Puede prosperar esta causa de oposición?

Esta cuestión ha sido resuelta por la Sentencia de la AP de Zaragoza, Sec. 2.ª, de 10 de julio de 2008, indicando dicha resolución que «ni el padre ni este Tribunal tienen legitimidad para imponer a la alimentista dónde cursar sus estudios, pero sí limitar la aportación obligatoria que debe realizar el alimentante cuando idéntica carrera universitaria se encuentra en una universidad pública de su residencia».

4 PENSIÓN COMPENSATORIA

En el convenio regulador suscrito por los cónyuges en el año 1994 se fijó una pensión compensatoria a favor de la esposa, pensión que ha venido percibiendo desde aquel momento a la actualidad. ¿Puede considerarse que el transcurso de todo ese tiempo es suficiente para extinguir la pensión?

El criterio mayoritario entre la jurisprudencia es que el mero transcurso del tiempo no es causa de extinción o de reducción de la cuantía de la pensión compensatoria. La base jurídica de esta tesis se encuentra en que la pensión se fijó por acuerdo, de manera que no es posible la extinción cuando se tuvo la oportunidad en aquel momento de limitar temporalmente la pensión.

5 REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

La contribución a las cargas del matrimonio la venían realizando ambos cónyuges aportando a una cuenta común la mitad de los ingresos que percibían por sus respectivos trabajos. Llegado un momento, el esposo deja de trabajar al extinguirse su relación laboral sin que durante el período de inactividad laboral aportase nada a la cuenta común. Pasado un tiempo, fue contratado por otra empresa y comenzó de nuevo a hacer sus aportaciones. Producida posteriormente la separación, la esposa pretende reclamar al esposo una cantidad por la falta de contribución a las cargas del matrimonio durante el período de inactividad laboral. ¿Puede prosperar esa acción?

Aunque se trata de una cuestión compleja, entendemos que dicha acción estaría abocada al fracaso, dado que en el artículo 1438 del CC se regula la contribución en función de los recursos económicos que los cónyuges tengan en cada momento, no pudiendo hacerse las cuentas de la contribución a las cargas a la extinción del régimen de separación de bienes. Además, la falta de contribución pecuniaria para sufragar las cargas del matrimonio estaba totalmente justificada.

6 ALIMENTOS

Atribuida la guarda de los hijos a la madre, ésta comenzó a convivir hace años con una tercera persona que desde hace dos años convive de forma habitual en la vivienda familiar. Al ocupar la vivienda es lógico que esta tercera persona contribuya al pago de los gastos que genera la convivencia. ¿Puede considerarse esta circunstancia como motivo para solicitar la reducción de la pensión alimenticia?

La obligación alimenticia respecto a los hijos corresponde al padre y a la madre, según establece el artículo 110 del Código Civil, y deriva del hecho de la filiación, por lo que ninguna trascendencia tendrá tanto para el padre como para la madre el patrimonio que pueden tener las personas que con ellos convivan. Es más, aun en el caso de que la madre contrajera matrimonio con un tercero y éste se rigiese por el sistema de gananciales, no podría aplicarse la previsión contenida en el artículo 1362 del CC («Serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas: La alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges correrá a cargo de la sociedad de gananciales cuando convivan en el hogar familiar»), ya que previamente al inicio del régimen existía una resolución judicial fijando una pensión alimenticia a favor del hijo.

7 REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Los cónyuges, casados en régimen de separación de bienes, han adquirido en pro indiviso un inmueble. Tras tomar posesión de éste, descubren la existencia de numerosos defectos constructivos. Después de encargar a un perito la realización de un informe comprensivo de tales vicios y de su valoración, el esposo interpone una demanda contra la constructora, la promotora, el arquitecto y el arquitecto técnico. ¿Existirá falta de legitimación activa en el esposo para reclamar la totalidad de los vicios al ser propietario únicamente de la mitad del inmueble?

Teniendo en cuenta que no se está ejercitando ninguna acción que cuestione el derecho de propiedad, hay que entender que cada comunero está legitimado para el ejercicio de la acción en beneficio de la comunidad de propietarios.

8 CUESTIONES PROCESALES

¿Es necesario presentar una demanda de modificación de medidas para que el régimen de visitas se lleve a efecto con intervención del Punto de Encuentro?

Habría que tener en cuenta si la intervención del Punto de Encuentro que se solicita va a ser únicamente a efectos de recogidas y entrega de los hijos o, por el contrario, se pretende que las visitas sean tuteladas por el Punto de Encuentro, es decir, que se llevarán a efecto dentro de sus instalaciones. En el primer caso entendemos que no es necesario presentar una demanda de modificación de medidas, y esta medida podrá acordarse bien en fase de ejecución de sentencia o incluso acudiendo a un incidente del artículo 158 del CC. En el segundo caso, dado que en realidad lo que se está solicitando es una restricción de las visitas, la cuestión deberá decidirse en un procedimiento de modificación de medidas.

9 REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Los cónyuges han adquirido, con la finalidad de inversión, una vivienda para destinarla al alquiler a terceros. Dicha adquisición se ha efectuado en pro indiviso abonando cada cónyuge el 50% del precio, si bien, ambos suscribieron un préstamo hipotecario para financiar parte de la compra. Producida la crisis de pareja, y ante la demanda formulada por el esposo reclamando a la esposa el 50% del importe de las cuotas abonadas, ésta se opone alegando que no realiza actividad laboral alguna y que contribuye a las cargas con la atención personal a la casa y a los hijos, por lo que las cuotas del préstamo hipotecario debían ser abo-

nadas íntegramente por el esposo que es quien percibe ingresos. ¿Puede admitirse esta tesis?

La cuestión que se plantea es si el concepto de cargas del matrimonio a que se refiere el artículo 1438 del Código Civil para establecer la forma de su sostenimiento cuando rige el régimen de separación de bienes, comprende el pago de la hipoteca de un inmueble de carácter común a efectos de que pueda resultar obligado uno de los cónyuges a una mayor contribución al contar con mayores recursos económicos que el otro. La respuesta ha de ser negativa ya que la noción de cargas del matrimonio debe identificarse con la de sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges en cuanto abarcan todas las obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y los contraídos en beneficio de la unidad familiar, considerándose también como contribución el trabajo dedicado por uno de los cónyuges para la atención de los hijos comunes, pero no cabe considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio.

10 REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Aunque los cónyuges adquirieron en pro indiviso un inmueble y suscribieron conjuntamente el préstamo hipotecario para financiar la compra, tras su separación fue la esposa la única que siguió abonando en su integridad el préstamo hipotecario. Ejercitada la acción de división de cosa común por el esposo, aquélla pretende que las cuotas del pro indiviso se modifiquen en función de la cantidad realmente abonada por cada uno de los cónyuges. ¿Puede estimarse dicha pretensión?

El porcentaje de participación en el pro indiviso se fijó en el momento de la compra sin que posteriormente se modifique, salvo, claro está, que uno de los cónyuges realice algún negocio jurídico traslativo del dominio a favor del otro. En consecuencia, si uno de los cónyuges paga la totalidad del préstamo, tendrá un crédito frente al otro cónyuge pero ello no le otorgará mayor parte en el *pro indiviso*.

11 REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

El esposo es propietario de una parcela y constante el matrimonio, con dinero procedente de la herencia del otro cónyuge, se edifica un inmueble que pasa a constituir la vivienda familiar. Rota la relación entre los cónyuges que tenían su domicilio en Madrid y cuyo matrimonio se regía por el sistema de separación de bienes, la esposa pretende que se declare que tanto el inmueble como la parcela pertenecen a ambos en pro indiviso sin perjuicio de abonarle al esposo la mitad de lo que valía el terreno en el momento de construirse la vivienda, ¿podrá prosperar la acción declarativa ejercitada por la esposa?

La cuestión planteada encuentra su solución jurídica en los artículos 358 y siguientes del Código Civil y, por tanto, en principio, lo construido pasará a ser propiedad del cónyuge titular del terreno, sin perjuicio del derecho de crédito que tenga el cónyuge que aportó fondos para la construcción del inmueble, si actuó de buena fe.

12 CONVENIO REGULADOR

¿Podría pactarse en un convenio regulador en el que se incluye la liquidación de

la sociedad de gananciales 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?

Dicho pacto 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.

13 REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Los cónyuges, que tienen la vecindad civil catalana, durante la convivencia hicieron frente conjuntamente al pago del préstamo hipotecario que se suscribió para la adquisición de la vivienda familiar de la que es propietario exclusivamente el esposo. Rota la convivencia, la esposa reclama al esposo, por enriquecimiento injusto, el importe de todas las cuotas que se abonaron con cargo a sus ingresos. ¿Puede estimarse esta pretensión?

La primera cuestión que hay tener en cuenta es que resulta de aplicación al caso la normativa que se contiene en el Código de Familia de Cataluña. Por tanto, siendo vivienda familiar y propiedad privativa de uno solo de los cónyuges, habrá que entender que forman parte de la contribución a las cargas del matrimonio los gastos derivados de la adquisición del inmueble en la parte correspondiente al valor de uso, por tanto, habrá que determinar si el pago de las cuotas del préstamo hipotecario superó o no este valor de uso para conocer si realmente existe o no un crédito a favor de la esposa. A estos efectos la jurisprudencia indica que el valor de uso puede identificarse con el coste que les hubiera supuesto a los cónyuges el

arrendamiento de una vivienda de las mismas características.

14 REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Para solucionar su problema de alojamiento, los padres del esposo consintieron que el matrimonio levantase una planta en el edificio donde aquéllos tenían su vivienda familiar dotándolo de una entrada independiente. Tras decretarse la separación y atribuirse el uso de la vivienda a la esposa e hijos, los padres del esposo pretenden que la esposa y los hijos abandonen el inmueble al ser ellos únicos propietarios de la totalidad de lo construido conforme a lo establecido en los artículos 358 y siguientes del CC. La esposa, si bien admite que debe desalojar la vivienda, se opone a su abandono hasta tanto los padres del esposo le abonen el 50% del importe a que ascendió la construcción de la segunda planta.

Este caso fue analizado por la STSJ de Cataluña de 8 de mayo de 2003, y la solución adoptada fue favorable a la tesis de la esposa, habida cuenta que, habiéndose realizado la construcción de buena fe y con el consentimiento de los propietarios del terreno, está plenamente vigente el derecho de retención previsto en el artículo 354 del CC.

15 PENSIÓN COMPENSATORIA

¿Podemos considerar el tiempo de convivencia prematrimonial para fundamentar la petición de pensión compensatoria? El problema es que la convivencia extramatrimonial se prolongó durante doce años y, tras contraerse el matrimonio, al año se declaró el divorcio.

La convivencia que se prevé en el artículo 97 del CC es únicamente la matrimonial. No obstante, si antes de contraer matrimonio los cónyuges convivieron de forma análoga a la matrimonial y hubo descendencia, podrá computarse la dedicación pasada a los hijos. Ahora bien, ¿podría reclamarse en un procedimiento ordinario una indemnización por el tiempo de convivencia previa al matrimonio si hubo enriquecimiento injusto en uno de los convivientes? Entendemos que sí, ya que se trata de dos períodos de convivencia distintos y cada uno produce sus efectos.

16 REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Durante la convivencia matrimonial que se regía por el sistema de separación de bienes, ambos cónyuges abrieron una cuenta bancaria donde iban ingresando el producto de su trabajo como funcionarios (había una gran diferencia en los ingresos de uno y otro) y con cargo a la cual atendían las cargas del matrimonio. Iniciada la crisis de pareja la esposa retiró de la cuenta bancaria la mitad del saldo, interponiendo el esposo un procedimiento declarativo para que se declare que la cantidad que se extrajo de la cuenta no era propiedad de la esposa y por consiguiente que se le condene a su reintegro. ¿Qué solución jurídica tiene esta controversia?

Cuando ambos cónyuges son titulares de la cuenta bancaria y se cuestiona la propiedad del dinero depositado en ésta, es doctrina jurisprudencial reiterada, recogida por el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencias de 8 de marzo y 14 de junio de 2000, que la apertura de cuentas o libretas de ahorro en forma indistinta, a nombre de dos o más personas, lo único que comporta, por tratarse de un depósito irregular, es

que cualquiera de los titulares tiene frente a la entidad financiera plenas facultades de disposición del saldo, sin que ello suponga la existencia de una situación de condominio sobre el saldo, que vendrá determinado por las relaciones internas de los titulares bancarios conjuntos y, más en concreto, por la originaria pertenencia de los fondos, de manera que el hecho de abrir una cuenta en forma conjunta e indistinta no produce el efecto de atribuir los depósitos por partes igualitarias a los figurantes titulares (SSTS de 24 de marzo de 1971, 19 de octubre de 1988, 8 de febrero de 1991, 23 de mayo de 1992, 15 de julio de 1993, 21 de noviembre de 1994, 19 de diciembre de 1995, 7 de julio de 1996, 29 de septiembre de 1997, 5 de julio de 1999 y 29 de mayo de 2000), señalando las citadas Sentencias de 7 de junio de 1996 y 29 de mayo de 2000 que de la titularidad compartida de unas cuentas no se desprende ni aquélla determina la existencia de una donación a favor del cotitular que con anterioridad no era propietario del dinero. Por tanto, el saldo existente en el momento de la crisis pertenecerá a los cónyuges en proporción a sus aportaciones a dicha cuenta y, siendo los ingresos del esposo mayores que los de la esposa, ésta vendrá obligada a devolver la diferencia.

17 UNIONES DE HECHO

Después de cesar en la convivencia una pareja de hecho, la mujer se ha quedado residiendo en la vivienda familiar que es propiedad exclusiva del otro conviviente. No existe descendencia. ¿Qué acción debe ejercitar éste para recuperar la posesión del inmueble?

Sin duda alguna deberá ejercitar una acción de desahucio por precario, dado que la conviviente carece de título alguno que legitime la ocupación del inmueble.

18 REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Dos personas contrajeron matrimonio en Cataluña y con el tiempo adquirieron una vivienda en pro indiviso, si bien, sólo era el esposo el que percibía ingresos procedentes de su trabajo como empleado de banca, mientras que la esposa se dedicaba al cuidado de la casa y de la familia. Producida la separación, se reconoció a favor de la esposa una indemnización del artículo 41 del CF por importe de 200.000 euros. Tras ello, el ex esposo ha interpuesto un procedimiento solicitando que se declare que el inmueble que figura en pro indiviso a nombre de ambos cónyuges es de su exclusiva propiedad ya que sólo él puso el dinero para la compra y el desequilibrio que le ha supuesto el régimen de separación de bienes a la esposa ha quedado compensado con la indemnización del artículo 41 del CF. ¿Puede tener éxito su reclamación?

Entendemos que no, dado que al fijarse la indemnización del artículo 41 del CF se tuvo en cuenta la existencia de la vivienda en pro indiviso y, por otro lado, es de aplicación lo establecido en el artículo 39 del CF presumiéndose que existió una donación por parte del esposo hacia la esposa del dinero utilizado para la compra del inmueble.

19 PENSIÓN COMPENSATORIA

El ex esposo está pasando una pensión compensatoria de 500 euros mensuales que, según el convenio regulador, sólo se extinguirá cuando los ingresos que perciba la ex esposa sean superiores a la cantidad pactada. ¿Como se calcula lo

que percibe por remuneración del trabajo, tiene doce mensualidades y dos pagas, se ha de multiplicar el sueldo por catorce y dividirlo entre doce meses?

Efectivamente. Si en el convenio se pactó que la pensión se extinguiría cuando la beneficiaria percibiese mensualmente una determinada cantidad, para hacer el cómputo se incluirán las pagas extras y el total se dividirá en doce meses. Si se interpreta que sólo se computan los ingresos que efectivamente percibe en un mes, se podría llegar a la absurda situación de la ex esposa que percibe ingresos irregulares, y en unos meses sólo obtiene, por ejemplo, 300 euros y en otros meses 1.500 euros, e interpretando literalmente el convenio regulador, la pensión continuaría subsistiendo.

20 REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Los cónyuges, que tienen vecindad catalana, constante el matrimonio abrieron una cuenta bancaria donde se fue ingresando el producto del trabajo del esposo como arquitecto. ¿Puede considerarse que el saldo existente en dicha cuenta les pertenece por mitad?

En este caso no resulta de aplicación lo establecido en el artículo 39 del CF, es decir, que no cabe presumir que exista una donación, ya que la titularidad formal no implica titularidad real, por lo que el propietario del saldo será el cónyuge que lo haya ingresado en la cuenta con independencia de que ambos sean titulares de ésta.

21 CUESTIONES PROCESALES

Un cónyuge se mantuvo en situación de rebeldía durante la tramitación del pro-

cedimiento de divorcio y, tras la notificación de la sentencia, interpuso recurso de apelación introduciendo una serie de hechos distintos a los que se hicieron constar en la demanda y en los que basa la petición de la adopción de otras medidas distintas a las que se contienen en la sentencia. ¿Es procesalmente admisible esta conducta?

Quien voluntariamente se aquietó en la primera instancia a defender sus intereses y fue declarado en rebeldía, no puede, 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.

Revista de **Derecho de** **familia**

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

JORNADA DE PRESENTACIÓN DE LOS PROTOCOLOS DE MEDIACIÓN PENAL Y FAMILIAR

Madrid, 13 de marzo de 2009



PROTOCOLO PARA EL DESARROLLO E IMPLEMENTACIÓN DE LA MEDIACIÓN 2008

I. INTRODUCCIÓN A LA MEDIACIÓN COMO GESTIÓN DE CONFLICTOS

La mediación es una forma complementaria a la jurisdicción de resolución de los conflictos judicial cuyos beneficios se han hecho patentes en diversos sistemas jurídicos.

Entre las ventajas de la mediación familiar, y excepción hecha de la mediación penal (en la que rigen otros principios), frente a la resolución de conflictos por la vía adversarial, se encuentra **la mayor satisfacción de las personas inmersas en el proceso y la rapidez de la solución, además de su importante efecto de descongestionar los Tribunales.**

La mediación añade valor, especialmente en los conflictos que afectan a relaciones personales donde interesa mantener vínculos de futuro, tales como problemas de vecindad, conflictividad en empresas familiares, socios profesionales, y, muy especialmente, para la **resolución cooperativa de conflictos familiares, separaciones y divorcios, conflictos con hijos o problemas relacionados con los mayores y personas dependientes.**

En los últimos años se ha ido generando un movimiento de trascendencia social favorable a la resolución complementaria del conflicto, que se ha expandido, en poco más de dos décadas, al ámbito de las relaciones comerciales, de consumo, al ámbito social, educativo, laboral, e incluso al campo de la sociedad de la información, en particular al comercio electrónico.

Distintas Comunidades Autónomas del Estado español (Cataluña, Andalucía, CAM, CA de Valencia, País Vasco, Baleares, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Asturias) han llevado la iniciativa legislativa en el ámbito de la **mediación familiar**, y, por otra parte, de forma espontánea, en ciertas Comunidades Autónomas, a través de sus Administraciones, y en colaboración con el propio CGPJ, se ha empezado a practicar mediación en los ámbitos familiar, penal, escolar, laboral, vecinal y sanitario.

Lejos aún de la experiencia de países de arraigada cultura negocial, España se va aproximando a los estándares internacionales sobre gestión y resolución alternativa de conflictos, reclamando los operadores una regulación estatal, básica y unitaria para encauzar el progreso de la mediación en los distintos ámbitos que pueda garantizar la protección de los ciudadanos a partir de principios básicos como la profesionalidad, imparcialidad, confidencialidad, y, por otra parte, favoreciendo el acceso a la mediación y la eficacia de los acuerdos resultantes.

II. QUÉ PRINCIPIOS RIGEN TODO PROCESO DE MEDIACIÓN

- Recomendación 1/98 UE.
- Directiva Europea sobre mediación civil y mercantil (Diario Oficial UE de 24 de mayo de 2008).
- Reglamento (CE) 2201/2003 sobre responsabilidad parental [artículo 55.e)] y su guía de buenas prácticas.
- Ley de Enjuiciamiento Civil: artículos 770.7.^a, 777.2 y Disposición Final Tercera.
- Código de Familia de Cataluña (artículo 79).
- Leyes autonómicas sobre mediación: Cataluña (2001), Galicia (2001), Valencia (2001), Canarias (2003), Castilla-La Mancha (2005), Baleares (2006), Castilla y León (2006), Asturias (2007), Madrid (2007), País Vasco (2008).

1. **Voluntariedad.** Las partes deben querer estar en mediación, y los poderes públicos deben facilitar el acceso a programas de Mediación. No contradice el principio el hecho de acudir a sesión informativa en sede judicial, ya que las partes mediadas pueden interrumpir en cualquier momento la mediación sin necesidad de justificación alguna.

Principio según el cual *las partes son libres de acogerse o no al proceso de mediación, así como desistir en cualquier momento del mismo.*

2. **Carácter personalísimo.** Las partes asistirán personalmente al proceso no pudiendo ser representadas por un tercero.

3. **Imparcialidad.** El mediador nunca propondrá soluciones ni, menos aun, impondrá acuerdos ni defenderá intereses de parte, respecto a los puntos de vista de las partes y deberá en todo momento preservar la legalidad en la negociación.

4. **Neutralidad** del mediador respecto al resultado del proceso. No tomar partido por ninguno de los participantes, equidistancia, emparentado todo ello con la imparcialidad.

5. **Profesionalidad.** El mediador debe estar cualificado con formación específica teórica y práctica, suficiente para abordar o intervenir en el caso concreto.

6. **Confidencialidad** de todo el proceso, que permitirá a las partes hablar de forma clara y aportar documentación, con la garantía de no poder utilizarse en proceso posterior, salvo (acuerdo de parte o) estar permitido por el derecho nacional.

Se exige el deber de confidencialidad del mediador y de las partes, salvo que éstas determinen lo contrario. Debe regir el principio de confidencialidad durante todo el proceso y una

vez finalizado éste, respecto de la información y contenidos obtenidos durante el proceso de mediación. No está sujeto al deber de confidencialidad la información obtenida en el proceso de mediación que:

- No sea personalizada y se utilice para finalidades de formación, investigación y estadísticas.
- Comporte una amenaza grave para la integridad física o psíquica de una persona.

No podrán ser obligadas a declarar, en un procedimiento judicial (civil o mercantil), o en un arbitraje, ni las personas mediadoras ni quienes participen en la administración del proceso de mediación, sobre el propio proceso de mediación o relacionado con dicho proceso.

7. Supuesto de especial atención:

- *Violencia de género*: La persona mediadora debe poner especial atención para saber si hubo episodios de violencia entre las partes, o pueden reproducirse y hagan inviable el proceso por no existir posiciones equilibradas, si alguno de los participantes no es libre para negociar, o se encuentra en situación de desventaja o sumisión con respecto al otro. La persona mediadora ante todo ha de crear un espacio en el que las partes y la propia persona mediadora sean legitimados todos ellos entre sí, reconociéndose la capacidad de poder adueñarse del conflicto, y trabajar en él para su integración o resolución.

Podrá iniciarse proceso de mediación en aquellos casos de una incipiente violencia, ya que ésta puede ser contenida y trabajada de forma preventiva y en evitación de aquella ANTES de que se manifiesten.

8. La persona mediadora no podrá aconsejar jurídicamente.

9. El acceso a la mediación y el beneficio de justicia gratuita.

Sería recomendable la aplicación del *beneficio de justicia gratuita* en las mismas condiciones económicas y de procedimiento que las existentes para la Gratuidad de la Justicia y, en concreto, para los procesos judiciales de carácter adversarial, simultaneándose, en su caso, la gratuidad de la orientación y asistencia jurídica en relación a la mediación familiar.

10. Flexibilidad en el proceso. La mediación está caracterizada por la flexibilidad y el menor formalismo que los procesos judiciales, por lo cual, el proceso de mediación no está sujeto a ningún proceso reglado, debiendo acomodarse a las características, necesidades y tipo de conflicto que tengan las partes.

Los auténticos protagonistas no son los conflictos, sino las partes, siendo ellas quienes se apoderan del conflicto y deciden. La persona mediadora carece de poder, no es ella quien propone decisiones, sino los mediados.

Desde este punto de vista vuelve a surgir la característica de la *flexibilidad y la tolerancia*, que hará que se desarrolle como característica del proceso una mayor creatividad, para adaptarse a las realidades cultural y emocional de los interesados.

11. Capacidad para generar confianza. Desde la posición de la persona mediadora, reconociendo los límites a su intervención, se ha de establecer un clima de confianza entre las partes, entre éstas y la persona mediadora, y de todos ellos en el proceso iniciado. Uno de

los pilares básicos para generar esa confianza será la práctica de una escucha activa que legitime a los intervinientes en el proceso de mediación.

12. **Soporte o asesoramiento a la persona mediadora.** Los/as mediadores/as podrán solicitar soporte o asesoramiento en aquellos casos o situaciones que requieran conocimientos especializados, en función del conflicto en el que están interviniendo.

13. **Buena fe.** Los participantes en el proceso de mediación actuarán conforme las exigencias de la buena fe, como base primordial en la gestión de conflictos y co-construcción de acuerdos.

La acreditación de la ausencia de la buena fe de las partes producirá los efectos que son propios del ámbito de la libertad de los pactos.

La ausencia de buena fe en la persona mediadora dará lugar a la correspondiente sanción.

14. **Comediación.** La mediación podrá llevarse a efecto mediante la intervención de dos o más personas mediadoras, que actuarán de modo coordinado.

15. **Cobro de los honorarios de la persona mediadora.** Se propiciará a las CCAA para que el proceso de mediación goce de la misma accesibilidad y en las mismas condiciones que la justicia gratuita.

En el resto de los casos, la persona mediadora deberá percibir los honorarios por su trabajo según los baremos establecidos por los gabinetes de mediación, asociaciones y/o CCAA.

III. LA MEDIACIÓN FAMILIAR

1. Qué conviene saber sobre el proceso de mediación familiar

1.1. La MEDIACIÓN FAMILIAR es un **proceso voluntario**, de carácter preventivo, a través del cual la persona mediadora (neutral, imparcial y con formación especializada) ayuda a las partes en conflicto para que por ellos mismos, de manera pacífica y cooperativa, busquen soluciones que resuelvan o aminoren de manera eficaz sus desacuerdos.

1.2. Surge como una **alternativa a los sistemas clásicos** de resolución de conflictos interpersonales **basados en la confrontación**, sobre todo en los conflictos familiares, donde los componentes afectivos y emocionales son trascendentales.

1.3. Es un sistema óptimo para resolver y gestionar conflictos. La mediación familiar no solo es un sistema alternativo de resolución de conflictos, sino un **sistema complementario a la vía judicial**, y se encuentra amparado por lo dispuesto en diversas legislaciones: **Directiva Europea sobre mediación civil y mercantil, 2008/52/CE**, **Constitución española**, artículos 117.3 y 117.4, así como por la **Ley 15/2005**, Exposición de Motivos: «Con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral»; Disposición Final, introducción artículo 770, regla 7.ª: «Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación».

1.4. El proceso de mediación proporciona herramientas y el espacio adecuado para la gestión eficaz de los conflictos, y **se potencia en las partes implicadas la confianza y la capacidad para que utilicen sus recursos y encuentren la solución a sus problemas.**

1.5. En este sentido se pronuncia la **Ley 15/2005, de reformas del Código Civil y LEC**, los cambios tan importantes que se producen en el SISTEMA FAMILIAR, como consecuencia de las rupturas y conflictos, deben ser tratados en toda su amplitud y diversidad, desde una perspectiva sistémica, con apoyo de las disciplinas y metodologías precisas, respondiendo al **nuevo planteamiento de una cultura no culpabilística.**

1.6. Por esto, la **Convención Europea sobre el ejercicio de los Derechos del Niño** propone la utilización de la mediación para encontrar **solución a los problemas en que estén implicados los menores.** Acreditándose la necesidad apremiante del desarrollo de la mediación en los conflictos familiares de responsabilidad parental y trasfronterizos. Ésta es la línea en la que se viene trabajando desde la Comisión de la Unión Europea, mediante Directivas, Recomendaciones y demás instrumentos de Derecho Comunitario. Se apuesta por la creación de un espacio común no adversarial de resolución de conflictos, donde la mediación juega un importante papel.

1.7. El proceso de mediación como modelo de gestión y resolución de conflictos permite, de forma pacífica y cooperativa, **resolver discrepancias**, posibilitando una comunicación constructiva, modificando percepciones y posiciones subjetivas, con el fin de que puedan reflexionar y reconocer las necesidades de cada parte en conflicto y generar acuerdos consensuados, satisfactorios y beneficiosos para todas las partes implicadas. Por ello, los acuerdos gestados en mediación son altamente satisfactorios y respetados por las partes.

1.8. En este sentido, la mediación resulta un mecanismo eficaz de prevención y aprendizaje para la gestión y resolución positiva del conflicto, **potenciando una mayor capacidad para la autogestión** de éstos, el reconocimiento de los intereses, necesidades y sentimientos del otro, y la autoestima y revalorización individual.

1.9. Una vez finalizado el proceso de mediación, el mediador informará a las partes sobre la posibilidad de dar un carácter ejecutivo al contenido del **acuerdo de mediación.**

Los acuerdos alcanzados tras una mediación, a petición de las partes, o de una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, podrán adquirir carácter ejecutivo en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente.

SEGUIMIENTO del proceso de mediación: Sería recomendable proponer a los mediados la realización (por parte del recurso público o gabinete privado donde se hubiera realizado el proceso de mediación) de un seguimiento de los acuerdos de mediación.

2. Intervención del abogado en el proceso de mediación familiar

- Las personas que intervienen como partes en un *procedimiento judicial de separación o divorcio* deben ser informadas cuanto antes de la existencia, disponibilidad y características del **proceso de mediación.**
- *Una vez finalizado el proceso de mediación*, y alcanzado el acuerdo final de mediación, corresponderá al ABOGADO, de forma exclusiva, preparar bajo su dirección los escritos y trámi-

tes judiciales para formular la demanda judicial de separación o divorcio (mutuo acuerdo), haciendo referencia a la mediación llevada a cabo y presentando el convenio regulador.

- La persona mediadora *informará a los mediados*, desde el inicio del proceso de mediación, *sobre la posibilidad de asesorarse por un ABOGADO en cualquier momento del proceso*, y siempre que precisen contrastar opiniones, obtener información o resolver dudas y/o cuestiones jurídicas.
- De cada sesión de mediación y a solicitud de los interesados, se entregará a éstos, únicamente, *justificante de su celebración* indicándose en éste el nombre de las personas que han intervenido, fecha y duración.

2.1. *Presencia material e intervención del ABOGADO en las sesiones de mediación*: Dadas las características del proceso de mediación, el abogado podrá asesorar e informar a los mediados **externamente** al proceso de mediación, en el caso de que surja alguna duda puntual durante el proceso de mediación.

2.2. No obstante, de solicitarse expresamente su presencia por los mediados (en todo caso después de pasada la fase inicial de la mediación), dicho Abogado ya no podría actuar posteriormente como Letrado de alguna de las partes, si el proceso no concluye con éxito, por una cuestión deontológica y de conflicto de intereses.

2.3. *Información compartida*: La información que manejen los mediados será conocida por ambos de forma idéntica. Se intercambiarán documentos y/o se solicitarán a los mediados que éstos aporten cuantos documentos crean oportunos y que ayuden al acuerdo final de mediación.

3. Mediación familiar extrajudicial o prejudicial

3.1. **¿En qué consiste la mediación familiar extrajudicial?**: La pareja *que ya tiene la idea de realizar separación/divorcio*, se dirige a un recurso de la Administración (Servicio de Mediación, Centro Apoyo a la Familia, Ayuntamientos, Oficinas de atención al ciudadano, colegios de abogados, registros de mediadores), o bien a un gabinete particular de mediación, para iniciar *proceso de mediación* ANTES de iniciar la vía judicial –presentación de demanda contenciosa o de mutuo acuerdo–.

3.2. **¿Por qué es aconsejable la mediación familiar extrajudicial?**

Los **beneficios de la mediación familiar extrajudicial** los podemos detectar desde sus diferentes protagonistas:

- *Para el sistema judicial*: Agiliza los procesos judiciales, ya que cuando se promueve la mediación, existe un consenso y asunción de las responsabilidades parentales; de esta forma se descarga trabajo a los tribunales y fomenta la cultura del diálogo, más que la confrontación.
- *Para los mediados*: Disminuye la carga emocional, evita la cronificación de los conflictos, se logra no sólo una solución puntual para la crisis que se está desarrollando, o que está incipiente, sino también establecer pautas de conducta para saber llevar esa situación a lo largo del tiempo.

A nivel judicial, una sentencia no es el final del conflicto, sino el comienzo de un conflicto sin resolver. La mediación extrajudicial sí es la respuesta para la resolución definitiva y asunción del conflicto.

- *Para los menores:* Disminuye su sufrimiento y carga emocional ante esta clase de conflictos, evita sentimiento de culpabilidad y conflictos de lealtades. El interés del menor prevalece en la mediación extrajudicial.
- *Para los abogados.* Facilita su trabajo, iniciando el proceso judicial en sí mismo después de haberse solucionado el conflicto emocional (a través de la mediación). El abogado da un mejor servicio profesional a sus clientes, con mayor eficacia y realizando un planteamiento realista y previamente asumido de las responsabilidades de las partes, evitando así futuros incumplimientos, que no reportan sino descontento entre todos los intervinientes en el proceso.

El abogado es parte importante durante el proceso de mediación (aclarar dudas jurídicas), y siendo parte fundamental al finalizar la mediación (redactando posteriormente el convenio regulador y la correspondiente demanda judicial).

3.3. Dónde acudir para iniciar un proceso de mediación: La mediación extrajudicial se puede llevar a cabo a través de recursos públicos y gratuitos, tales como *centros públicos de mediación, centros de apoyo a las familias, colegios profesionales y/o registros de mediadores*; o de forma privada, a través de gabinetes de mediación y/o despachos profesionales que cuenten con mediadores familiares que cumplan los requisitos establecidos en las diferentes CCAA.

3.4. Fases del proceso de mediación extrajudicial:

1. **Premediación:** Sesión individual y/o conjunta de los mediados y el mediador, en la que se transmite información detallada sobre los objetivos, principios, fases y reglas de un proceso de mediación. En esta primera fase, las personas implicadas decidirán si se comprometen a iniciar este proceso, firmando un documento (acta inicial) en el que se refleje tal aceptación y compromiso. Esto supone actuar para cambiar la situación y circunstancias (contingencias) que está manteniendo el conflicto. Entendiéndose *la aceptación y el compromiso* como acto positivo para comenzar el proceso.
2. **Mediación:** En esta fase se crea un espacio adecuado en el que se clarificarán, negociarán y concretarán cada uno de los temas que los mediados hayan decidido tratar en mediación.

Información compartida: La información que manejen los mediados será conocida por ambos de forma idéntica y por el mediador. Se intercambiarán documentos y/o se solicitarán a los mediados que éstos aporten cuantos documentos crean oportunos y que ayuden al acuerdo final de mediación. Esto entraría a formar parte del documento de compromiso y consentimiento informado a la mediación.

En esta fase, la tarea del mediador consistirá en ayudar a que las partes se apropien de sus conflictos y busquen aquellas soluciones que satisfagan y respondan al mayor número de intereses posibles.

En caso de que las partes lleguen a algún acuerdo, el proceso concluirá, si así lo deciden, firmando los mediados el **acuerdo final de mediación**, que ha de ser entregado exclusivamente a los mediados, y donde estén recogidos los acuerdos, sin que ninguna Administración pública pueda solicitar dicho documento.

3. **Postmediación/seguimiento:** Sería deseable llevar a cabo algún tipo de seguimiento sobre la evolución de los acuerdos (nivel de cumplimiento, duración y grado de satisfacción).

3.5. DURACIÓN del proceso de mediación: Como regla general, la duración del proceso va a depender del conflicto sometido a mediación, del conflicto que presenten las partes,

del momento del proceso de separación en el que se encuentren así como de otras circunstancias determinadas por el contexto; *precisamente debido a la voluntariedad del sistema, las partes tienen la posibilidad de prolongar el tiempo de duración de mutuo acuerdo*. Aunque en la mayoría de los casos, la mediación podría desarrollarse con un **promedio de 6-8 sesiones, con una duración aproximada de 1 hora y treinta minutos**; también podría existir la posibilidad, según la **práctica anglosajona**, de sesiones largas de una jornada completa (siempre y cuando las partes vengan suficientemente preparadas de las sesiones de premediación).

3.6. Actas: Para salvaguardar el principio de confidencialidad, habrá que diferenciar entre las *actas* que puede pedir cualquier Administración Pública, en donde únicamente se debe detallar la asistencia o no de los mediados y si finalmente se han obtenido o no acuerdos, y el *acuerdo final de mediación*, que ha de ser firmado por las partes y entregado exclusivamente a ellas.

3.7. Mediadores intervinientes: Podrán actuar como mediadores todas aquellas personas que tengan una formación suficiente y cumplan los requisitos que cada Comunidad Autónoma establezca.

- **Alternativas a desarrollar:** Durante las sesiones de mediación es importante generar alternativas y opciones «tormentas de ideas», así se consigue poco a poco que las partes cambien sus propuestas iniciales, centrándose en intereses y no en posiciones egoístas. Es muy útil reflexionar sobre:
 - Mejor alternativa al acuerdo negociado, MAAN, es decir, ¿qué haría cada parte si la negociación no se lleva a efecto de un acuerdo?
 - PAAN o peor alternativa al acuerdo negociado. En este caso, comparar ambas alternativas resulta de gran utilidad, aumentando sensiblemente la colaboración de los mediados y la facilidad de llegar a un acuerdo, que sólo ellos deciden.

Una vez **finalizado el proceso de mediación**, los mediados trasladarán el acuerdo de mediación a su/s abogado/s para que por el abogado/s se redacte el convenio regulador y la demanda de divorcio correspondiente (o se inicie el procedimiento judicial correspondiente, si así lo estiman oportuno los mediados).

3.8. Acuerdo de mediación acompañando a la demanda: Sería recomendable que en todos aquellos casos en los que decidan las partes dar un formato jurídico a los acuerdos de mediación, se hiciera mención en la demanda dirigida al órgano judicial que previamente se ha llevado a cabo un proceso de mediación (así como mencionar a través de qué recurso y/o gabinete se ha realizado el proceso de mediación). Se evitará enviar el acuerdo de mediación alcanzado en aras de preservar la confidencialidad del proceso de mediación.

4. Mediación intrajudicial

4.1. Fundamentación

Los **profundos cambios producidos en nuestra sociedad**, en relación con el contexto familiar, han tenido una gran repercusión en el ámbito judicial. Por este motivo se están produciendo importantes modificaciones legales dirigidas a establecer un nuevo marco legal estatal único que permita la implantación de métodos nuevos y complementarios al sistema judicial que ofrezca respuesta a las nuevas demandas que se plantean.

La práctica de la mediación familiar en el ámbito judicial viene siendo aplicada en diferentes países de nuestro entorno político y sociocultural. Recientemente también se han desarrollado algunas **aportaciones pioneras en España** en los juzgados de Barcelona, Madrid, Sevilla, Málaga, Palma de Mallorca, Valladolid y Pamplona, que han contribuido a impulsar el desarrollo de la mediación intrajudicial.

La mediación familiar en un contexto intrajudicial debe adoptar un enfoque específico pues posee unas **características muy diferenciadas de la mediación extrajudicial**, ya que las familias por regla general se encuentran en una **situación de mucha tensión, distanciamiento, enfrentamiento claro y abierto, sin voluntad de cooperación y movidos sobre todo por la desconfianza**.

La mediación intrajudicial se plantea como **mecanismo de derivación una vez iniciado un procedimiento contencioso o en cualquier fase del litigio** (incluso en ejecución de sentencia para optimizar y pacificar el entramado de las relaciones e intereses personales y/o económicos y evitar incumplimientos), a iniciativa del juez, fiscal, secretario judicial. Tras la evaluación del caso, se produce la invitación a las partes a acudir a sesión informativa en sede judicial.

4.2. Sesión informativa

Las familias acuden derivadas al «Punto de información sobre mediación» por vía judicial a través de una providencia o auto. La **«sesión informativa»** consiste en una sesión individual o conjunta en la que se trata de **informar, tanto a los abogados como a las partes, de las características, exigencias, aportaciones y beneficios de la mediación**. Es deseable que dicha sesión informativa pueda realizarse **en la propia sede judicial** en una sala o despacho habilitados para tal fin, facilitando al máximo la accesibilidad de las personas a dicha información. En su defecto, podría realizarse en una dependencia aneja o cercana al propio juzgado destinada a tal fin.

Por tanto, no sólo se trata de **dar información**, sino que también supone **transmitir confianza** a las personas que acuden a esta sesión informativa basándose en la cultura de mediación.

De igual modo, **se resuelven todas aquellas dudas** que, tanto las partes como los abogados, puedan tener en cuanto al proceso de mediación y el papel que van a desempeñar durante éste.

Es preciso insistir en la **importancia que adquiere la información que se ofrece a los abogados** en esta sesión que persigue dos objetivos muy claros: por un lado, **afianzar la confianza de las partes en el proceso de mediación** y, por otro, **contribuir a la tarea de divulgar la mediación a otros profesionales**.

Después de esta sesión informativa, las partes deben tomar una decisión: o continuar con el procedimiento contencioso o iniciar el proceso de mediación intrajudicial. En ambos casos deben comunicárselo a sus abogados.

Si acceden a participar, las partes son derivadas al recurso designado y/o elegido, con comunicación al Juzgado del inicio del proceso.

Sería recomendable en este aspecto, la **firma de convenios entre los colegios profesionales y las distintas administraciones**, así como entidades dedicadas a la mediación para brindar

una mayor oferta a los usuarios, **habilitándose puntos de información en las sedes judiciales y en los colegios profesionales implicados**, atendidos por mediadores cualificados.

(Creemos que dejar este punto como está, abierto, es más productivo. No parece realista cerrar opciones dada la diversidad de circunstancias que pueden darse en cada ciudad o población.)

4.3. Proceso de mediación intrajudicial

Tras la aceptación de las partes, se iniciaría el **proceso de mediación** expuesto anteriormente en el apartado de mediación extrajudicial. Sin embargo, en el caso de la mediación intrajudicial conviene tener en cuenta los siguientes aspectos:

- Es recomendable que el proceso de mediación propiamente dicho se realice fuera de la sede judicial, en un contexto que fomente una percepción de neutralidad.
- La experiencia constata que el número de sesiones de mediación en la mediación intrajudicial es ligeramente superior que en otros casos de mediación, por lo que acotar el plazo en este tipo de mediaciones no sería adecuado.
- Finalizado el proceso de mediación, se redactan los acuerdos alcanzados, indicando con claridad cada uno de ellos. De igual modo, se explicita cuándo, dónde y cómo se revisará el cumplimiento de los compromisos, en caso necesario.
- Las partes o interesados firman el documento, en el que se plasman los acuerdos alcanzados y se entrega una copia a cada uno de ellos para que le den la tramitación que consideren oportuna (juzgado, notario,...).
- Se comunicará al juzgado (que derivó la mediación intrajudicial) la finalización del proceso de mediación y si han llegado a acuerdos o no, pero preservando siempre el principio de confidencialidad.

IV. CAMPOS DE APLICACIÓN

Ámbitos civil y comercial

Directiva Europea sobre mediación civil y mercantil (Diario Oficial UE de 24 de mayo de 2008).

La Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que se comenzó a tramitar por el procedimiento de codecisión, ha sido aprobada por el Consejo y por el Parlamento Europeo el pasado mes de mayo de 2008.

Aunque las disposiciones de la Directiva sólo se refieren a los procedimientos de mediación en litigios transfronterizos, consideran que «nada debe impedir que los Estados miembros apliquen dichas disposiciones también a procedimientos de mediación de carácter nacional».

El Foro por la Justicia, plataforma constituida en sede del Consejo General de la Abogacía española, que agrupa a instituciones, asociaciones, colectivos o profesionales, como ámbito de reflexión ajeno a intereses de políticas partidistas e intereses profesionales o corporativos por legítimos que se consideren, a través de su Comisión de Mediación y a la vista de la aprobación de esta Directiva de mediación civil y mercantil, *espera que el legislador español*

realice una transposición de dicha Directiva de forma global, proporcionando una ley genérica de mediación y que no excluya de la regulación asuntos familiares o penales, sobre los que se está trabajando en la actualidad con buenos resultados.

IRENE AGUADO, ARTURO ALMANSA, JUANA BALMASEDA, ANA COBOS, ANA CRIADO, PEPA FITO, MARGARITA G.^a TOMÉ, LOURDES ETXEBERRIA ZUDAIRE (ANAME), M.^a JOSÉ RUIZ, LETICIA G.^a VILLALUENGA, LAURA HERNÁNDEZ PERERA, PALOMA DEL HOYO, MARTA LÓPEZ MAGALDI, ISABEL M.^a MARÍN MIGUEL, EMILIANO MARTÍN, SANTIAGO MIRANZO, GRACIA MORALES, M.^a JOSÉ RUIZ G.^a, M.^a LUISA DE SERDIO, GEMMA PONS, HELENA SOLETO, M.^a MERCEDES TARRAZÓN.

Miembros de la Comisión de Mediación Familiar del Foro por la Justicia

Junio 2008

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									

**TABLA ESTADÍSTICA DE PENSIONES ALIMENTICIAS
(CUANDO UN SOLO PROGENITOR OBTIENE INGRESOS)**

Ingresos	1 hijo	2 hijos	3 hijos	4 hijos
800	181,6	263,3	299,6	350,5
875	198,6	288,0	327,7	383,3
950	215,7	312,7	355,8	416,2
1.025	232,7	337,4	383,9	449,1
1.100	249,7	362,1	412,0	481,9
1.175	266,7	386,8	440,1	514,8
1.250	283,8	411,4	468,2	547,6
1.325	300,8	436,1	496,3	580,5
1.400	317,8	460,8	524,4	613,4
1.475	334,8	485,5	552,5	646,2
1.550	351,9	510,2	580,6	679,1
1.625	368,9	534,9	608,6	711,9
1.700	385,9	559,6	636,7	744,8
1.775	402,9	584,2	664,8	777,6
1.850	420,0	608,9	692,9	810,5
1.925	437,0	633,6	721,0	843,4
2.000	454,0	658,3	749,1	876,2
2.075	471,0	683,0	777,2	909,1
2.150	488,1	707,7	805,3	941,9
2.225	505,1	732,4	833,4	974,8
2.300	522,1	757,0	861,5	1.007,7
2.375	539,1	781,7	889,6	1.040,5
2.450	556,2	806,4	917,6	1.073,4
2.525	573,2	831,1	945,7	1.106,2
2.600	590,2	855,8	973,8	1.139,1
2.675	607,2	880,5	1.001,9	1.171,9
2.750	624,3	905,2	1.030,0	1.204,8
2.825	641,3	929,8	1.058,1	1.237,7
2.900	658,3	954,5	1.086,2	1.270,5
2.975	675,3	979,2	1.114,3	1.303,4
3.050	692,4	1.003,9	1.142,4	1.336,2
3.125	709,4	1.028,6	1.170,5	1.369,1
3.200	726,4	1.053,3	1.198,6	1.402,0
3.275	743,4	1.078,0	1.226,7	1.434,8
3.350	760,5	1.102,7	1.254,7	1.467,7
3.425	777,5	1.127,3	1.282,8	1.500,5

TABLA ESTADÍSTICA DE PENSIONES ALIMENTICIAS
(CUANDO EXISTE UN SOLO HIJO Y AMBOS PROGENITORES PERCIBEN INGRESOS)

	900	1.050	1.200	1.350	1.500	1.650	1.800	1.950	2.100	2.250	2.400	2.550	2.700	2.850
600	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

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 ésta, lo cual no es en principio inadecuado.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 12 de diciembre de 2008.

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.

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.

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.

La esposa está diagnosticada de una esquizofrenia paranoide, y si bien esta enfermedad mental es de carácter crónico y precisa de un control facultativo continuo, en la actualidad sigue en tratamiento psiquiátrico y recibe el apoyo de su familia de origen. Por tanto, no se considera necesario un cambio de custodia.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 19 de diciembre de 2008.

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.

La relación de los progenitores ha sido, y parece que es, muy conflictiva con total incomunicación, por lo que bajo el prisma del interés del menor no procede conceder la custodia compartida, máxime cuando el Ministerio Fiscal no ha informado favorablemente.

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

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.

Dado que según el informe pericial el deseo del hijo de 14 años es convivir con su padre trasciende 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.

RÉGIMEN DE VISITAS

El régimen de visitas restringido no se ha fijado en atención a la condición de transexual del padre, sino atendiendo al interés del menor, por lo que no ha existido discriminación por su condición sexual.

Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 176/2008, de 22 de diciembre.

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 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.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 18 de diciembre de 2008.

Desde que la niña cumpla un año de edad, pasará las noches en compañía de su progenitor con ocasión de las visitas y estancias programadas en sentencia.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 17 de diciembre de 2008.

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.

Los Puntos de Encuentro no pueden saturarse y sólo podrá acordarse que la recogida y entrega tenga 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.

Procede ampliar el régimen de visitas para que la devolución de la pequeña lo sea no el domingo sino el lunes a la entrada del colegio, disfrutando en igual término de una visita intersemanal, todas las semanas, con pernocta y devolución al día siguiente al centro escolar. Dicha visita intersemanal lo será a falta de acuerdo entre los progenitores la tarde del miércoles.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 22 de octubre de 2008.

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.

VIVIENDA Y AJUAR FAMILIAR

Habiéndose independizado la hija común, se acuerda la extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar, al no acreditar la esposa un interés necesitado de protección.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 12 de diciembre de 2008.

Ni éste es el momento procesal oportuno para declarar titularidades ni es exigible, en la regulación de la crisis matrimonial, para el órgano judicial hacer especial asignación o atribución de otra vivienda que no sea la vivienda familiar como se deriva de la regulación del Código Civil.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 12 de diciembre de 2008.

Aunque no se diera ninguno de los requisitos del artículo 96, la juzgadora ha optado por el criterio de distribuirlo temporalmente, por períodos de tres meses, entre los copropietarios, decisión que la Sala comparte por entenderlo más equitativo en la medida en que permitiría una más igualitaria utilización del bien ante la inminencia de la liquidación de la sociedad de gananciales, que se hace imprescindible.

AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 27 de noviembre de 2008.

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.

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

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

Cuando desaparece el uso concreto y determinado al que se ha destinado la cosa —lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal—, y el propietario o titular de la cosa no la reclama, la situación de quien la posee es la propia de un precarista. La atribución por resolución judicial del derecho de uso y disfrute de la vivienda no sirve para hacer desaparecer la situación de precario, ni para enervar la acción de desahucio.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de octubre de 2008.

Procedencia de la reclamación del propietario o titular de una vivienda cedida a un hijo para su utilización como domicilio conyugal o familiar, cuyo uso y disfrute ha sido concedido a uno de los cónyuges, cuando se ha roto la convivencia marital o conyugal.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de octubre de 2008.

Estimación de la demanda de desahucio por precario interpuesta por los padres del esposo –usufructuarios del inmueble–, contra la esposa a quien se le había atribuido judicialmente el uso en el procedimiento de separación matrimonial.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de octubre de 2008.

La situación 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 familiar por resolución judicial.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 2 de octubre de 2008.

Encontrándose el esposo en paradero desconocido no es procedente otorgar el uso de la vivienda por semestres a ambos cónyuges, optándose por la atribución en exclusiva a la esposa hasta que se liquide la sociedad de gananciales.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 18 de septiembre de 2008.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Es claro que en los hijos de 23 y 24 años no concurren ya las condiciones del artículo 93 del CC dado que dejaron su actividad académica y se han incorporado al mercado laboral, aunque sea en las condiciones de inseguridad y precariedad que actualmente caracterizan al mercado de trabajo.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 19 de diciembre de 2008.

Estando el padre ingresado en prisión no procede por el momento fijar pensión alimenticia alguna a su cargo, sin perjuicio de que aquélla se solicite cuando cambien las circunstancias.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 19 de diciembre de 2008.

Los gastos de campamento de verano no tienen carácter extraordinario sin perjuicio de lo que las partes de común acuerdo puedan convenir en el futuro.

AP Jaén, Sec. 3.ª, Auto de 18 de diciembre de 2008.

No siempre es preciso el consentimiento previo de las partes para atender ciertos gastos extraordinarios; así, en los gastos por motivos de salud sólo se debe justificar previamente su importe. En este caso los reclamados en la demanda ejecutiva son extraordinarios y se ha justificado su importe, luego se deben los gastos de logopeda y psicóloga.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 18 de diciembre de 2008.

La pensión alimenticia de 177,21 euros mensuales constituye tan sólo el 6,20% de los ingresos del padre, cantidad que se considera notablemente insuficiente para lo que es habitual en el foro.

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

Modificación del índice de actualización de las pensiones al considerarse inadecuado el sistema que venía rigiendo consistente en el aumento de los ingresos del obligado al pago, sin que el hecho de que la actual familia de aquél se beneficie de esos incrementos vulnere el derecho a la igualdad de la ex esposa y del hijo del primer matrimonio.

Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Auto de 31 de octubre de 2008.

Suspensión de la obligación alimenticia del padre cuando la hija, de quince años de edad, se había convertido en deportista profesional, disfrutando de una beca de la Federación Española de Gimnasia que le daba derecho a la suma de 851,43 euros mensuales para atender sus gastos personales y, además, corriendo por cuenta de dicho organismo los gastos de alojamiento, manutención y derivados de la práctica deportiva durante su estancia en Madrid.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 24 de octubre de 2008.

Finalmente en cuanto a los gastos extraordinarios, éstos no pueden quedar sujetos a que exista mutuo acuerdo entre las partes, ni hacerse una relación de ellos, como recoge la sentencia, por lo que debe revocarse en el sentido de que los gastos extraordinarios serán abonados por ambos cónyuges al 50%.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 13 de octubre de 2008.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Se mantiene la pensión compensatoria al haberse acreditado la inestabilidad laboral de la ex esposa.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 29 de diciembre de 2008.

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.

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.

Reconocida la actividad de la ex esposa de asistenta en casas particulares, y que en la actualidad cuenta con un contrato de trabajo indefinido, aunque sea a tiempo parcial (4 horas) procede declarar extinguida la pensión compensatoria.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 18 de diciembre de 2008.

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.

Teniendo en cuenta que el esposo en el momento de la separación se encontraba en el paro percibiendo unos ingresos de 760 euros no procede fijar pensión compensatoria a favor de la esposa al no existir desequilibrio económico.

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

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.

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.

La esposa ya no tiene que dedicarse a su familia, dada la edad y la independencia económica de sus hijos, y tampoco a su madre ya fallecida, por lo que está disponible para incorporarse a un empleo, en consecuencia, procede limitar temporalmente y reducir la cuantía de la pensión compensatoria. El hecho de que la herencia no se haya liquidado ni se le haya adjudicado la parte que le corresponde o su compensación en metálico no permiten obviar dicha circunstancia a la hora de valorar su situación.

AP Guipúzcoa, Sec. 2.ª, Sentencia de 16 de octubre de 2008.

CUESTIONES PROCESALES

Se estima procedente que la sentencia de divorcio incluya un pronunciamiento requiriendo al esposo para que facilite a la esposa los números de cuentas bancarias y claves de acceso de los activos financieros de la sociedad de gananciales, no siendo de recibo que el Juzgador remita a las partes al procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales.

AP Jaén, Sec. 3.ª, Sentencia de 16 de diciembre de 2008.

Cierto es que, en sus conclusiones, las informantes se decantan por la alternativa materna, como más conveniente, en dicho momento, para la menor; pero no puede olvidarse que ello no vincula necesariamente la final decisión del Juzgador, que ha de conjugar dicha recomendación con el resto de los datos reflejados en el informe, y según las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta igualmente el resultado de los demás medios probatorios practicados en el curso del procedimiento.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 12 de diciembre de 2008.

El hecho de que en un juzgado de lo contencioso-administrativo se esté discutiendo sobre si fue correcta o no la adjudicación de la vivienda al esposo, no es motivo para suspender la tramitación del procedimiento de modificación de medidas en el que el esposo solicita la extinción de la atribución del uso que en su día se hizo a favor de la esposa.

AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 24 de noviembre de 2008.

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.

El hecho de que el demandado estuviera en situación procesal de rebeldía solo 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.

Aunque se permita la admisión de nuevos hechos, el principio de la doble instancia marca unos límites a esa posibilidad, por lo que es inadmisibles dar entrada en este proceso a los hechos alegados sólo a cuatro días 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.

Procede adoptar la medida de prohibición de expedición de pasaporte a favor de la menor y prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial, medida que se halla concebida como garantía de los derechos del menor y del progenitor no custodio, en aras a mantener el contacto entre éstos necesario para el adecuado y pleno desarrollo de la menor.

AP Guipúzcoa, Sec. 3.ª, Sentencia de 13 de octubre de 2008.

Dada la edad del hijo, que cumplirá 17 años el próximo mes de octubre, no puede acordarse una pericial sobre éste al tener una edad en la que debe tenerse en cuenta su firme decisión, y ciertamente debe mantenerse lo resuelto por la Sra. Juez de instancia en cuanto al cambio de custodia a la luz de la exploración de dicho menor.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2008.

La juzgadora de instancia dictó sentencia en cuya parte dispositiva denegaba algunos de los pactos convenidos por las partes, sin que tal denegación fuera precedida de la concesión del plazo de diez días previsto en la ley. No se contiene en la fundamentación jurídica de la sentencia razonamiento alguno sobre la exclusión de aprobación de parte del convenio suscrito y ratificado por los demandantes, por lo que la Sala, al igual que los apelantes, desconoce las concretas causas de aquella exclusión.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 9 de septiembre de 2008.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

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.

Si en la resolución judicial se acordó que cada cónyuge abonase el 50% de la hipoteca, habiéndose abonado las distintas cuotas por uno solo de ellos es procedente despachar ejecución contra el otro para que abone su mitad, no siendo correcto remitir a las partes a un juicio declarativo ordinario para resolver la cuestión.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 19 de diciembre de 2008.

Este Tribunal no acostumbra, salvo mala fe o temeridad en este tipo de procesos, imponer expresamente a las partes las costas procesales causadas, y en estricta aplicación de los principios

objetivo y de causalidad, planteamiento que debe entenderse amparado en la expresión «dudas de hecho o de derecho» y que ha de ser aplicado al supuesto que examinamos.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Auto de 9 de diciembre de 2008.

Aunque los hijos estuvieron con el padre durante el mes de agosto, éste debe abonar la pensión alimenticia a la madre, al no haberse previsto ninguna excepción al pago en el convenio regulador.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 2 de diciembre de 2008.

No se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando habiéndose acordado en la sentencia la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa, en fase de ejecución se concreta qué domicilio, de los dos existentes, es el que se atribuye a aquélla.

Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Auto 375/2008, de 24 de noviembre.

Se desestima la causa de oposición alegada por el padre frente a una demanda por impago de pensiones alimenticias y que estaba basada en que el hijo mayor convivía con él, ya que este motivo no figura entre las causas de oposición previstas legalmente.

AP Guipúzcoa, Sec. 2.ª, Auto de 23 de octubre de 2008.

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.

Aunque la actora no interesó en su demanda la aplicación del artículo 148 del CC, el Juez puede aplicarlo, siempre que lo considere oportuno en atención a las circunstancias, máxime tratándose de los alimentos de un menor, pues cuando se ven involucrados los intereses de un menor de edad en un proceso, no rige el principio dispositivo.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 22 de octubre de 2008.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Aplicando el artículo 1396.1.º del CC anterior a la reforma del 1981 tenemos que aquella vivienda fue un bien de los que el cónyuge aportó al matrimonio como de su pertenencia por lo que se trata de un bien privativo, ya que no hay especialidad alguna para el que se trate de vivienda conyugal, sin que se produzca comunidad alguna si parte del precio es pagado con dinero ganancial (artículos 1401 y siguientes) todo ello sin perjuicio, como establece la sentencia de instancia, de su reembolso al liquidarse la comunidad.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 18 de diciembre de 2008.

No puede incluirse en el pasivo de la sociedad de gananciales el pago de unas obras que se hicieron por una tercera persona en el inmueble propiedad de uno de los cónyuges antes del inicio de la sociedad de gananciales.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 17 de diciembre de 2008.

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.

Nulidad de lo actuado en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales al no haberse suspendido la comparecencia de inventario tras la alegación efectuada por uno de los cónyuges de que se encontraba fuera de nuestro país en un viaje.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 11 de diciembre de 2008.

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.

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.

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.

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.

Desestimación de la acción de rescisión por lesión en más de una cuarta parte de la liquidación de la sociedad de gananciales, al constatarse la existencia de una previa renuncia a esta acción teniendo los esposos exacto conocimiento de todas las circunstancias de los hechos que determinan la realidad y la existencia de la lesión, no habiéndose impugnado la validez de la renuncia por un vicio de la voluntad.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de octubre de 2008.

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.

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.

Se declara a la madre incurso en causa de privación de la patria potestad dado que la situación objetiva de abandono, desamparo total y desinterés efectivo por parte de la madre y con relación a su hijo se ha mantenido sin interrupción en el tiempo sin que lo desvirtúe las puntuales visitas que a largo del tiempo transcurrido mantuvo con el menor.

AP Alicante, Sec. 6.ª, Sentencia de 25 de septiembre de 2008.

FILIACIÓN

Los indicios aportados por las declaraciones de testigos en conjunción con la negativa injustificada del demandado a someterse a la prueba biológica determinan la estimación de la pretensión de la parte apelante y por lo tanto procede declarar la filiación paterna no matrimonial del demandado.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 18 de diciembre de 2008.

Aunque la prueba practicada no aporta muy serios indicios acerca de la verosimilitud de los hechos respecto de la paternidad del demandado y que por sí sola es insuficiente para provocar una declaración judicial de la trascendencia de la postulada, no es menos cierto que debe ser ponderada en conjunción con la injustificada negativa del demandado a la práctica de la prueba pericial biológica acordada en la instancia y reiterada en esta alzada, pues la hipotética agresión a su honor debe ceder ante el interés prioritario del sujeto infantil, a fin de conseguir la constatación judicial de su realidad biológica.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 12 de diciembre de 2008.

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

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

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

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

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.

Estimación de la acción de impugnación de filiación paterna no matrimonial ejercitada por los padres de un hijo fallecido al no coincidir la filiación con la realidad biológica, dado que el

menor nació tres años antes de que su hijo iniciara una relación sentimental con la madre.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de octubre de 2008.

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.

La declaración de dos testigos en relación con la reclamación de filiación es suficiente a efectos de cumplir el requisito previsto en el artículo 767.1 de la LEC para que la demanda sea admitida a trámite.

AP Guipúzcoa, Sec. 3.ª, Auto de 13 de octubre de 2008.

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.

No procede acceder a la petición efectuada por la madre en un procedimiento de reclamación de paternidad en el sentido de que se altere el orden de los apellidos del menor, dado que no se ha acreditado que existiese ningún acuerdo, ni siquiera tácito, para tal alteración.

AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 26 de septiembre de 2008.

Aunque se desestima la demanda de reclamación de paternidad iniciada contra los herederos del que se consideraba presunto padre, no procede efectuar pronunciamiento de condena en costas, debiendo abonar cada parte las causadas a su instancia.

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 17 de septiembre de 2008.

UNIONES DE HECHO

Resulta competente para conocer de las medidas previas de una demanda de guarda y custodia y alimentos de menores, el juzgado donde radicó el último domicilio familiar.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 11 de diciembre de 2008.

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.

No se atribuye a la madre e hijo el uso de la vivienda familiar, propiedad exclusiva del conviviente, debido a que fue decisión de aquélla salir junto con el hijo común del domicilio que constituía el de la pareja, no habiéndose acreditado que tuvieran que salir de la casa de forma precipitada, ni presionados por determinadas conductas de incomodo del demandado, sino que lo hizo una vez se quebró la convivencia, refugiándose ambos en casa de los abuelos maternos no produciéndose entonces ninguna situación de indigencia o desprotección para el menor.

AP Alicante, Sec. 6.ª, Sentencia de 22 de octubre de 2008.

Ni pueden ser planteadas ni resueltas dentro del procedimiento verbal para regular las relaciones paterno-filiales de una pareja de hecho las pretensiones que afectarían exclusivamente a las relaciones patrimoniales que pudieran existir entre los convivientes.

AP Alicante, Sec. 6.ª, Sentencia de 22 de octubre de 2008.

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 ésta 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.

OTRAS CUESTIONES

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

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

Intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal y familiar de unas menores al publicarse en una noticia datos que permitían su identificación junto al texto «una fue acuchillada, la otra violada, ambas encerradas en un armario y les robaron sus ahorros».

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 23 de octubre de 2008.

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.

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.

